
A Hermenêutica na Aplicação da Pena e a Eficácia Social das Normas Penais

Ana Cláudia de Souza Valente

Analista Processual no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Secretária Executiva da Vice-Procuradora-Geral de Justiça. Pós-Graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília. Bacharel em direito pelo Centro Universitário de Brasília e em Administração Pública pela Universidade de Brasília.

Resumo: A questão abordada no presente texto retrata uma aflição antiga quanto ao grau de eficácia social das decisões condenatórias no âmbito do direito penal, especialmente em relação ao alcance da finalidade da pena (preventiva e repressiva), a partir das motivações lançadas pelo aplicador do direito. Sob essa perspectiva, a chamada hermenêutica jurídica, nos moldes do que dispõe Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, naquilo que lhes converge, pode ser instrumento valioso para aplicar a pena mais adequada ao caso concreto, alcançando a satisfação do sentenciado e da sociedade em relação à espécie e à quantidade de pena aplicada. O problema científico levantado, portanto, busca saber se é possível o aprimoramento do positivismo penal no que toca à fixação da pena, para o alcance de maior eficácia social das decisões condenatórias, a partir da utilização dos critérios de hermenêutica jurídica e da compreensão das condições do intérprete. A hipótese inicial é de que é possível aperfeiçoar as decisões condenatórias no âmbito penal, sem que seja substituído o modelo positivista penal, aplicando-se penas mais coerentes e consistentes ao caso concreto, no que concerne, respectivamente, ao maior alinhamento com o ordenamento jurídico e maior justiça na individualização da pena.

Palavras-Chave: Hermenêutica jurídica. Finalidade da pena. Eficácia das decisões. Motivação judicial.

Sumário: Introdução. 1 Hermenêutica Jurídica. 1.1 Vertente Tradicional. 1.2 Vertente Filosófica. 1.3 Aspectos Convergentes da Vertente Tradicional e da Vertente Filosófica. 2 A Pena do Direito Penal. 2.1 Histórico da Concepção de Pena. 2.2 Finalidades ou Funções da Pena no Direito Penal e o Intérprete-Aplicador do

Direito Penal. 3 Eficácia Social das Normas Relativas à Sanção Penal e a Hermenêutica. 3.1 Aspectos Terminológicos – Eficácia Jurídica e Eficácia Social. 3.2 Contribuições da Hermenêutica na Motivação das Decisões Judiciais para a Eficácia Social das Normas Penais de Aplicação da Pena. 4 Considerações Finais. Referências.

Introdução

O artigo versa sobre a importância da hermenêutica jurídica como instrumento metodológico para o alcance da eficácia social da aplicação da pena no contexto do direito penal, no sentido de conformação para o réu e de satisfação para a sociedade, como pena adequada ao caso concreto. O tema em questão emergiu da minha experiência vivenciada diariamente na análise de processos criminais no âmbito das Procuradorias de Justiça Criminal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, quando percebi que grande parte das sentenças penais condenatórias são proferidas sem a necessária acuidade, muitas vezes desprovidas de motivações judiciais coerentes e consistentes¹, ocasionando,

¹ Os termos coerência e consistência foram empregados no presente artigo a partir das notas inseridas na Dissertação de Mestrado, defendida em fevereiro de 2014, por Selma Leite Nascimento Sauerbronn de Souza, orientada por MacCormick, no sentido de que a consistência é um conceito ligado à falta de contradições e inconsistências, notadamente na relação entre dois textos normativos de uma ordem jurídica; a coerência vai além, pois se acha relacionada a todo sistema que requer estrutura racional maximizada, de modo a não atender objetivos inconsistentes entre si. SOUZA, Selma Leite Sauerbronn de. Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2014.

por consequência, a ineficácia das decisões judiciais na seara penal, o que poderá atingir a própria finalidade da pena, enquanto sanção que visa a proteger os bens jurídicos eleitos pela sociedade, prevenir e reprimir a prática de outros delitos, em busca da paz social.

Nesse sentido, a partir da percepção dessa realidade, formulei o seguinte questionamento: a hermenêutica jurídica pode colaborar para a eficácia social das normas penais no que toca à fixação da pena? Essa indagação expressa o problema de pesquisa que tem como hipótese guiadora a hermenêutica jurídica, com suas categorias e instrumentos, nas vertentes tradicional e filosófica, podendo colaborar para a eficácia social das normas penais quanto à fixação da pena.

O estudo tem como base teórica as reflexões dos filósofos Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, as quais se acredita ser adequadas para atender à investigação pretendida.

No primeiro item, a explanação enfocará aspectos da hermenêutica com contribuições de Emílio Betti e Hans-Georg Gadamer, tendo o primeiro filósofo se preocupado em abordar aspectos meramente metodológicos da compreensão, a partir de critérios ou cânones para a interpretação da norma jurídica, e estando o segundo, inserido na chamada hermenêutica filosófica, cujo significado destoa do conhecimento objetivo com fundamento em processos metodológicos, mas se preocupa com a existência humana na sua temporalidade e historicidade. O objetivo é compreender a importância da utilização da hermenêutica para

fundamentar as sentenças penais condenatórias no momento da fixação da pena, alcançando a eficácia social das normas de individualização da pena.

No segundo item, a abordagem se dará em relação à finalidade da pena a ser considerada pelo aplicador-intérprete, a partir da hermenêutica jurídica, para, no terceiro item, se analisar o exercício interpretativo, como estratégia das motivações das decisões judiciais, na fixação da pena.

1 Hermenêutica Jurídica

A interpretação jurídica, caso particular da hermenêutica geral, tem como finalidade última revelar, de modo objetivo e controlável, o sentido das ações e das criações humanas (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 20).

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade eminentemente intelectual que tem por finalidade precípua tornar possível a aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 36). Nesse particular, não se pode afastar a responsabilidade do intérprete-aplicador da lei, que, no campo do direito penal, tem o dever de escolher a pena mais adequada a cada réu, levando em consideração o sistema legal de dosimetria, marcado pela discricionariedade regrada², que ao mesmo tempo reprima a prática delitiva e previna novas ocorrências,

² Discricionariedade regrada é vista pela autora como mescla de subjetividade conferida por lei ao magistrado para dosar a pena, porém vinculada aos parâmetros fixados na própria lei.

particularmente em cada caso levado à sua apreciação, afastando-se de fatores pessoais no processo construtivo da norma, ao tempo em que valorize critérios metodológicos que auxiliem na interpretação das normas, diminuindo voluntarismos e arbitrariedades.

Diante da realidade posta ao julgador, inclusive do universo normativo à disposição, o aplicador do direito constrói a norma de decisão concreta ou a norma do caso, embora se afirme que apenas aplica o direito à espécie (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 22). Na verdade o aplicador da lei deverá analisar cada caso concreto de forma única, levando em consideração as circunstâncias dos fatos e as condições pessoais do réu, sem se olvidar de motivar com consistência e coerência as suas decisões e de interpretar as normas de forma equânime.

Um texto jurídico não se pode interpretar senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos, reais ou imaginários, isto é, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, posto que somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, é que se revela, completamente, o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre função de regular situações concretas (LARENZ, 1978, p. 396).

Nesse passo, o processo dialético da compreensão é atividade infinita, uma vez que a extensão da pauta ou a determinação de seu conteúdo somente se revelam, efetivamente, na solução de casos concretos, mas essa concretização, por outro lado e ao mesmo

tempo, enriquece e desenvolve a pauta, sem que esse processo jamais chegue a seu termo, ou seja, uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta, pois sempre são possíveis melhores e novas interpretações (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 37).

Sob essa perspectiva, pode-se servir da conclusão de que a interpretação exige um ir e vir ou um “balançar de olhos” entre a norma e o fato ou entre a possível interpretação e o seu resultado (LARENZ, 1978, p. 355, 396-398). É nesse metafórico balançar de olhos entre previsão normativa e situação normatizada, que o intérprete aplicador estende uma ponte sobre o abismo existente entre a norma e a descrição do fato (ALEXY, 1989, p. 221).

Deve-se atribuir constante adequação das normas aos fatos como requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 41). Cabe ao intérprete-aplicador procurar refazer o caminho do legislador ou reconstruir mentalmente a nomogênese jurídica, como procedimento para compreensão dos modelos jurídicos que deve aplicar (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 44).

É somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos (compreensão, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos) que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativo da vida social. O juiz é agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade

do caso concreto, pois cria norma de decisão concreta ou norma do caso, para realizar a justiça em sentido material, porque está decidindo em vista das particularidades da situação posta a seu julgamento (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 43). As regras do direito só entram em vigor no momento da sua concretização pelo intérprete aplicador (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 43).

Em razão dessa compreensão, a aplicação da pena no direito penal merece redobrada atenção do intérprete-aplicador da lei penal, para que não seja considerada inócua e desvirtue a própria finalidade repressora e preventiva do sistema penal. É nessa perspectiva, que os pilares da hermenêutica jurídica, tratados nos próximos itens deste artigo, servirão de base para a compreensão do imbricamento entre motivação das decisões na aplicação da pena e a eficácia social das normas de direito penal.

O que é imperioso lembrar, quando o tema versa sobre hermenêutica, na atuação como pensadores do Direito, especialmente na seara penal, eis que buscam agir de maneira transformadora da realidade social, econômica e, diga-se ainda, justa, é que se devem utilizar mecanismos que ofereçam um mínimo de segurança possível na construção da norma jurídica aplicável ao caso concreto, reduzindo os fatores pessoais e psicológicos na construção da norma³, a partir de prolação de decisões fundamentadas, para só então se falar em eficácia social da aplicação da pena.

³ Prefácio de autoria do doutor José Luiz Quadros de Magalhães, na obra “Hermenêutica Filosófica e Constitucional, de Rodolfo Viana Pereira.

Acerca da importância da hermenêutica na aplicação da lei penal, como instrumento que visa a objetivar as descrições de sentido subjetivo, levando em consideração que as descrições passam pela subjetividade do próprio intérprete, Bleicher distinguiu três tendências hermenêuticas, das quais as duas primeiras serão objeto de sintética descrição nos próximos itens: a hermenêutica tradicional, que se preocupa com aspectos metodológicos da compreensão, com contribuições de Schleiermacher, Dilthey e Betti; a hermenêutica filosófica, cujo intuito não é o conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos, e sim a explicação e a descrição da existência humana (*Dasein*) na sua temporalidade e historicidade, tendo Gadamer como um de seus principais seguidores, a partir de estudos de Heidegger, preocupando-se em investigar as condições para a interpretação e, finalmente, a hermenêutica crítica, que detém Apel e Habermas como principais teóricos, na busca de conciliação com a abordagem metódica e objetiva, na perspectiva do conhecimento prático, norteadas pelo princípio da razão como necessidade de comunicação e autodeterminação ilimitadas (BLEICHER, 1992, p. 70).

1.1 Vertente Tradicional

O direito, como toda criação do homem, é uma forma significativa ou um substrato dotado de sentido e a tarefa do intérprete, assim, será trazer à tona o significado que se incorporou a determinado objeto. O grande esforço rumo à objetividade e

à controlabilidade do resultado da interpretação consistirá em conceber métodos e critérios que assegurem a autonomia essencial do objeto da interpretação (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 21), e é nessa linha que a vertente tradicional da hermenêutica se amolda.

Pode-se apontar Emílio Betti como sendo o teórico prolator das mais profundas reflexões sobre a hermenêutica como metodologia geral das ciências do espírito, tendo formulado cânones hermenêuticos, a exemplo do “cânone da autonomia hermenêutica do objeto” ou “cânone da imanência do critério hermenêutico” (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 57), e alguns desses critérios se relacionam com o objeto da interpretação e outros com o sujeito, a serem examinados sinteticamente adiante.

Para Emílio Betti, o processo de interpretação destina-se a resolver o problema epistemológico da compreensão, pois interpretar, dependendo da sua função, é trazer algo à compreensão (BLEICHER, 1992, p. 83). Contudo, há uma antinomia entre o objeto e o sujeito da interpretação, materializada na imprescindível objetividade alcançada pela subjetividade do intérprete, isto é, a reconstrução do significado do objeto somente será obtida a partir da subjetividade do intérprete, com suas condições prévias de capacidade de compreensão (BLEICHER, 1992, p. 85).

Considerando esta antinomia entre objeto e sujeito, Betti formula cânones, ou também conhecidos como critérios ou diretrizes de hermenêutica, extraído das lições de Bleicher, conforme breve explanação abaixo:

- a) Cânone da autonomia hermenêutica do objeto: ou também chamado cânone da imanência das normas da hermenêutica, aduzindo que as formas significativas devem ser reconhecidas como autônomas e compreendidas conforme a sua própria lógica de desenvolvimento, as ligações pretendidas, bem como na sua necessidade, coerência e caráter conclusivo (BLEICHER, 1992, p. 86).
- b) Cânone da coerência do sentido (princípio da totalidade): cânone relacionado com o objeto da interpretação, assim como o cânone anterior, esclarecendo as inter-relações e a coerência existentes no seio dos elementos individuais do discurso, isto é, relaciona os elementos entre si com o seu todo comum que permite o esclarecimento e a elucidação das formas significativas em relação ao todo (BLEICHER, 1992, p. 87).
- c) Cânone da atualidade: ou cânone da compreensão efetiva. Cânone que deve ser seguido em qualquer interpretação, ditando, segundo Rudolf Bultmann, que a tarefa do intérprete é retomar o processo criativo, reconstruí-lo dentro de si mesmo e traduzir, de novo, o pensamento alheio, ou seja, adaptá-lo e integrá-lo no nosso horizonte intelectual, à luz de nossas experiências (BLEICHER, 1992, p. 90-91).
- d) Cânone da adequação: ou cânone da adequação do sentido da compreensão ou cânone da correspondência

hermenêutica do sentido. Afirma que o intérprete não deve se colocar acima do objeto a ser interpretado, mas procurar proporcionar à sua própria realidade viva a mais estrita harmonia com o estímulo que recebe do objeto. Ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, afastando-se dos preconceitos e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado (BLEICHER, 1992, p. 122).

Não há hierarquia fixa entre os critérios de interpretação, de forma que essa pluralidade de métodos torna-se um “veículo da liberdade do juiz”, liberdade vinculada à correção e à justiça da decisão, que até certo ponto pode escolher o método em função do objeto e mesmo do resultado que ele estima ser correto e justo (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 62). Após a análise das contribuições metodológicas projetadas por Betti, passa-se à verificação do conteúdo da hermenêutica filosófica.

1.2 Vertente Filosófica

O intuito da hermenêutica filosófica, que tem Gadamer como um dos seus idealizadores, ao contrário do que foi desenhado por Emílio Betti, não é um conhecimento objetivo por meio de processos metodológicos, mas a explicação e a descrição da existência humana na sua temporalidade e historicidade como influência no processo interpretativo, visão que deve ser vista com cautela no presente artigo, na busca por atingir a eficácia social das normas, por meio de decisões fundamentadas, minimizando-se os voluntarismos.

Gadamer sustenta que o compreender é histórico, em virtude de a existência humana ser histórica e em razão de ser histórico o mundo em que nos encontramos. Assim, é possível afirmar que o processo de compreensão é compreender a si mesmo, pois a existência humana requer um constante compreender e um interpretar (SILVA, 1995, p. 311).

Não se olvide que o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra, pois o ato de concretização de toda norma jurídica ocorre no presente e não no tempo em que ela foi produzida (GADAMER, 1993, p. 396-401).

Quando o tema é interpretação, enquanto construído hermenêutico, não é possível, portanto, eliminar a participação do intérprete, já que o dualismo sujeito-objeto é da essência do conhecimento e, na relação subjetivo-objetiva, um termo só é o que é enquanto o é para o outro (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 22). O intérprete detém, assim, importante papel na busca incessante pelo atingimento da eficácia social das normas, termo a ser esclarecido no item 3, mas que *a priori* pode ser concebido como a carga de conformismo do réu quanto à quantidade e espécie de pena aplicada a ele e de satisfação manifestada pela sociedade quanto à decisão prolatada pelo Judiciário, a partir do conteúdo e motivação lançados na sentença penal condenatória.

Contudo, a participação do intérprete, na qualidade de ser dotado de temporalidade e historicidade, não pode ser arbitrária

no momento da aplicação da lei e da fixação da pena no campo penal, de modo que alguns critérios de controle são chamados para atribuir legitimação à atividade hermenêutica, como a consciência jurídica geral e o devido processo legal. Esses controles impedem os voluntarismos sem inibir a necessária criatividade de intérpretes e aplicadores da lei (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 23).

Todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo certo que nenhuma interpretação se realiza no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições social e historicamente determinada, além dos condicionamentos socioculturais ou ideológicos dos intérpretes e aplicadores do direito (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 55-56).

Deve-se ter cuidado com os preconceitos, isto é, “[...] aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto” (GADAMER, 1993, p. 405). Gadamer (1993, p. 405) aduz que uma consciência formada hermeneuticamente tem de se mostrar receptiva para a alteridade do texto, não consistindo essa receptividade em “neutralidade” ou “autoanulamento”, mas sim no autoconhecimento, dando-se conta das próprias antecipações.

Do mesmo modo deve-se combater a falsa e prévia aceitação do argumento de autoridade, no sentido de que “[...] nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender

o sentido razoável do texto contra toda imposição” (GADAMER, 1993, p. 417).

Quanto à categoria distância temporal, sustenta Gadamer (1993, p. 446-447) que o conhecimento objetivo somente pode ser atingido com certa distância histórica, que permite compreender os verdadeiros preconceitos, pois para o filósofo “[...] a distância é a única que permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há numa coisa”.

Em relação à categoria horizonte, como fase da compreensão, a hermenêutica gadameriana considera que todo aquele intérprete deve possuí-la, caso contrário não conseguirá ver longe e supervalorizará aquilo que estiver mais próximo. Para Gadamer (1993, p. 456), “[...] ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo de vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.

Nota-se que a hermenêutica gadameriana circula entre a compreensão do intérprete de si mesmo com o próprio texto a ser compreendido, levando à conclusão de que o processo interpretativo possui carga subjetiva, que não deve ser afastada, mas conhecida.

1.3 Aspectos Convergentes da Vertente Tradicional e da Vertente Filosófica

O estudo da hermenêutica possibilita identificar aspectos

convergentes entre a vertente tradicional, aqui representada por Emílio Betti, e a vertente filosófica, na concepção de Hans-George Gadamer, especialmente quanto ao aspecto antropológico e racional da interpretação das normas jurídicas, isto é, da importância que detém o próprio intérprete-aplicador da lei, na qualidade de ser dotado de historicidade e temporalidade, sem se afastar de critérios metodológicos na busca por uma decisão judicial consistente e coerente na fixação da pena.

Não se pretende apontar qual das duas vertentes deve se sobressair no processo interpretativo, até porque, no campo da hermenêutica, o estudo do tema se mostra atemporal e não se identificam hierarquias entre elas. Ao contrário, todas as vertentes hermenêuticas se completam e possuem importância no momento da aplicação da lei.

O último cânone apresentado por Betti, da adequação, ou cânone da adequação do sentido da compreensão ou cânone da correspondência hermenêutica do sentido, afirma que o intérprete não deve se colocar acima do objeto a ser interpretado, mas procurar proporcionar à sua própria realidade viva a mais estrita harmonia com o estímulo que recebe do objeto (BEICHER, 1992, p. 122). Essa visão adéqua-se às descrições de Gadamer na vertente filosófica, como se mostrará.

A interpretação das normas jurídicas, na visão de Canotilho, e na linha do que propõe Betti, pode ser concebida como conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas

e epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 61).

Assim, ao intérprete cabe colocar-se de forma adequada, afastando-se dos preconceitos e comportamentos internalizados que possam oferecer obstáculos ao entendimento adequado (BEICHER, 1992, p. 122). Esse raciocínio bettiano harmoniza-se com as categorias propostas por Gadamer, quando se afirma que as experiências de vida do intérprete, incorporadas no seu íntimo, podem influenciar na atividade interpretativa, devendo buscar sempre certa distância temporal e horizontal. Assim, a elaboração de uma situação hermenêutica requer a obtenção do horizonte de indagação adequada para as questões postas frente à tradição (GADAMER, 1997, p. 456).

O grande achado diz respeito à viragem hermenêutica, isto é, o abandono dos tradicionais métodos e critérios interpretativos (que aprisionam o aplicador do direito) e a adoção de pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, que permitam ajustamentos interpretativos exigidos por um mundo complexo (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 64), levando em consideração cada ser humano como ser integrante do processo interpretativo.

Nesse sentido, ao se proferir uma decisão judicial, é inadequada a utilização de argumentos de autoridade, assim como se deve ter cuidado com as tradições, a partir de reproduções jurisprudenciais que não se compatibilizam com as circunstâncias específicas do caso levado à apreciação ao Judiciário, tampouco com a finalidade do próprio sistema penal, mormente ao se definir uma pena no caso concreto, levando em consideração que toda

pena deve revestir-se de caráter preventivo e repressivo, o que será objeto de apreciação adiante.

2 A Pena no Direito Penal

2.1 Histórico da Concepção de Pena

A missão do direito penal “[...] é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena” (BATISTA, 1999, p. 46). Nesse sentido, a pena, portanto, é o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade (GRECO, 2013, p. 2). Por esse motivo a busca pela fixação de uma pena justa torna-se extremamente importante no âmbito do Estado Democrático de Direito, algo a ser visado pelo intérprete-aplicador da lei.

Contudo, a apreciação das finalidades ou funções da pena exige exame prévio de suas origens, para se perceber a gradativa transferência das formas de castigo para um poder central, atualmente na figura do Judiciário, encarregado de administrar o sistema penal e aplicar a pena tida como mais adequada ao caso concreto, por meio da proporcionalidade, alcançando a satisfação do réu e da comunidade, bem como auxiliando na prevenção e repressão das práticas criminosas.

As punições remontam ao aparecimento do primeiro sistema de relações entre os humanos nas Escrituras Sagradas (BOSCHI, 2004, p. 93). Como bem lembrou Greco (2013, p. 472), a primeira pena aplicada na história da humanidade ocorreu

ainda no paraíso, quando, após ser induzida pela serpente, Eva comeu o fruto proibido e fez que também Adão o comesse, razão pela qual, além de ser aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.

Depois dessa condenação aplicada por Deus, o homem também adotou o sistema de aplicação de penas quando passou a viver em comunidade, aplicando-as toda vez que as regras da sociedade fossem transgredidas (GRECO, 2013, p. 472).

Na antiguidade, a pena na cultura dos povos primitivos baseava-se na vingança coletiva e no vínculo de sangue, segundo o qual aqueles que possuíam a descendência comum se incumbiam de exigir satisfação daquele que praticou a ofensa, podendo, inclusive, ocorrer a expulsão do ofensor do grupo ao qual fazia parte, retratando sentimento coletivo de repulsa ou represália do grupo contra o agressor (MARQUES, 2008, p. 10-11).

Contudo, a vingança de sangue, porquanto desvinculada de um poder central e despido de controle externo de sua extensão, tornava-se interminável e gerava guerras infundáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que restava enfraquecida, atingindo muitas vezes crianças e pessoas doentes (MARQUES, 2008, p. 11).

Diante do caos instaurado pelo sentimento de vingança, pouco a pouco a aplicação da pena passou a ser exercida por um poder central, como começou a ocorrer na antiguidade. Contudo a visão vingativa persistiu, somente transferindo o poder de punir das famílias e grupos com o fim de manter certa ordem social e

evitar guerras entre os grupos (MARQUES, 2008, p. 12). Nesse sentido, Marques (2008, p. 14) afirma que “[...] a razão para os limites impostos à vingança foi a preservação da comunidade, posta em perigo pela vingança interminável no âmbito particular, impregnada de emoção e de ausência de proporção com a ofensa.”

Além da vingança de sangue, o período primitivo foi marcado pelos totens e tabus regiam as comunidades, levando os homens primitivos à crença em forças sobrenaturais para explicar fenômenos naturais não compreendidos por eles, gerando consequências no sistema punitivo, pois a violação aos princípios totêmicos implicava punição aos transgressores (MARQUES, 2008, p. 16-17).

Marques afirma que, segundo Freud, totem é, via de regra, um animal (comível e inofensivo ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva e a água), que mantém relação peculiar com todo o clã, como espírito guardião e auxiliar. Os integrantes do clã eram obrigados a não matar nem destruir seu totem, além de evitar comer sua carne. A violação aos princípios totêmicos implicava punição aos transgressores (MARQUES, 2008, p. 16-17).

O tabu é considerado o código não escrito mais antigo do homem, consistia na proibição convencional decorrente de uma tradição, com caráter sagrado, sem explicação ou origem precisa, destituída de motivo e misterioso na origem, que passava a integrar os princípios da comunidade e era transmitido de geração para geração. A violação do tabu transformava o transgressor em tabu, tornando-o perigoso e impuro, aplicando-se atos de expiação e

purificação, por meio de cerimônias purificadoras, para evitar o contágio (MARQUES, 2008, p. 18-19).

Nas civilizações antigas, as justificativas religiosas ganham peso no momento de aplicação da pena, em atenção ao “estado teológico”, cuja pena, como regra, justificava-se em fundamentos religiosos e almejava satisfazer a divindade ofendida pelo crime (MARQUES, 2008, p. 23). Os sacerdotes passaram a regular as penas, utilizando o sacrifício como forma de apaziguar a fúria dos deuses (MARQUES, 2008, p. 23). Durante esse período, a punição não perdeu o caráter vingativo, mas evoluiu com conceitos relativos à retribuição proporcionada à ofensa e composição voluntária em dinheiro (MARQUES, 2008, p. 43).

Assim, nesse período, pode-se concluir que os atos vingativos ultrapassavam a extensão e a gravidade da falta, podendo acarretar a eliminação de inocentes ou do próprio grupo, desde que indicados pela vítima, não havendo a mínima preocupação com a equidade ou com a justiça. Essas reações desproporcionais davam azo a lutas grupais de consequências irreparáveis para ambas as partes, de modo que aos poucos foram sedimentando a ideia de limitação das penas para atingir apenas o autor imediato e direto do delito, substituindo a vingança de sangue por outras penas, como a expulsão do ofensor e seu banimento do próprio território (BOSCHI, 2004, p. 95).

O chamado “Livro dos Livros” (“Êxodo”) e o “Código de Hamurabi” (na conhecida máxima “olho por olho, dente por dente”) são apontados como primeiras manifestações da

noção de punição proporcional à falta cometida (BOSCHI, 2004, p. 95). Não obstante as críticas quanto à dificuldade de determinar o grau de afluência de outra pessoa para estabelecer a pena ao caso, o modelo talional, ao menos em nível teórico, preservava a proporcionalidade e a pessoalidade, o que inspirou as Constituições modernas, como dispõe o art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal brasileira (BOSCHI, 2004, p. 96).

Após o talião seguiu-se a pena de composição, que “[...] consistia no pagamento de indenização, em dinheiro ou com outros bens, à vítima ou aos seus familiares, ao qual era estabelecida conforme as regras legais ou consuetudinárias vigentes [...]”, direcionando a reação ao patrimônio e não mais ao corpo do autor da falta (BOSCHI, 2004, p. 96).

No início da idade média, as práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chance de defesa pelos acusados, sob influência dos “ordálios ou juízos de Deus”, ocasião em que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provar sua inocência (MARQUES, 2008, p. 23). Com o trânsito do mundo greco-romano para o medieval, a fé religiosa marcou a unidade e a estabilidade entre os povos, o homem passou a ser visto como imagem e semelhança de um único deus, de modo que a reconstrução dos valores humanos pregados pelo cristianismo, assim como o amor ao próximo, influenciaram as práticas penais (MARQUES, 2008, p. 47).

A Igreja contribuiu para o declínio dos ordálios e de outras práticas supersticiosas e humanizou as práticas penais,

com a instituição do asilo religioso e o fortalecimento da ideia de proporcionalidade entre o crime e o castigo, não obstante as perseguições oriundas da Inquisição, tendo a pena caráter medicinal, isto é, não busca um fim em si mesma, mas a salvação futura do criminoso, revelando ato de compaixão e de caridade (MARQUES, 2008, p. 51-54).

A concepção da pena na época moderna, marcada pelo Renascimento, foi concebida principalmente por Maquiavel, Thomas Hobbes e Thomas More. O primeiro, em sua obra intitulada “O príncipe”, defendia que os fins mais vantajosos para o Estado justificavam os meios, de forma que os castigos poderiam ser aplicados como forma de intimidação e manutenção do poder absoluto.

A obra de Maquiavel reveste-se de atualidade, pois, nas palavras de Marques (2008, p. 61), “[...] exaltava o poder de intimidação do castigo, tese hoje defendida por aqueles que acreditam na severidade da retribuição como forma de intimidação para prevenir a criminalidade, dentro da teoria relativa à sanção penal”.

O segundo, por sua vez, na obra “Leviatã”, sustenta a origem contratual do direito de impor sanções penais, o castigo tinha como fundamento a correção ou o exemplo para os outros, ou seja, também possuía caráter intimidativo, devendo limitar-se ao *quantum* previsto na legislação, sob pena de equiparar-se à vingança, além de consagrar o princípio da inocência.

Por último, o terceiro, na obra “Utopia”, sugeriu uma cidade

ideal sem tribunais criminais, tendo a pena caráter reeducativo, propondo que os ladrões prestassem serviços à comunidade, desde que não praticassem crime mediante violência. Para o último autor, a punição não possui a eficácia de afastar o autor da conduta delituosa e propunha um direito penal de âmbito familiar, no qual os maridos seriam responsáveis pela punição de suas esposas e os pais, pelos seus filhos (MARQUES, 2008, p. 46-66).

Na sequência, surge o Absolutismo, entre os séculos XV e XVIII, quando os feudos são substituídos por monarquias absolutas de direito divino, reinando exageros e arbítrios, negando-se direitos políticos e individuais, atribuindo-se ao monarca autoridade incontestável, com atos de punição crudelíssimos (MARQUES, 2008, p. 71-73).

Assim, a Idade Média também foi período dominado por penas cruéis e desproporcionais que impunham execuções rotineiras, sendo certo que o fim dos suplícios do corpo teve como marco a Revolução Francesa, que se preocupou com o sistema de liberdades e garantias (BOSCHI, 2004, p. 96-97).

A reação a esses atos bárbaros surge com o próprio desenvolvimento da humanidade, a partir da Revolução Francesa, com ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, ocasionando o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública, forçando a sociedade a encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre as transgressões e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Com o fim do Absolutismo, as sanções perderam a função de reafirmar o poder

do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade (MARQUES, 2008, p. 79).

A pena foi perdendo o caráter religioso, de penitência, predominando a razão sobre questões espirituais, por influência dos filósofos iluministas (MARQUES, 2008, p. 80). Nesse ambiente das luzes, Marques sustenta que o surgimento do livro de Cesare Beccaria, “Dos delitos e das penas”, publicado em 1764, pode ser considerado a antecipação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a base para as teorias da Escola Clássica de direito penal, fundadas no livre-arbítrio (MARQUES, 2008, p. 80).

Beccaria foi o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral⁴, aceitando-a apenas em casos excepcionais que afetem a segurança nacional ou revoluções perigosas quanto à forma de governo previamente estabelecida. Insurgiu-se de forma abrangente contra as injustiças do Absolutismo do século XVIII e sustentou o abrandamento das penas, que deveriam ser aplicadas somente em casos de extrema necessidade (MARQUES, 2008, p. 81-83).

Segundo Marques, esse critério de necessidade das penas passou a constituir um dos alicerces do direito penal contemporâneo, a exemplo do atual Código Penal, no art. 59, que prevê que a pena seja fixada segundo critério de necessidade e suficiência para a reprovação e a prevenção do crime (MARQUES, 2008, p. 83).

⁴ Prevenção geral dentro do escopo de salvaguardar a sociedade atingida pelo crime.

Nesse recorte histórico até a corrente clássica, pode-se perceber um avanço quanto à aplicação de penas, antes baseada em castigos corporais e na vingança do rei, com caráter religioso, para nova fase humanitária, em que a sanção tornava-se uma resposta do próprio corpo social à prática do crime, surgindo os primeiros abolicionistas da pena capital. Com a nova corrente filosófica, a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pelo crime e à necessidade de sua imposição, seja pela reprovabilidade da conduta, seja para a prevenção de infrações futuras, ou, ainda, para a segurança e a tranquilidade social, restando a justiça da pena consubstanciada nessa proporcionalidade (MARQUES, 2008, p. 104).

Ao período clássico seguiu-se o do positivismo criminológico⁵, representado aqui por Cesare Lombroso, quando se inverteu o método habitual, segundo o qual as instituições e as tradições determinavam a natureza criminal, para investigar o criminoso em si, visto como um ser enfermo, em razão de sua herança patológica ou pelo determinismo social (MARQUES, 2008, p. 106).

Na concepção de Lombroso, o delinquente, detentor de anormalidades anatômicas e fisiológicas bem definidas, está

⁵ Positivismo criminológico ou criminologia positivista é uma das escolas da criminologia, que tem como específica função cognoscitiva e prática, individualizar as causas do crime, os fatores que determinam o comportamento criminoso, a partir de uma concepção patológica da criminalidade, ou seja, baseava-se nas características biológicas e psicológicas que diferenciavam os sujeitos “criminosos” dos indivíduos “normais” (BARATA, 2011, p. 29-30).

fadado a cometer crimes, pois não passou pelo processo de civilização, não conseguindo manter-se dentro dos parâmetros de comportamento prescritos pelo ordenamento jurídico-penal, motivo pelo qual, diante da ausência de livre-arbítrio, torna-se ineficaz qualquer castigo a ele aplicado (MARQUES, 2008, p. 107-109).

Para Marques (2008, p. 109), a obra de Lombroso, “[...] concentrada no estudo do homem delinquente, motivou o surgimento da criminologia e das ciências a elas relacionadas, como a psicologia, a biologia e a sociologia”.

O referido autor conclui que:

A escola positiva contesta o sistema retributivo tradicional e não cogita da existência de culpa por parte do autor da infração, porquanto este não possui o livre arbítrio. Consequentemente, a pena não se fundamenta como castigo ou como meio de restabelecer a ordem social violada pelo crime, mas como medida de proteção social, com duração condicionada à ausência de periculosidade do infrator (MARQUES, 2008, p. 115).

Após, ao final do século XIX, Liszt conciliou alguns princípios da escola clássica e positivista para sustentar o poder intimidativo das penas abstratamente previstas, o que respalda aumentos de pena, inclusive a aceitação da pena capital em alguns países, e os movimentos chamados de “lei e ordem”, que visam ao retorno do sistema penal rigoroso (MARQUES, 2008, p. 119-120).

As penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e as penas pecuniárias compõem a última fase da cadeia evolutiva das penas, deixando para trás as temidas penas cruéis (BOSCHI,

2004, p. 97) e, de certa maneira, buscando adequar a pena à gravidade do crime.

Atualmente percebe-se principalmente nos países ocidentais uma preocupação maior com a integridade física e mental dos apenados, bem como com a vida de todos os seres humanos, visando à preservação da dignidade da pessoa humana, afastando os tratamentos degradantes ou cruéis, muito embora alguns países considerados desenvolvidos, como os Estados Unidos da América do Norte, ainda apliquem a pena capital sob diversas formas (GRECO, 2013, p. 474), o que nos leva à conclusão de que o caráter vingativo da pena persiste até hoje.

Assim, a demanda de vingança, inerente à natureza humana, permanece enraizada, não sendo afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas às penalidades, ou pelas soluções penais modernas. Por isso, a conscientização do histórico da aplicação da pena, a partir de uma realidade mítica até o período humanitário, permite reflexão sobre as práticas penais até o momento, a fim de que, na atualidade, o intérprete-aplicador da lei, no momento da aplicação da pena, possa efetivamente alcançar eficácia social.

O momento atual é de reflexão quanto ao modo de se chegar às finalidades repressiva e preventiva da pena, a partir de decisões judiciais motivadas, coerentes e consistentes, que devem aplicar a lei diante da realidade posta, empregando critérios de interpretação e afastando-se de sentimentos próprios, a teor do que se expõe no próximo tópico.

2.2 Finalidades ou Funções da Pena no Direito Penal e o Intérprete- -Aplicador do Direito Penal

A análise histórica sobre as funções da pena no âmbito criminal, especialmente o caráter vingativo e, mais tarde, evoluindo para a ideia de proporcionalidade, servem de base para a compreensão do atual sistema adotado pelo Brasil, de repressão e prevenção, assim como permitem entender por que as sentenças penais condenatórias precisam se pautar, no caso concreto, em critério de interpretação para individualizar a conduta criminosa, para se obter a pena tida como mais justa e adequada ao sentenciado, levando em consideração interpretações desprovidas de argumentos de autoridade e voluntarismos, a fim de atingir a sonhada eficácia social das normas penais.

O art. 59 do Código Penal estabelece que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, isto é, a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta criminosa e também prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2013, p. 475). Do mesmo modo, o art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210/84), prevê a criação de condições para a integração social harmônica do condenado e do internado (BOSCHI, 2004, p. 112).

Nesse sentido, a doutrina acentua que as teorias justificadoras das finalidades da pena classificam-se em retribucionistas e prevencionistas (BOSCHI, 2004, p. 108). A primeira, absoluta, defende o caráter retributivo, com fim exclusivo de castigar o autor do fato, verdadeiro resquício da noção de pena na

antiguidade (vingativo) e a segunda, o caráter preventivo da pena. Para Ferrajoli, essas teorias significam o seguinte:

[...] são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como “castigo”, “reação”, “reparação”, ou, ainda, “retribuição” do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, “relativas” todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (FERRAJOLI, 2010, p. 204).

A concepção retribucionista da pena guarda algum paralelo com o talião, uma vez que incentiva a retribuição do mal com o próprio mal o que, na visão de Boschi, implica legitimação da vingança pelo Estado, dispensando-se o ofendido de manchar ele próprio as mãos com o sangue da vítima (BOSCHI, 2004, p. 110).

Greco acentua que a teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção geral e da especial, ambas nos aspectos positivos e negativos. A prevenção geral negativa (prevenção por intimidação), quer dizer que a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, impondo a reflexão de todos aqueles inclinados para a prática de crimes a comportar-se em conformidade com o direito. De outro lado, a prevenção geral positiva vai além de demover aqueles que já tenham incorrido em crimes ou que pensem em fazê-lo, mas busca infundir na consciência geral a necessidade de respeito a determinados valores promovendo verdadeira integração social (GRECCO, 2013, p. 475-476).

Quanto à prevenção especial, igualmente são notados dois sentidos, positivo e negativo. O sentido negativo refere-se à neutralização daquele que praticou a infração penal, nos casos de privação de liberdade, em que se retira o agente do convívio social, impedindo-o de praticar novas infrações penais. O aspecto positivo da prevenção especial tem caráter ressocializador e individual, fazendo que o agente medite sobre a prática do crime, sopesando suas consequências, inibindo-o de cometer outro (GRECO, 2013, p. 476).

O Código Penal brasileiro adota a teoria mista ou unificadora da pena, pois, conforme pode ser notado na parte final do art. 59 do *Codex*, a finalidade da pena está centrada tanto na reprovação como na prevenção do crime, unificando-se as teorias absoluta e relativa, na busca por uma das espécies de pena, privativas de liberdade, restritivas de direitos ou multa (GRECO, 2013, p. 476-477).

As críticas já conhecidas sobre as teorias acima, a respeito da intimidação atentando contra a dignidade humana, uma vez que converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras, e quanto à ressocialização em um sistema penal falido, no qual o cumprimento da pena corrompe ainda mais a personalidade do agente (GRECO, 2013, p. 477-478), assim como a dificuldade de impor ressocialização em meio a uma sociedade extremamente desigual (BOSCHI, 2004, p. 113), leva-nos à diversas reflexões sobre o papel da pena.

Contudo, deve ser esclarecido que essas críticas, embora respeitáveis, não são objeto de análise nesse artigo, que se preocupa com o modo pelo qual o aplicador-intérprete da lei aplica a sanção ao caso concreto, levando em consideração critérios de hermenêutica como ponte para alcançar a eficácia social das normas. Os próximos tópicos se ocuparão dos temas referentes à eficácia social das normas e à motivação das decisões.

3 Eficácia das Decisões

As penas fixadas nas sentenças penais condenatórias muitas vezes revestem-se de inocuidade e injustiça, no sentido de que os apenados ou não sentem seus efeitos, como é o caso de penas pecuniárias onde condenados de elevado poder econômico não são atingidos e os de baixo poder econômico muitas vezes não conseguem pagar, atingindo terceiros inocentes como parentes ou amigos, como já previa Boschi (2004, p. 97), que acabam suportando o pagamento em benefício do réu, ou ainda a própria sociedade não concorda com a quantidade de pena atribuída ao sentenciado e com os fundamentos da decisão.

Portanto, a legitimidade da pena pressupõe sua sujeição a controles de racionalidade e de eficiência na consecução de seus fins (BOSCHI, 2004, p. 111), e mais do que isso, precisa ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, para somente a partir desse ponto, alcançar a eficácia social das normas penais de fixação de pena.

3.1 Aspectos Terminológicos – Eficácia Jurídica e Eficácia Social

É certo que existem diversos conceitos de eficácia, a depender do enfoque e do ramo do direito ou da ciência que se pretenda abordar. Porém, o presente artigo refere-se ao conceito de eficácia social, insculpido no âmbito do direito constitucional, até porque o princípio da individualização da pena, que deve nortear a escolha da sanção nas sentenças penais condenatórias, encontra amparo constitucional⁶. Não se abordará a eficácia jurídica, razão pela qual se faz necessária breve distinção entre os termos, para melhor compreensão de sua aplicação no âmbito do direito penal, no momento de fixação da pena.

A eficácia social de uma norma, segundo Kelsen, nas citações de José Afonso da Silva (2000, p. 66), se resume no “[...] fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verifique no mundo

⁶ Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

Individualizar significa, nas precisas palavras de Nucci, tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou co-réu. Nucci aprimora ainda o conceito de individualização da pena, aduzindo que sua finalidade e importância traduz-se na “fuga de padronização da pena” (NUCCI, 2009, p. 34).

dos fatos”. Para o referido autor, é o que tecnicamente se chama efetividade da norma. Assim, para alcançar eficácia social e aplicabilidade, as normas devem ser “efetivamente observadas e cumpridas” (SILVA, 2000, p. 52).

A eficácia social igualmente pode ser vista como uma “[...] relação semântica entre a norma constitucional (signo), não só com relação à realidade fático-social a que se refere, mas também com os valores positivos (objetos denotados)” (DINIZ, 1989, p. 71).

Nesse sentido, “[...] haverá eficácia social da norma constitucional, se ela for, portanto, obedecida e aplicada pela autoridade, porque se adapta à realidade fático-social e aos pontos de vista valorativos da sociedade que visa disciplinar” (DINIZ, 1989, p. 72).

Reafirmando o conceito acima, Tércio Ferraz Jr. (apud DINIZ, 1989, p. 72) aduz que será eficaz socialmente “[...] o preceito constitucional que encontrar na vida social e nos valores objetivos as condições de sua obediência [...]”, sendo efetivamente aplicada, ou observada, pelos órgãos de competência normativa. Portanto, não basta que a Constituição Federal materialize o princípio da individualização da pena e que o legislador ordinário prescreva as finalidades preventivas e repressivas da pena no Brasil, sendo certo que o aplicador-intérprete necessariamente deverá buscar concretizar a norma no caso concreto, em cada caso, a partir da realidade fática e das condições pessoais do réu, motivando firmemente suas decisões.

A eficácia jurídica diz respeito “[...] às condições fáticas, axiológicas e técnicas de atuação da norma jurídica. A eficácia vem a ser a qualidade do preceito normativo vigente de produzir efeitos jurídicos concretos” (DINIZ, 1989, p. 68). Então, em sentido técnico, a eficácia de uma norma

[...] indica que teria possibilidade de ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos, porque foram cumpridas as condições requeridas (eficácia jurídica), sem que haja qualquer relação de dependência de sua observância ou inobservância pelos seus destinatários (DINIZ, 1989, p. 68).

No sentido jurídico, portanto, a eficácia diz respeito “[...] à aplicabilidade, exigibilidade, executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica”, ou seja, a eficácia seria a “capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas” (SILVA, 2000, p. 66).

A eficácia jurídica é a aptidão técnica da norma para produzir efeitos jurídicos implicando, tão somente, a mera possibilidade da aplicação da norma (DINIZ, 1998, p. 37-38). Diferencia-se da eficácia social, pois a eficácia social relaciona-se não apenas com a possibilidade de aplicação da norma, mas sim com a aceitação da norma pela sociedade. Tal diferença pode ser percebida no trecho em destaque:

[...] a eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos [...] ou seja, é quando uma norma jurídica vigente produz efeitos jurídicos concretos na sociedade [...], há a eficácia jurídica quando a norma é aplicada produzindo

efeitos por cumprir condições exigidas, e eficácia social quando é obedecida pelas pessoas a quem se dirige (DINIZ, 1998, p. 30-31).

José Afonso (2000, p. 66) conclui que, em se tratando de normas jurídicas,

[...] se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Logo,

[...] uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social (SILVA, 2000, p. 66).

Nesse plano, a eficácia social será interpretada no âmbito da etapa de individualização da pena no direito penal para se atingir as finalidades da pena, preventiva e repressiva, satisfazendo o réu e a sociedade quanto à espécie e à quantidade de pena aplicada, a partir de uma decisão judicial motivada, com amparo na hermenêutica.

Assim, na esteira do que orientam os princípios de natureza utilitarista de Ferrajoli (pena deve ser útil), Boschi aduz que:

[...] o Estado precisa utilitariamente aplicar a pena para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade não tenham que fazê-lo e, satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas (BOSCHI, 2004, p. 126).

Essa utilidade/efetividade da pena para o réu e para a sociedade, que deve se ater às finalidades repressivas e preventivas, é o que este artigo reconhece como eficácia social.

3.2 Contribuições da Hermenêutica na Motivação das Decisões Judiciais para a Eficácia Social das Normas Penais de Aplicação da Pena

Em meio à grande problemática que envolve a fixação da pena, especialmente quanto ao alcance de suas finalidades, preocupei-me com a motivação atual das decisões judiciais⁷, no momento da escolha da espécie e da quantidade de pena ao sentenciado, pois sua ausência ou imperfeição impede o atingimento da eficácia social das normas penais, quanto aos fins retribucionistas e prevencionistas previstos na legislação brasileira, levando à população a sensação de insegurança jurídica e de impunidade e o réu à não percepção do mal causado.

Não se pode perder de vista, nas palavras de Marques (2008, p. 13), que

⁷ Para entender a importância da motivação das decisões judiciais, elevada ao status constitucional no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, no qual se impõe motivação de toda e qualquer decisão no âmbito judicial ou administrativo, mister ler artigo publicado sobre o tema pela mestre em direito público Selma L. N. Sauerbronn de Souza, em pesquisa que versa sobre esse princípio na perspectiva do Estado Democrático, considerando a sua relevância para a estrutura do Estado, como mecanismo de controle endoprocessual e extraprocessual. SOUZA, Selma Leite Sauerbronn de. Motivação das decisões judiciais: uma leitura na perspectiva do Estado Democrático. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. n. 7. Brasília, 2013. p. 109-133.

[...] embora o sistema judiciário almeje racionalizar toda a sede de vingança expressada pelo contexto social, a experiência verificada diante de casos concretos – em especial de crimes graves – demonstra que muitas vezes os indivíduos não se satisfazem com a expectativa de punição decorrente de um processo judicial.

E é nesse sentido que a motivação das decisões judiciais serve para diminuir o abismo entre a prestação do poder jurisdicional e a satisfação do réu e da própria sociedade quanto à pena fixada.

Atualmente a exigência de motivação das decisões foi elevada a patamar constitucional, no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, havendo menção expressa desse princípio também nos Códigos de Processo Civil⁸ e Penal⁹. Segundo Barbosa Moreira (1978, p. 89), essa obrigatoriedade deve orientar a atividade estatal e a atividade jurisdicional, pois o Estado de Direito é o Estado que se justifica, de modo que qualquer intromissão no âmbito jurídico das pessoas requer devida justificação. Nesse sentido, “[...] esse princípio se expressa como garantia, cujo propósito é impor ao autor da decisão o dever de apontar publicamente as razões de decidir” (SOUZA, 2013, p. 115).

Salienta-se que o Poder Judiciário exerce função democratizadora da sociedade, uma vez que não está obrigado

⁸ Código de Processo Civil, art. 458, inciso II: São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

⁹ Código de Processo Penal, art. 381, inciso III: A sentença conterá: [...] III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

a julgar orientado por tendências políticas, de modo que a obrigatoriedade de motivar as decisões deriva dos princípios estruturantes, Estado de Direito e Estado Democrático (NORII, 1998 apud SOUZA, 2013, p. 116). Conclui que “esta derivação tem repercussão nas decisões judiciais, notadamente quanto às esferas processual civil e penal, tendo esta última reforço principiológico na individualização da pena” (SOUZA, 2013, p. 116).

A motivação dos atos decisórios, portanto, afigura-se o instrumento material do processo de comunicação (signo linguístico), pois, ao expor os fundamentos, o juiz comunica formalmente às partes as razões de decidir, bem como aos eventuais interessados e ao Tribunal *ad quem* (TUCCI, 1987, p. 12 apud SOUZA, 2013, p. 17).

Há um discurso judicial por meio da motivação da sentença, regulamentado pelo ordenamento jurídico, em que seu caminho lógico não discrepa das razões que, na vida cotidiana, são utilizadas para embasar um juízo moral (TUCCI, 1987, p. 13, apud SOUZA, 2013, p. 17).

Nessa perspectiva, “a motivação requer um trabalho intelectual de conteúdo crítico, lógico e metalógico (intuitivo), englobando, dessa forma, reflexões de fato e de direito, das quais o julgador retira a sua decisão” (SOUZA, 2013, p. 117). Acrescenta que a motivação “representa e documenta o caminho lógico – intelectual seguido pelo juiz para chegar a sua decisão” (SOUZA, 2013, p. 117). Portanto, a decisão judicial precisa ser compreendida por qualquer pessoa da sociedade e deve conter

fundamentos consistentes e coerentes a fim de respaldar a própria atividade estatal, principalmente no campo penal, em que o Estado chamou para si a responsabilização criminal, inadmitindo a vingança privada e atribuindo outros valores para a aplicação da pena.

A motivação da sentença “deve conter, em linhas gerais, a exposição dos fatos importantes para o deslinde da causa e a expressão dos fundamentos de fato e de direito que embasam a decisão” (SOUZA, 2013, p. 118). Nesse sentido, afirma Selma que “a valoração dos elementos probatórios não deve ser singela, e sim indicada, devendo compor a motivação da sentença” (SOUZA, 2013, p. 118).

A motivação deve ser inteligível, clara, longe de ambigüidades (SOUZA, 2013, p. 119). Para Selma, “cabe ao magistrado conduzir-se pelos princípios que orientam a construção do pensamento racional” (SOUZA, 2013, p. 119).

Sob esse ângulo, para que a motivação da decisão no Estado Constitucional seja considerada completa e adequada sob a ótica constitucional, Sarlet salienta que devem estar presentes, no mínimo, a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para individualizar as normas aplicáveis, entre outros aspectos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 752).

A ausência de motivação de decisão judicial gera a perda de duas características centrais, isto é, a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais, em outras palavras, perde o próprio caráter

jurisdicional da decisão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 750). Neste diapasão, expor as razões de decidir é de fundamental importância para alcançar a eficácia social das normas penais, mormente quanto à observância das finalidades da pena, sob as óticas preventiva e repressiva, permitindo que o réu e a sociedade se satisfaçam com a prestação jurisdicional.

A exigência de motivação, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, é a condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante se obtiver o consenso social (MÁRTIRES COELHO, 1997, p. 49).

Não se objetiva, é claro, ignorar a existência de princípios e transformar o direito em uma receita de bolo com critérios rígidos de interpretação no momento da aplicação da pena. Ao contrário, “[...] o texto não é nada sem o autor [...]”¹⁰ (PEREIRA, 2001, p. XI). A experiência vivida pelo intérprete, as condições de tempo e lugar da prolação da decisão, assim como as circunstâncias que envolvem o caso levado à apreciação do Judiciário são fatores que merecem respeito. O aplicador-intérprete, almejando alcance da eficácia social das normas penais e aplicando a pena sob o ângulo repressivo e preventivo, deva se afastar de argumentos arbitrários, de autoridade.

Ferrajoli sustenta que a hermenêutica pode interferir na escolha e fixação da pena:

¹⁰ José Luiz Quadros de Magalhães, prefaciando obra de Rodolfo Viana Pereira.

[...] por mais aperfeiçoado que esteja o sistema de garantias penais, a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certo e objetiva. A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente cognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas. Esta escolha, mais ou menos opinativa segundo o grau de indeterminação da previsão legal, se esgota inevitavelmente no exercício de um poder na indicação ou qualificação jurídica dos fatos julgados. (FERRAJOLI, 2010, p. 42).

Diante dessas considerações, é possível concluir que a hermenêutica contribui para tornar as decisões judiciais mais coerentes e consistentes, auxiliando o intérprete-aplicador na motivação de suas decisões, com o fim de se obter eficácia social das normas penais no momento da aplicação da pena.

4 Considerações Finais

A partir do que foi exposto, chega-se à conclusão de que é possível aperfeiçoar as decisões condenatórias no âmbito penal, sem que seja substituído o modelo positivista penal, que prevê que a fixação da pena deve atender às finalidades repressiva e preventiva, de cunho intimidativo, aplicando-se penas necessárias e suficientes para a reprovação dos crimes.

Atualmente, não é difícil encontrar sentenças penais condenatórias passíveis de reforma ou anulação, em vista de motivações equivocadas, superadas ou até mesmo omissas, levando o sentenciado a recorrer à segunda instância e a sociedade a se indignar com a qualidade das decisões proferidas pelo Judiciário.

O aplicador-intérprete deve conhecer os métodos hermenêuticos e buscar se eximir de valores subjetivos, embora deles seja impossível se afastar completamente, atentando-se a cada caso concreto levado à sua apreciação ao proferir uma decisão, e não apenas reproduzir precedentes jurisprudenciais que, não raras vezes, nem sequer possuem as mesmas características do caso a ser julgado. Do mesmo modo, nota-se que o clamor social na busca por penas mais severas não pode interferir na isenção do aplicador-intérprete, que deve se ater às provas dos autos para individualizar a conduta do réu.

No âmbito penal o julgador não pode deixar de atender às finalidades da pena, com carga necessariamente repressiva e preventiva, ao prolatar uma sentença condenatória, pois, do contrário, tanto o sentenciado como a própria sociedade exigirão resposta estatal mais precisa, pondo em xeque a eficácia social das normas e, via de consequência, a legitimidade do julgador, quiçá do próprio Judiciário. As finalidades da pena são objetivos a serem perseguidos pelo intérprete-aplicador e podem ser obtidas se as decisões judiciais se preocuparem em expor os motivos de fato e de direito presentes no caso concreto, encontrando na vida social e nos valores objetivos as condições da obediência da norma.

Os critérios de interpretação são institutos de grande valia para definir a pena no caso concreto, especialmente se o intérprete-aplicador da lei se colocar como sujeito construtor, eliminando, o quanto possível, valores intrínsecos que impedem a fixação

de uma pena compatível com a ordem legal e constitucional, expectativa normativa a ser perseguida pelas decisões no Estado Democrático de Direito.

Title: Hermeneutics in Legal Sentencing and Social Effectiveness within the Criminal Law.

Abstract: The question addressed in this text portrays an ancient affliction regarding the degree of social effectiveness of sentencing decisions within the criminal law, especially in relation to the scope of the purpose of punishment (preventive and repressive), from the motivations launched by applying the law the Law Enforcer. Under such perspective, the so-called Legal Hermeneutics, according to Emilio Betti and Hans - Georg Gadamer, as far as what concerns them, can be a valuable instrument in order to apply the adequate punishment in each case, thus increasing the satisfaction of those who were eventually found guilty, as well as increasing the satisfaction of the society itself, regarding the type and amount of penalty imposed. Therefore, the scientific problem raised seeks to find out whether it is possible to improve the criminal positivism with regards to sentencing, in order to achieve greater social effectiveness of Legal Sentence decisions, derivated from the use of the legal hermeneutics criteria, as well as an understanding of the conditions used by its interpreter. The initial hypothesis is that it is possible to improve sentencing decisions in criminal matters, without replacing the criminal positivist model, thus applying a more coherent and consistent sentence to each individual case, regarding, respectively, a greater alignment with the legal system and greater justice in the individualization of each individual punishment.

Keywords: Legal hermeneutics. Purpose of legal sentencing. Effectiveness of decisions. Judicial motivation.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1989.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renava, 1999.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 17 abr. 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Vigência e eficácia da norma constitucional. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Síngueme, 1993.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 15. ed. Niterói: Impetus, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1962.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 16, p. 111-125, out./dez. 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O preconceito em H. G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

SOUZA, Selma Leite Sauerbronn de. Motivação das decisões judiciais: uma leitura na perspectiva do Estado democrático. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 7, p.109-133, 2013.

_____. *Paradigmas socioeducativos: operação concomitante no campo da justiça do Distrito Federal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas)-Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALENTE, Ana Cláudia de Souza. A hermenêutica na aplicação da pena e a eficácia social das normas penais. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 8, p. 483-529, 2014. Anual.

Submissão: 22/4/2014

Aceite: 26/5/2014