

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
ARTHUR BACELLAR TEODORO DA SILVA**

A INJUSTIÇA HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

**CURITIBA
2018**

ARTHUR BACELLAR TEODORO DA SILVA

A INJUSTIÇA HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

**Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para à obtenção do grau de
Bacharel em Direito, do Centro Universitário
Curitiba.**

Orientadora: Prof^a.Dr^a. Karla Pinhel Ribeiro

**CURITIBA
2018**

A INJUSTIÇA HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia de Conclusão de Curso aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora: _____
Profª Dr.ª Karla Pinhel Ribeiro

Professor Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente é importante agradecer as pessoas que me ajudaram a realizar este trabalho. Pessoas que ajudam e ajudaram a superar as adversidades e desafios da vida.

Em primeiro lugar minha família, em especial minha mãe que sempre me apoiou e é a pessoa mais forte que eu conheço. Obrigado Regina Maria Bueno Bacellar.

Como também a responsável pela existência de tudo, minha querida Vó Terezinha, que foi o alicerce da família e exemplo de mulher e advogada. Também a responsável pelas discussões acaloradas com este neto sobre todos os assuntos possíveis. Conversas das quais sinto muita falta.

Ao meu pai Alcebíades, que mesmo muitas vezes longe e eu sendo desnaturado, sempre está comigo e me apoiando.

À minha irmã Marianna e meu irmão Vinícius que sempre estão comigo quando preciso.

À minha namorada e companheira, Paula Martins Caçola, que me apoiou todo esse tempo e foi muito importante nas correções, mesmo achando que eu estava “viajando” muito.

À minha orientadora, por toda ajuda, apoio e conhecimento transmitido, e acima de tudo pela confiança.

Também à Duda e Dominica pela companhia nas madrugadas escrevendo e estudando.

*Number one
You have the right not to be killed
Murder is a crime
Unless it was done
By a policeman
Or an aristocrat
Oh, know your rights
(The Clash)*

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo a análise da existência de injustiça hermenêutica no Direito Penal Brasileiro, sendo ela capaz de marginalizar grupos específicos, afetando grupos socioeconomicamente desprivilegiados e mantendo um tratamento desigual entre esse grupo e um grupo socioeconomicamente privilegiado. Para tanto, foi explanado o desenvolvimento da hermenêutica e do conceito de injustiça hermenêutica desenvolvido pela filósofa Miranda Fricker que embasa teoricamente o trabalho para, a partir disso analisar alguns julgados de crimes relacionados a cada grupo socioeconômico, sendo utilizados os tipos penais de furto qualificado e sonegação fiscal. Assim delimitados alguns critérios que demonstram a existência de uma diferença de tratamento dentro do Direito Penal Brasileiro que se configura como uma injustiça hermenêutica. Ao fim, foi realizada uma reflexão acerca da concepção de justiça utilizada em nosso Direito Penal e a sugestão de uma concepção de justiça que minimize a existência de injustiças hermenêuticas.

Palavras-chave: Injustiça hermenêutica, direito penal brasileiro, justiça, furto qualificado, sonegação fiscal, grupos socioeconomicamente desiguais.

ABSTRACT

This work aimed to analyze the existence of hermeneutical injustice in Brazilian Criminal Law, which marginalizes specific groups, affecting socioeconomically underprivileged groups and maintaining an unequal treatment between this group and a privileged socioeconomically group. Therefore the development of hermeneutics and the concept of hermeneutical injustice developed by the philosopher Miranda Fricker, which theoretically bases the work, was explained than used to analyze some of the crimes related to each socioeconomic group, using the types of criminal theft and tax evasion. Thus delimited some criteria that demonstrate the existence of a difference of treatment within the Brazilian Criminal Law that is configured as a hermeneutical injustice. Finally, a reflection was made on the conception of justice used in our Criminal Law and the suggestion of a conception of justice that minimizes the existence of hermeneutical injustices.

Keywords: *Hermeneutical injustice, Brazilian criminal law, justice, qualified theft, fiscal evasion, socioeconomically unequal groups.*

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO.....	9
1.0 HERMENÊUTICA.....	11
1.1.FRIEDRICH SCHLEIEMACHER.....	11
1.2.WILHELM DILTHEY.....	12
1.3.MARTIN HEIDEGGER.....	13
1.4.HANS-GEORG GADAMER.....	14
2.0 A HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL.....	16
2.1.PAPEL DO JUIZ.....	17
3.0. INJUSTIÇA HERMENÊUTICA.....	19
3.1.TIPOS DE INJUSTIÇA HERMENÊUTICA.....	27
3.2. A INVISIBILIDADE DA INJUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM A INJUSTIÇA TESTEMUNHAL....	28
3.3. O IMPACTO DA DEFICIÊNCIA NOS RECURSOS HERMENÊUTICOS COLETIVOS.....	29
3.4.JUSTIÇA HERMENÊUTICA.....	35
4.0. INJUSTIÇA HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL.....	37
4.1. A RELAÇÃO DO TIPO PENAL COM A INJUSTIÇA HERMENÊUTICA.....	43
4.2 DISPARIDADE DE ARMAS: ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS.....	47
4.2.1 O TIPO PENAL.....	49
4.2.2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	55
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O que acompanhamos no judiciário brasileiro já há tempo é a existência de medidas paliativas (como a harmonização de regime e progressões de regime antecipadas) para contornar a existência de um sistema penitenciário caótico, superlotado e sem condições estruturais de abrigar pessoas sob o fundamento da ressocialização.

Por outro lado, também acompanhamos um país no qual vemos pessoas importantes condenadas em nosso judiciário, em operações como a Lava-Jato, sejam políticos ou grandes empresários, e que não passam sequer um dia neste sistema que abriga a maioria dos condenados pelo sistema penal brasileiro. Desta forma, a partir da observação deste contraste, surgiu a grande questão: de que modo isto está acontecendo? Isso é justiça?

O presente trabalho não propõe apresentar uma grande e sequer definitiva resposta, mas sim a traçar um caminho alternativo para se entender a realidade que nos cerca.

Portanto, partindo do conceito de injustiça hermenêutica apresentado pela filósofa britânica Miranda Fricker, ou seja, uma injustiça presente nas pré-concepções sobre nosso mundo e que afeta a percepção de alguma experiência vivida por certo grupo social como injusta, o trabalho busca, usando este referencial teórico, encontrar através da análise qualitativa de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná injustiças presentes em nossa lei penal.

O propósito é através dos reflexos de sua aplicação a desvantagem que ocorre para certo grupo marginalizado, as pessoas com baixo poder socioeconômico.

No primeiro capítulo, se busca traçar o desenvolvimento histórico da hermenêutica, desde seu surgimento através de textos litúrgicos até seu estabelecimento como ciência autônoma. Passando por autores e conceitos essenciais para o entendimento do referencial teórico.

No segundo capítulo, entraremos na importância da hermenêutica como ciência essencial para a aplicação do direito, sendo essencial não somente para o entendimento textual, mas também como referencial para o exercício do poder do juiz.

No capítulo seguinte é traçado o desenvolvimento do conceito de injustiça hermenêutica, conforme o raciocínio da autora, passando por conceitos como: poder social, marginalização hermenêutica, preconceitos e finalmente a injustiça hermenêutica. Utilizando seu exemplo do movimento feminista nos Estados Unidos e a luta para o reconhecimento do conceito de assédio sexual.

O quarto capítulo é dividido em duas partes principais. Em um primeiro momento, a construção teórica do conceito de injustiça hermenêutica é demonstrada em nosso sistema penal, através de relações traçadas entre os conceitos e situações fáticas observadas em nosso país, transportando assim o referencial teórico para nossa realidade.

Em um segundo momento, são selecionados julgados de tipos penais delimitados de acordo com o grupo social ao qual “pertencem”, sendo o furto representando o grupo com baixo poder socioeconômico e a sonegação fiscal representando o grupo com alto poder socioeconômico. A partir disso, são elencados alguns critérios observados que servirão como referencial para traçar relações de desigualdade existentes no direito penal e que afetam de forma prejudicial grupos com baixo poder socioeconômico. Demonstrando assim na prática a existência de uma estrutura capaz de reproduzir uma injustiça velada.

Para assim concluir desenvolvendo um raciocínio do que é a justiça esperada do Direito Penal. E de que forma uma concepção mais inclusiva de justiça pode ser instrumento de redução das injustiças hermenêuticas.

1.0 HERMENÊUTICA

O presente trabalho procura abordar as injustiças que se apresentam no campo hermenêutico, portanto é importante traçar um desenvolvimento histórico e conceitual para que se possa entender a formulação das idéias que embasam e dão o suporte teórico para o trabalho.

Importante compreender também os caminhos que levaram a hermenêutica de um caminho puramente teleológico para um ontológico, originado na hermenêutica filosófica.

Mas afinal, o que é a hermenêutica? A origem do termo, em termos filológicos, remonta ao deus da mitologia grega Hermes, o mensageiro dos deuses do olimpo. O *Hermeneuo* que significa "eu decifro", mais o *teckhné*, que significa a arte e o sufixo *tikos*, onde ambos compõe o significado: "a arte de decifrar textos".

Essa arte da interpretação de textos, no sentido clássico, se desenvolveu inicialmente voltada principalmente a três disciplinas: a teologia, com a interpretação de textos sagrados, ao direito, com a interpretação dos textos jurídicos, e a filologia (estudo da linguagem), funcionando como uma disciplina auxiliar, com regras, preceitos ou cânones que permitissem bem interpretar os textos.¹

1.1.FRIEDRICH SCHLEIERMACHER

A partir de Friedrich Schleiermacher, podemos tratar do início de uma hermenêutica moderna. Para ele, a grande função da hermenêutica era "entender o sentido do discurso a partir da língua"², sendo assim ela era dividida em duas vertentes, a interpretação gramatical e a interpretação psicológica. A primeira se preocupava com o que está presente na língua, no texto, e a segunda com a expressão da vontade de sentido na qual ela foi gerada. Assim, o texto deixou de possuir somente o significado estéril da linguagem e passou a incorporar a personalidade de um agente emissor de sentido.

¹ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 12.

² Ibid. p. 25.

Schleiermacher também foi responsável pela pretensão de uma hermenêutica universal, uma arte geral do entendimento, uma disciplina exclusiva, também ampliou o campo de sua aplicação, não se limitando somente aos textos escritos, mas também ao discurso falado.

Nesse sentido, da ampliação do escopo hermenêutico, a partir da concepção do modelo de círculo hermenêutico, oriundo da regra da retórica que diz que o todo pode ser entendido pelas partes, também foi responsável pela concepção de que é necessário o entendimento do contexto de que se origina a obra para que se tenha o entendimento de seu todo. Assim, para se entender o todo de um livro é importante entender a biografia do autor, suas obras, ou seja, as partes que levam a sua construção.

1.2.WILHELM DILTHEY

Já Wilhelm Dilthey, tem sua importância pelo estabelecimento de diferenças entre o campo das ciências da natureza e as ciências do espírito, as ciências humanas. Sendo a hermenêutica uma disciplina auxiliar nas ciências humanas.

Ele preconizou que diferente do método das ciências da natureza que partem da observação e experimentação (*erklaren*), as ciências humanas devem partir de uma metodologia do entendimento (*verstehen*), para "entender uma individualidade histórica a partir de suas manifestações externas".³

Ele parte do entendimento de uma razão histórica, de um ser histórico, que somente pode se conhecer através da experiência histórica.

Conforme explica Grondin: "Chamamos entendimento o processo pelo qual conhecemos um interior pelo auxílio de sinais percebidos desde o exterior por nossos sentidos"⁴

Desta forma, a hermenêutica de Dilthey ocorre através de um processo no qual se recriam o sentimento vivido pelo autor (*Erlebnis*) através das suas expressões exteriores, numa inversão do processo criador. Assim, do externo

³ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 33.

⁴ Ibid. p. 34.

chegamos ao interno do autor.⁵

Essa metodologia do entendimento amplia os horizontes hermenêuticos para a esfera da vida, capaz de entender qualquer expressão da vida humana, assim portanto, essencial às ciências humanas.

1.3.MARTIN HEIDEGGER

Com Martin Heidegger, a hermenêutica se transforma e se volta a outro objeto, ela passa a incidir não sobre textos ou as ciências interpretativas, mas sobre a própria existência.⁶ Seu principal trabalho está em sua obra *Ser e Tempo* de 1927.

Essa hermenêutica filosófica passa a ser ontológica, estudando e tendo por objeto de reflexão a teoria do ser, ou seja, o estudo da existência dos objetos que podem ser concretos, ideais, valores e vida.⁷

Heidegger parte em princípio de uma ideia oriunda da concepção de Dilthey, na qual a vida é levada por uma interpretação de si mesma, também na fenomenologia de Husserl de que a consciência vive no elemento da intenção de sentido, um entendimento constituinte, como também, na filosofia cristã de Kierkegaard, a respeito da decisão de orientação de seu ser, ou seja, um ser interpretativo.⁸

A partir disso, desenvolve a ideia de uma hermenêutica da facticidade, uma hermenêutica voltada ao entendimento do próprio ser, através do entendimento do ser como *Dasein*, ou seja, como um "ser aí", um ser potencial, em transformação e inesgotável. Assim, a hermenêutica de Heidegger, vem como uma forma de impedir a entificação do *dasein*, sendo o ente objeto existente inautêntico (uma coisa), em outros termos, ela contribui para o despertar da existência individual.⁹

Assim, a sua hermenêutica da facticidade seria o entendimento de sua própria existência, que parte do princípio no qual a essa existência cabe uma

⁵ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 35.

⁶ Ibid. p. 38.

⁷ IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 88.

⁸ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 39.

⁹ Ibid. p. 41.

hermenêutica própria orientada pelas interpretações pré-concebidas que o mundo fornece, mas que ao mesmo tempo busca se liberar de interpretações alienantes.

Isto origina o *Dasein*, ou seja, o ser lançado, o ser que é colocado em um mundo de pré-conceitos, mas que busca o entendimento da sua existência através de uma relação dialética entre o seu ser com o mundo.

O desdobramento dessa hermenêutica e a apropriação de uma fenomenologia que busca a destruição de interpretações buscando desvelar o ser, que é ocultado, dissimulado, como forma de se esquivar de sua finitude.¹⁰

Heidegger também desenvolve o conceito de interpretação explicitante (*Auslegung*), que busca elucidar o pré-entendimento da existência.

Para Heidegger entender é o poder de se entender sobre algo, e esse entendimento ocorre numa estrutura de antecipação fundada na existência e por sua necessidade de orientação¹¹. Desta forma, primeiro vem o entendimento inicial de acordo com o sentido de sua própria existência, para que depois se realize a interpretação. Portanto, para ele, não existia um entendimento livre de antecipações e de pré-concepções.

Assim, a interpretação leva em consideração uma estrutura constituída de três pilares que formam o entendimento: o pré-saber (*vorhabe*), uma pré-visão (*vorsicht*) e uma pré-apropriação (*vorgriff*), sendo a interpretação a explicitação do entendimento.

1.4.HANS-GEORG GADAMER

Outro expoente essencial para essa concepção da hermenêutica é Hans-Georg Gadamer, que foi aluno de Heidegger. Sua hermenêutica se baseia no "se entender a si mesmo" que vem de seu mestre, e também da ideia de um "entendimento participante" de Rudolf Bultmann, ou seja, somente entendemos se participamos daquilo, portanto, busca uma hermenêutica própria das ciências humanas, que não busca o distanciamento, mas sim uma ciência que busque a verdade não através de uma metodologia propriamente dita, mas que reconheça

¹⁰ GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 44.

¹¹ Ibid. p. 47.

que existem outros modos de saber.¹²

Para Gadamer, a verdade do texto está no se deixar levar pelo seu sentido, como se fosse um jogo no qual o jogador é transportado para uma realidade "que o ultrapassa".¹³

Assim como se faz com a interpretação de uma obra de arte, onde a nossa perspectiva se amplifica numa união entre a minha perspectiva sobre mim mesmo e o que a obra é, por isso, há tanta variação nas interpretações das obras de arte, pois essa união sempre é um encontro único.¹⁴

Outro ponto importante é a concepção de pré-juízos como condições de entendimento, baseado na estrutura de antecipação de entendimento de Heidegger.

Dessa forma, para ele existem pré-juízos legítimos que nos são legados pela tradição, sendo essa concepção de tradição como um legado histórico, algo não objetivável, mas que determina o entendimento imperceptivelmente¹⁵. Assim o entendimento se opera a partir da fusão dos horizontes do passado e do presente com a tradição, sendo ilusória a concepção de uma verdade de entendimento isenta de pré-juízos.

Aliás, para ele, um dos grandes questionamentos da hermenêutica é como distinguir os pré-juízos legítimos, daqueles não legítimos, que cabem à razão crítica superar.

Na fusão de horizontes que Gadamer propõe, o intérprete insere algo seu, de seu tempo e de sua linguagem, com seus questionamentos, portanto, para ele o entender é aplicar um sentido ao presente.¹⁶

Para ele, o entendimento também é um processo linguístico, pois: "o entender é ser interpelado por um sentido, poder traduzí-lo em uma linguagem que é sempre necessariamente a nossa".¹⁷

Nesse sentido, a linguagem para Gadamer não está no mundo, como

¹² GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012.p. 64.

¹³ Ibid. p. 65.

¹⁴ Ibid. p. 66.

¹⁵ Ibid. p. 69.

¹⁶ Ibid. p. 74.

¹⁷ Ibid. p. 75.

também não é parte do mundo, mas sim é o mundo.¹⁸

Seguindo este entendimento, a linguagem é o nosso horizonte, e também o limite de nosso entendimento.¹⁹ Somente entendemos o que está disponível em linguagem. Isso não significa que o mundo de objetos é privado de sentido sem a linguagem, mas sim que a linguagem nos permite conhecer o ser das coisas.²⁰

Neste sentido utilizaremos as concepções modernas de Heidegger e Gadamer para o embasamento do trabalho.

2.0 A HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL

O sistema penal tem como base as leis penais, que estabelecem as regras as quais devemos seguir, porém, o texto de lei não tem o condão de abranger todas as situações fáticas possíveis e descrever em minúcias tudo que se pretende que o direito alcance. Portanto, é papel do aplicador da lei a interpretação adequada do texto de lei para que se alcance o efeito esperado da sua existência, a concretização do direito.

A hermenêutica é a parte da ciência que envolve a compreensão e a interpretação, e assim a criação de sentido na linguagem através do encadeamento lógico de procedimentos e conhecimentos, de uma sistematização.

Segundo Carlos Maximiliano²¹, a hermenêutica jurídica é a responsável pelo estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance do Direito. Ou seja, ela esquadrinha e ordena os conhecimentos e princípios necessários para uma boa interpretação dos textos legais. É o alicerce da interpretação.

¹⁸ BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo : Martins Fontes, 2002.p.187.

¹⁹ GRONDIN, Jean.**Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012. p. 77.

²⁰ Ibid. p. 78.

²¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.p.5.

Portanto, ela é a ferramenta essencial para que se sistematize as regras e conteúdos necessários para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito. Necessária, portanto, para a aplicação do direito, pois é através da hermenêutica que se torna possível o alcance de um sentido de lei para que assim a mesma possa ser aplicada à realidade, da doutrina à prática.

A atividade exercida pelo hermenêuta é guiada através de princípios científicos, através de regras, diretrizes, métodos, porém não se pode considerar como ciência. E, apesar de se guiar cientificamente, não é isenta do coeficiente pessoal, da subjetividade. Por tratar do Direito como linguagem, com sua complexidade inerente, não se consegue chegar a uma precisão matemática e em nenhum preceito absoluto.

A regra abstrata não é capaz de esgotar as diversas facetas possíveis da complexidade do direito²², se configurando como um elemento estático.

Conseqüentemente, as leis elaboradas em determinado momento não representam todas as faces significativas possíveis, como também retratam um espaço temporal estático. Segundo Carlos Maximiano, a função do intérprete é de renovador inteligente e cauto, rejuvenescendo e fecundando uma fórmula prematuramente decrépita, dando a ela a função dinâmica do direito.²³

Deste modo, através da hermenêutica se determina os valores significativos delegados aos textos legais dentro de um leque de possibilidades, significados esses que serão atividade criativa do intérprete ao adequar, mesmo que cientificamente, critérios objetivos e subjetivos dentro de um contexto fático, econômico, social, moral.

O que significa, por exemplo, na aplicação da norma penal de acordo não somente com o que a lei dispõe, mas também levando em consideração a proporcionalidade existente entre ela e a realidade do indivíduo submetido a ela.

2.1.PAPEL DO JUIZ

²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.9.

²³ *Ibid.* p. 11.

O juiz tem papel primordial no sistema jurídico penal, é papel dele, através dos elementos já constituídos e de sua subjetividade, a tarefa da interpretação das leis para que sejam aplicadas aos casos concretos.

Quando falamos de elementos constituídos estamos falando da letra da lei, porém, qual o sentido que ela deve ter? Somente o rígido sentido literal que não comporta o grande leque de possibilidades fáticas?

Nesse momento, entramos num dilema, a subjetividade do julgador determinará o sentido da lei, assim os referenciais que ele adquiriu serão refletidos em suas decisões as influenciando de acordo com suas vontades, ou influenciará suas decisões para refletir um sistema que lhe deu referenciais para decidir de acordo com o que já é consolidado.

De acordo com Ronald Dworkin²⁴:

“As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o “sentido” – o propósito, objetivo ou princípio justificativo - da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juizes.”

Esse caráter pessoal presente na subjetividade da interpretação do juiz não significa que a ele é delegado um poder de definir as coisas de acordo com seus pensamentos e suas vontades, como afirma Ronald Dworkin²⁵: “Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância”.

Entretanto, ainda assim o papel destinado ao juiz apresenta um espaço de subjetividade para formular suas sentenças, ainda mais se falamos de Direito Penal. A margem subjetiva que o juiz possui não implica ao mesmo a desobediência aos paradigmas do direito. Essa subjetividade implica necessariamente na interpretação de acordo com valores sociais, ou melhor de acordo com as formulações, conceitos, já estabelecidos em sua formação.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999. p.110.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.. p. 110.

De forma mais incisiva, a interpretação do juiz utiliza-se de elementos aceitos socialmente, mas que esta aceitação social, pode servir somente para mascarar elementos perpetuadores de desigualdade.

O juiz, como formação, está situado numa hierarquia social de certa forma inatingível para alguns, e se pensarmos na sociedade brasileira, é uma posição privilegiada. Portanto, seu contexto de desenvolvimento é o presente no que pode se chamar de posição dominante.

O juiz possui recursos hermenêuticos coletivos do grupo dominante, e por isso consegue representar sua realidade eficientemente e influenciar a criação de novos significados sociais.

Porém, em sua atuação, sua subjetividade ao julgar será afetada por isso, se encaixando no papel descrito ao assediador de Miranda Fricker²⁶, no qual possui uma assimetria nas relações a outros sujeitos, que faz com que, mesmo possuindo as mesmas lacunas nos recursos hermenêuticos, não seja afetado negativamente por essas lacunas. Descreverei em momento oportuno.

Desse modo, o papel do juiz pode estar servindo somente como um elemento estrutural e propagador de desigualdade nas relações. O espaço ao qual se tem como de subjetividade do julgador é diretamente influenciado por mecanismos discriminatórios estruturais que refletem a estrutura social. Mecanismos como o *preconceito de identidade estrutural e a marginalização hermenêutica*.

3.0. INJUSTIÇA HERMENÊUTICA

O foco do trabalho da filósofa britânica Miranda Fricker, *Epistemic Injustice* (2007) são as injustiças que acontecem na esfera epistemológica, ou seja, na esfera do conhecimento. Para a autora, a filosofia se concentra, em sua grande parte, em idealizações racionais dos seres humanos e suas atividades, criando um foco na justiça como se ela fosse a norma, e a injustiça como se fosse uma aberração.

Dessa forma, criando-se uma impressão de que devemos entender a injustiça como algo negativo, e que somente é possível a entender após entender

²⁶ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.

primeiramente o que é justiça, porém, nem sempre esse é o caminho. Existe o caminho reverso, e em algumas áreas a injustiça é a norma, e por isso, é necessário olhar para o espaço negativo da injustiça para se entender o que é uma justiça epistêmica.²⁷

A questão da injustiça para Fricker se refere à ideia de distribuição desigual em respeito a bens epistêmicos, como a informação e a educação. Sendo considerada injustiça epistêmica “um prejuízo causado a alguém especificamente em sua capacidade como entendedor.”²⁸

Nesse sentido, a confiança epistêmica tem uma relação direta com o poder social, ou seja, o poder de um indivíduo ou grupo perante a sociedade, sendo assim, uma desvantagem social pode produzir uma desvantagem epistêmica que não é justa.²⁹

A partir desse contexto, ela conceitua duas diferentes formas de injustiça epistemológica: injustiça testemunhal e a injustiça hermenêutica. A injustiça testemunhal, segundo Fricker, ocorre quando um preconceito faz com que um ouvinte dê um menor nível de credibilidade para o discurso do falante, já a injustiça hermenêutica ocorre em um estágio anterior, quando uma lacuna nos recursos interpretativos coletivos que colocam alguém em uma desvantagem injusta em relação ao entendimento de experiências sociais. Portanto uma reflete as relações entre indivíduos e a outra a relação do indivíduo com a sociedade, é uma relação estrutural.³⁰

O foco do presente trabalho é a injustiça hermenêutica, como um prejuízo que ocorre de forma estrutural e anterior às experiências sociais, portanto de certa forma sistemático, assim o intuito é construir o raciocínio para desenvolvimento dessa concepção de injustiça, como presente no capítulo 7 do livro de Fricker.

No início do capítulo, Fricker deixa claro que irá trabalhar com o movimento feminista para conceber a ideia de injustiça hermenêutica, e para isso utilizará o referencial utilizado por este movimento que é o materialismo histórico, de Karl Marx, mais bem delineado pela frase: “O dominado vive em um mundo estruturado por outros para seus propósitos – propósitos esses que de longe não são nossos

²⁷ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. vii, viii.

²⁸ Ibid. p. 1.

²⁹ Ibid. p.3.

³⁰ Ibid. p.1.

propósitos e que são em vários níveis inimigos para nosso próprio desenvolvimento ou mesmo existência”³¹

Essa concepção de mundo estruturado pode ter três diferentes significados: o primeiro é de forma material, que as instituições sociais e as práticas beneficiam os poderosos, a segunda é uma leitura ontológica na qual os poderosos de alguma forma constituem o mundo social e a terceira, que é a que interessa primordialmente para a autora, que é uma visão epistemológica, onde os poderosos possuem uma vantagem injusta na estruturação dos entendimentos sociais coletivos.³²

Entretanto, ela deixa claro que essas três concepções não se separam, visto que algumas vantagens materiais podem afetar em práticas nas quais os significados sociais são gerados.

Para ilustrar esse foco epistêmico e o reflexo do poder social, Fricker parte do exemplo do movimento feminista, que se baseou na conscientização das pessoas através de reuniões onde as mulheres relatavam seus problemas umas às outras para a criação de entendimentos coletivos, visto que individualmente elas não eram capazes de perceber suas experiências sociais.

Dessa forma, na época o movimento feminista, ou melhor as mulheres em geral se enquadravam num grupo desprovido de poder, e por isso viam suas experiências sociais através de um vidro escuro, onde no máximo possuíam significados em nada precisos para tornar sua experiência inteligível.

O primeiro exemplo citado é o de Wendy Sanford ao descobrir através das reuniões de mulheres que existia a depressão pós-parto, algo pelo qual ela passou, mas que realizava ser uma deficiência sua.

Esse foi um exemplo de um momento que ela viveu e o qual mudou sua vida, pois ela conseguiu constatar que existia um prejuízo na sua capacidade como entendedora, sendo esse o primeiro exemplo de injustiça hermenêutica.

Após esse primeiro exemplo, Fricker apresenta o exemplo que se utilizou para definir o que é a injustiça hermenêutica e seus mecanismos. Nele consta outro relato, de Carmita Wood, com relação a seu trabalho em uma universidade e o constrangimento pelo qual passava, assim como a criação de sentido dentro do grupo feminista à época dos movimentos civis nos Estados Unidos.

³¹ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p. 147.

³² Ibid. p. 147.

Ela relata que trabalhou por oito anos no departamento de física nuclear nessa universidade, evoluindo da posição de assistente de laboratório para um trabalho de escritório em uma função administrativa. Na época, ela tinha quarenta e quatro anos e era mãe solteira com dois filhos.

Em seu trabalho, era constantemente afetada por um renomado professor, casado, que se aproveitava dela quando realizava atividades cotidianas, como por exemplo, passar a mão em seus seios ao pegar algum documento, entre outras situações. Em certa ocasião, numa festa de Natal, o professor a encurralou em um elevador e deu beijos forçados em sua boca, após essa situação, ela passou a evitar o uso do elevador com medo de que essa situação se repetisse.

Entretanto, o estresse decorrente desse constrangimento começou a afetar Carmita fisicamente, como dores frequentes nas costas. Ela, diante disso, tentou manter seu emprego pedindo transferência de departamento, mas como não obteve êxito, acabou pedindo demissão.

Um tempo depois quando foi pedir seu seguro desemprego, Carmita se deparou com uma barreira, pois não conseguiu descrever e expressar o que aconteceu com ela para que largasse um emprego após oito anos para o investigador encarregado de avaliar sua situação, se sentindo envergonhada com tudo. Além disso, era necessário o preenchimento de um formulário, explicitando os motivos de estar desempregada, o qual ela somente conseguiu escrever que deixou o trabalho por razões pessoais, o que ocasionou a negativa da concessão de seu benefício.

Em outro momento, em um seminário no qual estudantes falavam sobre avanços sexuais indesejados em seus trabalhos de verão, essa história veio à tona e diversas mulheres tinham histórias semelhantes para relatar. Assim, pelo fato de não ter uma concepção do que era a experiência pela qual passaram, essas mulheres, decidiram dar um nome para isso, e acabaram chamando de assédio sexual.

No caso, a inexistência de uma definição do que era essa experiência sofrida por Carmita Wood e que significava uma desvantagem cognitiva, também significava uma desvantagem para um grupo como um todo. O conceito de assédio sexual impedia que as mulheres realizassem e entendessem a experiência pela qual estavam passando.

A inexistência deste conceito nos recursos hermenêuticos coletivos, ou seja, no conjunto de construções de significados que pertencem ao todo social, afetava todos, até mesmo o homem no caso. Porém, eles pertencem a diferentes grupos, e diferentes grupos mesmo que afetados pela ausência de algum recurso hermenêutico coletivo, sentem essa ausência de forma diferente, pois o mundo social esta em constante transformação o que gera novos tipos de experiências que vão se revelar gradualmente, não sendo todas consideradas injustas. Assim: “Para alguma coisa ser uma injustiça, ela deve ser danosa mas também errada, tanto por ser discriminatória ou por ser injusta.”³³

Para o assediador do exemplo, a falta dessa significação da experiência não significa uma desvantagem, mas sim o que a autora chamaria de azar epistêmico e moral.³⁴ Assim, essa inexistência do conceito de assédio sexual, impede que ele reconsidere seu comportamento em relação a isso.

Em contraponto, para a assediada a inexistência dessa significação gera grandes prejuízos, pois sua desvantagem cognitiva faz com que ela seja incapaz de perceber a situação pela qual esta passando, deixando-a vulnerável.

Fricke destaca que a injustiça somente é existente se essa lacuna hermenêutica ocasionar uma significativa desvantagem para o indivíduo. Para ilustrar isso, ela descreve o que é azar epistêmico circunstancial³⁵, ou seja, uma desvantagem hermenêutica que é coletiva, e que também gera danos, mas não é uma injustiça. Como por exemplo, existência de uma condição médica que afeta o comportamento social, e que na época ela ainda é mal entendida e não diagnosticada, gerando consequências negativas pelo não entendimento das outras pessoas acerca dessa condição médica, mas não sendo discriminatória ou injusta.

Para entender o caso de injustiça hermenêutica, devemos focar nas condições sociais, no contexto, que propiciou a existência das lacunas hermenêuticas. Por exemplo, no contexto do exemplo utilizado, as mulheres apresentavam condições desiguais de poder na sociedade, participando de forma

³³ Tradução livre “For something to be an injustice, it must be harmful but also wrongful, whether because discriminatory or because otherwise unfair.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 151.

³⁴ Ibid. p. 151.

³⁵ Ibid. p. 152.

desigual também nas práticas nas quais os significados sociais coletivos são produzidos.³⁶ Assim percebe-se a desigualdade na distribuição de poder social.

Para a autora poder social é:

“uma capacidade socialmente situada para controlar ações dos outros, onde essa capacidade pode ser exercida (ativamente ou passivamente) por agentes sociais específicos, ou alternativamente, ele pode operar de forma puramente estrutural.”³⁷

A partir dessa participação desigual na produção de significados sociais coletivos que surge um importante conceito para o entendimento da injustiça hermenêutica: a marginalização hermenêutica. Visto que a desigualdade hermenêutica é difícil de detectar, uma forma de percebê-las é através da participação hermenêutica desigual, pois ela mostra locais da vida social nos quais os poderosos não tem interesse em alcançar um entendimento correto, ou que simplesmente possuem um interesse em manter essa interpretação equivocada.

No caso descrito, o comportamento masculino de repetição de propostas sexuais às mulheres sempre foi visto como um simples flerte, dentro de um mecanismo que obscurece as experiências femininas, desvalorizando-as.

Dessa forma, Fricker propõe o conceito: “quando se tem uma participação hermenêutica desigual em respeito a alguma área significativa da experiência social, membros do grupo em desvantagem são marginalizados hermeneuticamente”³⁸

A autora propõe que o termo deve ser utilizado para casos em que ao sujeito é negado persistentemente uma total participação hermenêutica em respeito a um amplo espectro de experiências sociais, mas também para casos mais brandos, que dizem respeito a questões mais específicas.³⁹

A marginalização hermenêutica é sempre uma coerção social e uma forma de ausência de poder. Porém, essa ausência de poder não significa uma total ausência,

³⁶ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 152.

³⁷ Tradução livre “a practically socially situated capacity to controls other’s actions, wherethis capacity may be exercised (actively or passively) by particular social agents, or alternatively, it may operate purely structurally.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.13.

³⁸FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p.153.

³⁹ Ibid. p. 153.

visto que as identidades sociais são complexas, por um lado pode-se ser marginalizado e em outro ter uma participação total.

Assim, os indivíduos são afetados de maneiras diferentes pela marginalização hermenêutica. Sendo a marginalização um efeito do poder material ou do poder identitário, ou mesmo dos dois. Mas o que é cada um?

O poder material é o definido pelo contexto socioeconômico do sujeito, enquanto o poder identitário é quando se depende das concepções imaginárias de identidade social⁴⁰. Como por exemplo, as diferenças nas concepções a respeito da identidade de homens e mulheres, jovens e velhos, e assim por diante. Desta forma, diferentes concepções coletivas a respeito da identidade social possuem diferentes valores sociais, como no exemplo, onde o papel masculino tem um peso maior em relação ao papel feminino.

A partir disso se tem a primeira conceituação da injustiça hermenêutica: “A injustiça de ter a área significativa da experiência social de alguém obscurecida do entendimento coletivo devido à marginalização hermenêutica persistente e de longo alcance.”⁴¹

O que faz essa marginalização hermenêutica ter esse contorno negativo e gerar as injustiças, é que ela torna os recursos hermenêuticos coletivos afetados por um preconceito estrutural. Ou seja, ele faz com que se tenham interpretações tendenciosas a respeito das experiências sociais do grupo marginalizado, justamente porque a sua marginalização impede que esse grupo tenha poder de construir novas interpretações coletivas.

Deste modo, as interpretações emitidas sobre as experiências dos marginalizados ficam nas mãos de grupos com maior poder de construção de interpretações coletivas. Por exemplo, os homens em relação às mulheres, os brancos em relação aos negros, e assim vai.

A respeito da definição de preconceito, Fricker define: “Preconceitos são julgamentos, que podem ter uma valor positivo ou negativo, e que mostram alguma

⁴⁰ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 14.

⁴¹ Ibid. p. 154.

resistência a contra-evidências devido a algum investimento afetivo por parte do sujeito”⁴²

Esse preconceito estrutural afeta as pessoas pelo seu pertencimento a determinados grupos desprovidos de poder e tem um caráter discriminatório, pois afeta as pessoas por causa de sua identidade social, assim é um preconceito estrutural de identidade.

A partir disso o conceito de injustiça é reformulado: “A injustiça de ter a área significativa da experiência social de alguém obscurecida do entendimento coletivo devido à um preconceito estrutural de identidade nos recursos hermenêuticos coletivos.”⁴³

A partir dessa noção de injustiça hermenêutica a autora apresenta duas possíveis variações dessa injustiça: o tipo estrutural, mais relevante do ponto de vista da justiça social, e o tipo incidental.

Após essa definição a preocupação da autora é em explicar o significado da injustiça hermenêutica como algo sistemático.

Deste modo:

“Nos casos sistemáticos a marginalização hermenêutica implica marginalização de forma socioeconômica, visto que ela implica na não participação em profissões que fazem significativa participação hermenêutica”⁴⁴

Então, essa marginalização não só afeta o indivíduo no campo hermenêutico, mas segue ele em um grande espectro de atividades e experiências sociais, demonstrando a suscetibilidade de certos grupos sociais a diferentes tipos de injustiça, de certa forma do mesmo modo que uma opressão. Sendo esse tipo de injustiça um resultado direto das desigualdades estruturais de poder.⁴⁵

⁴²Tradução livre “Prejudices are judgements, which may have a positive or a negative valence, and which display some (typically, epistemically culpable) resistance to counter-evidence owing to some affective investment on the part of the subject.” Ibid. p. 35.

⁴³ Tradução livre “the injustice of having some significant area of one’s social experience obscured from collective understanding owing to a structural identity prejudice in the collective hermeneutical resource.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 155.

⁴⁴ Tradução livre “for systematic cases, the hermeneutical marginalization entails marginalization of a socioeconomic sort, since it entails non-participation in professions that make for significant hermeneutical participation.” Ibid. p.155.

⁴⁵ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p.156.

Como no caso exemplo do livro de Fricker, no qual Carmita Wood sofre uma injustiça hermenêutica que é sistemática, e que somente no momento em que entra em contato com as outras mulheres que possuem experiências semelhantes percebe o caráter estrutural dela, que essa injustiça age sobre um grupo social específico, com um aspecto opressivo agindo contra todas as mulheres em diversos contextos de experiências sociais.

Assim como a marginalização hermenêutica implica também em uma marginalização socioeconômica, os grupos economicamente desprivilegiados estão mais suscetíveis a sofrer injustiças e, ao mesmo tempo, mais distantes de combatê-las. Ou melhor ainda, refinando esta afirmação, estão mais distantes de percebê-las e assim ter meios ou acesso a mecanismos de combatê-las.

3.1. TIPOS DE INJUSTIÇA HERMENÊUTICA

Em relação a injustiça hermenêutica incidental, Fricker⁴⁶ a define como casos nos quais a marginalização hermenêutica somente se apresenta de forma momentânea ou em algum aspecto muito específico da experiência do sujeito, sendo resultado somente de momentos nos quais o sujeito se encontra sem poder perante a situação.

Diferentemente de um mecanismo estrutural que tira o poder de certos grupos de forma contínua, a injustiça hermenêutica incidental não afeta o indivíduo em um aspecto amplo de experiências sociais ou como algo generalizado, somente afeta em algum momento específico ou numa esfera específica da vida.

Para descrever esse conceito a autora utilizou como exemplo uma situação vivida pelo personagem principal do romance “*Enduring Love*”, de Ian McEwan, no qual esse personagem é perseguido por um fanático religioso que tem delírios amorosos com ele.

Quando o personagem que está sendo perseguido, ao tentar contar aos outros, seja sua parceira, ou a polícia, ele se vê desacreditado, pois existe uma lacuna hermenêutica coletiva que impede que ele se comunique com os outros e

⁴⁶ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p. 156.

retrate sua experiência de forma inteligível. Para sua parceira a situação foi motivo de zombaria, sendo até mesmo questionado seu estado mental. Para a polícia, o que ele estava passando não era motivo para nenhuma interferência, pois não apresentava nenhum tipo de perigo para o personagem apesar da situação ser incômoda.

Sua identidade social é de um homem branco, educado, heterossexual, portanto não sofria de nenhum tipo de subordinação a algum significado social ou a falta de poder social, mas mesmo assim sofreu uma injustiça extremamente localizada.

Ele não sofreu nenhum reflexo de algum preconceito de identidade estrutural, ele sofre a injustiça não por causa do seu tipo social, mas a despeito dele. Algo não esperado e que pode ocorrer de forma localizada, mas que pode ser devastadora para a vida do sujeito.

Tanto um tipo quanto outro de injustiça hermenêutica não envolvem culpados, por isso essa injustiça é estrutural. Nenhum agente a perpetua deliberadamente e a raiz dela está na marginalização hermenêutica do sujeito.⁴⁷

3.2. A INVISIBILIDADE DA INJUSTIÇA E SUA RELAÇÃO COM A INJUSTIÇA TESTEMUNHAL

Outro ponto destacado por Fricker é que a injustiça hermenêutica somente vem à tona no momento no qual o sujeito tenta fazer sua experiência inteligível, ou seja, ele só é capaz de percebê-la quando realiza um esforço cognitivo para explicar a situação pela qual está passando para si mesmo ou para outra pessoa, e é impedido pela falta de recursos hermenêuticos para ilustrar tal situação.

Por isso, essa injustiça não é visível pelos agentes e nem perpetuada de forma culposa, somente é possível vê-la no momento em que o indivíduo se vê marginalizado hermeneuticamente. Antes desse momento de percepção, a injustiça já existe, estando somente adormecida.

⁴⁷FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.159.

Neste ponto é importante destacar que essas injustiças estão presentes no contexto social, porém de forma invisível, somente aparecendo no momento que afetam determinado indivíduo, e mesmo que o afetem irá depender de um esforço hermenêutico coletivo para que a situação não continue invisível e atingindo indivíduos de forma isolada, mas em grande número.

Também é apontada a relação da injustiça hermenêutica com a injustiça testemunhal, de que em alguns casos a injustiça hermenêutica seja composta também pela testemunhal.

A injustiça testemunhal é outro tipo de injustiça epistêmica, ou seja, injustiça em relação ao conhecimento de modo geral, sendo uma injustiça especificamente na sua capacidade como conhecedor. Deste modo, a injustiça testemunhal acontece entre agentes, sendo que em um dos polos a injustiça ocorre por um preconceito de identidade que faz com que o indivíduo seja desacreditado em relação ao seu conhecimento, tendo seu discurso desacreditado.

Essa injustiça testemunhal estará presente nos casos nos quais a injustiça hermenêutica é sistemática, pois os membros de um grupo marginalizado tendem a ser sujeitos a preconceito de identidade.⁴⁸

Deste modo, além da baixa credibilidade que irá sofrer por não conseguir fazer sua experiência inteligível para outro indivíduo, também sofrerá um desvalor na sua fala devido a um preconceito de identidade. Sendo assim afetado duplamente por uma injustiça.

Como no caso apresentado de Carmita Wood, se ela tentasse fazer a sua experiência inteligível para seu empregador, mesmo que fosse bem sucedida e ele percebesse alguma coisa, a identidade social dela poderia sofrer preconceito, visto que como uma mulher, ela representava e ainda representa um menor poder social, correndo o risco de ter seu discurso desacreditado por uma injustiça testemunhal.

3.3. O IMPACTO DA DEFICIÊNCIA NOS RECURSOS HERMENÊUTICOS COLETIVOS

⁴⁸ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.159.

Como no exemplo dado pela autora, a injustiça hermenêutica não acontece com todos os grupos sociais, tudo depende se a falta de recursos hermenêuticos coletivos afeta a inteligibilidade da experiência social de determinado grupo ou indivíduo. Por exemplo, o professor que assediava Carmita não era afetado por uma injustiça, mesmo que a falta do conceito de “assédio sexual” também interferisse sua capacidade de cognição, muito diferente dela, que foi extremamente afetada em todos os aspectos.

Deste modo podemos perceber que o impacto causado pela deficiência nos recursos hermenêuticos coletivos impacta os membros de diferentes grupos de diferentes formas.⁴⁹

O que influencia nesse impacto que essa deficiência irá causar, é o contexto social ao qual ela afeta. Sendo que ela se torna uma desvantagem injusta para alguns grupos e não outros quando concretamente presente em alguma situação social.⁵⁰

Como por exemplo, no caso apresentado de um país que decida prover serviços de saúde gratuitos para todos os cidadãos, porém não inclui nisso o tratamento dentário. Sob um aspecto esse tratamento formalmente é igualitário pois fornece a todos os mesmos serviços de saúde, portanto tratando todos as pessoas de forma igual.

Entretanto, no mundo social a desigualdade rapidamente se mostra, isso porque como o serviço dentário não é gratuito, muitas pessoas não conseguirão acesso a ele, como também, do mesmo modo alguns grupos privilegiados poderão pagar por esse serviço e usufruí-lo.

Assim, existe uma igualdade formal, mas uma desigualdade real, e essa desigualdade somente afeta alguns grupos sendo efetivamente discriminatória.

Fricke divide a injustiça hermenêutica de acordo com os prejuízos que ela causa, em um primeiro momento podemos falar em prejuízo primário e prejuízo secundário.

O prejuízo primário se caracteriza pelo já explanado, ou seja, a incapacidade do indivíduo de fazer suas experiências sociais reconhecidas e torná-las inteligíveis, pois, por não ter os recursos hermenêuticos coletivos para tal ela se torna incapaz

⁴⁹ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. P.161.

⁵⁰Ibid.p.161.

de entender o que está passando e também incapaz de se fazer entendida por outros.

Já os prejuízos secundários podem ser os mais diversos, no exemplo citado de Carmita Wood podem ser os sintomas físicos de estresse, não conseguir a transferência no emprego e no final ter que pedir a demissão, entretanto não se restringe somente a essas questões práticas, podendo afetar a confiança das mulheres como um todo.

Sem um conceito ao qual se possa socorrer da experiência vivida, o indivíduo passa a duvidar de sua própria capacidade de entendimento do mundo por ser o único a perceber uma diferença entre o entendimento recebido e o seu próprio senso da experiência social.

Isso também implica em desvantagens epistêmicas:

“As variadas formas nas quais a perda de confiança epistêmica pode dificultar a carreira epistêmica de alguém são, para reiterar, que ela pode causar a perda literal de conhecimento, que ela pode impedir alguém de ganhar novos conhecimentos, e mais geralmente, que é provável que ela impeça alguém de ganhar algumas virtudes epistêmicas importantes, como coragem intelectual.”⁵¹

Nisso a autora faz uma abordagem de como a injustiça através de seus prejuízos afeta o próprio desenvolvimento do “eu” do sujeito, para isso usa a história de um romance sobre o descobrimento do homossexualismo por um menino na década de 50 e a relação disso com o contexto em que ele vivia.

Assim, ele foi criado com a percepção de que as coisas que sentia em relação ao homossexualismo eram uma espécie de doença e que ele devia se sentir envergonhado por isso.

Acreditando quando falavam uma história de que meninos passam por uma fase de homossexualismo e que era normal e que não necessariamente ele era homossexual. E que essa fase uma hora iria passar, mesmo ele gostando de outro menino.

⁵¹Tradução livre “The various ways in which loss of epistemic confidence might hinder one’s epistemic career are, to reiterate, that it can cause literal loss of knowledge, that it may prevent one from gaining new knowledge, and more generally, that it is likely to stop one gaining certain important epistemic virtues, such as intellectual courage” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.163.

Ou seja, ele cresce sendo formado acreditando nessas concepções, tendo como recurso hermenêutico coletivo essas formações negativas a respeito da homossexualidade.

Para ele, a opção de ter desejo por outros homens não é uma opção viável, aliás, não entra nem como opção, visto que existe uma espécie de lente na qual só existem as concepções nas quais ele foi formado, acreditando que o que sente não é uma experiência válida, acreditando que o homossexualismo é uma doença ou uma espécie de fase que acaba.⁵²

Neste contexto, falamos de uma injustiça hermenêutica que faz com que as experiências vividas pelo menino no seu desenvolvimento e que lhe oferece uma possibilidade diferente de entendimento do que está passando, mesmo que não se encaixem com os recursos hermenêuticos coletivos que lhe foram passados e que demonizavam a homossexualidade, por serem entendimentos com os quais ele não consegue articular, ou seja, torná-lo inteligível, e por isso é um entendimento isolado do resto de suas percepções, afetam não somente a construção de suas experiências, mas também a construção de seu ser.

Em outro momento, também se relata a experiência da visita desse menino a um psicanalista no qual ele buscava superar o que ele dizia já estar se formando cada vez mais, para isso ele passa a negar a homossexualidade, afetando assim a construção de seu ser.

Ele utiliza desse mecanismo como uma espécie de truque no qual aceita seu desejo por homens, mas ao mesmo tempo se encara como um homem, não como um homossexual. Numa espécie de disfarce, no qual se esconde por trás de uma máscara de um homem, tendo contato com o universo masculino, que permite a ele ao mesmo tempo nutrir sentimentos por homens.

Essas construções da identidade social passadas de forma autoritária através dos recursos hermenêuticos coletivos, e que são as constituintes de seu ser social, forçam o indivíduo a travar batalhas a respeito de sua própria identidade, em uma espécie de resistência a formação de seu ser, e que muitas vezes passam a serem questões de vida ou morte.

⁵² FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.164.

Também essas construções passadas de forma autoritária podem ser capazes de criar um senso de dissonância com relação aos significados contidos nelas.

“Construções autoritárias nos recursos hermenêuticos compartilhados, então, impactam em nós coletivamente mas não uniformemente, e essa não uniformidade de sua posse sobre nós pode criar um senso de dissonância entre a experiência e as várias construções que vem acompanhando para dominar seu significado apropriado que esta nascendo.”⁵³

Assim, algumas vozes de autoridade são capazes de ter certo poder sobre nós, enquanto outras por qualquer razão não possuem. Desse modo, esse senso de dissonância pode surgir como uma forma de resistência aos prejuízos causados pela injustiça hermenêutica.

Dentro do mesmo exemplo, trata-se da experiência do personagem, que luta pela definição de sua identidade, do seu “eu” como homossexual, ao passar o feriado de Ação de Graças e conhecer um padre que viria a ser seu confidente.

Ao se confessar, ele conta ao padre o que esta passando e suas experiências com o homossexualismo, como também conta que está passando por conflitos e que vem se consultando com um psicanalista devido a isso.

O padre desde o início trata o que o personagem está passando como pecado, conceito esse que não o afeta e ao qual ele está imune, pois ele não acredita nos conceitos religiosos de céu e inferno, assim como também não acredita que essas ideias são aceitas como recursos hermenêuticos coletivos.

Entretanto, resistência à essa força autoritária de entendimentos coletivos é frágil e pode rapidamente mudar. O entendimento coletivo mesmo aqueles aos quais não acreditamos podem rapidamente dominar a nossa mente, devido a seu poder social através da construção de estereótipos que produzem uma operação constante

⁵³ Tradução livre “Authoritative constructions in the shared hermeneutical resource, then, impinge on us collectively but not uniformly, and the non-uniformity of their hold over us can create a sense of dissonance between an experience and the various constructions that are ganging up to overpower its nascent proper meaning.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.166.

de poder identitário que controla e constrange o comportamento e o senso próprio do indivíduo.⁵⁴

A resistência a essa força autoritária pode surgir de outra forma também, quando os discursos a respeito de tal experiência passam a ser absurdo e até mesmo ridículo a ponto dos indivíduos suspeitarem dele também.

Segundo Fricker: “achar alguma coisa potencialmente autoritária como sendo absurda dá coragem crítica; uma rebelião hermenêutica inspira a outra.”⁵⁵

Portanto esse senso de dissonância pode ser uma forma de superar essas injustiças, porque é o início do pensamento crítico e faz parte do mecanismo de conscientização. Quando várias pessoas que possuem esse senso de dissonância se agrupam, essa dissonância aumenta e ganha corpo, fortalecendo a capacidade social de mudança.

Do mesmo modo que aconteceu com Carmita Wood no exemplo inicial, no qual as mulheres se reuniram e somente após isso conseguiram formular um conceito que possibilitou a inserção da experiência social do grupo delas nos recursos hermenêuticos coletivos.

A injustiça hermenêutica, portanto, tem como prejuízo primário não só a questão do indivíduo ter uma desvantagem injusta devido a uma lacuna hermenêutica coletiva, mas também na construção de seu próprio ser.

Isso quer dizer que dependendo do contexto social no qual o indivíduo se insere, essa injustiça pode fazer com que a constituição do indivíduo socialmente seja determinada de uma forma que ele não é, podendo ser contra seus próprios interesses.

Tanto a injustiça hermenêutica como a injustiça testemunhal possui esse poder constitutivo de identidade, porém de modos diversos. Na injustiça testemunhal, ela ocorre de indivíduo para indivíduo e por isso se volta na discussão sobre culpabilidade ou não do ouvinte e a questão do que é uma virtude desejável de se cultivar como ouvinte.

Já a injustiça hermenêutica, atua de forma estrutural, portanto não envolve nenhum agente perpetuador, mas sim devido a uma característica dos recursos

⁵⁴ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.167.

⁵⁵ Tradução livre “Finding something potentially authoritative to be absurd gives one critical courage; one hermeneutical rebellion inspires another.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.

hermenêuticos coletivos. Ou um único ponto cego na injustiça incidental, ou nos casos sistemáticos, devido a uma lacuna gerada pelo preconceito de identidade estrutural no repertório hermenêutico. Não tendo assim a valoração da culpa.⁵⁶

3.4.JUSTIÇA HERMENÊUTICA

Desta forma, Fricker leva a discussão para uma possível solução ou forma de lidar para contra-atacar o impacto gerado pela marginalização hermenêutica e assim evitar as injustiças hermenêuticas resultantes dela.

Inicialmente, ela sugere que mesmo nas experiências de injustiça hermenêutica, nos quais não existe um agente como responsável, devemos lidar com uma questão valorativa de culpabilidade.

Isso porque, todos nós como ouvintes e pertencentes a sociedade devemos perceber que existem pessoas e grupos aos quais seu senso de comunicação sobre suas experiências são prejudicadas e estão sendo injustamente impedidos de se comunicar.

Assim, devemos fazer um esforço de perceber a parcela de culpa individual para tentar desenvolver uma percepção de mundo livre de preconceitos.

A isso a autora chama de justiça hermenêutica, como sendo uma forma de correção estrutural. Nela o indivíduo tem que monitorar constantemente a influência dos preconceitos nos seus julgamentos, porque eles já estão presentes estruturalmente.

Porque a forma de se corrigir a injustiça presente na tentativa falha de comunicação, de inteligibilidade de sua experiência, é através de um esforço do ouvinte para que entenda essa tentativa não como algo sem sentido ou no qual o indivíduo é tolo, mas sim como um problema maior ao qual ele não consegue contornar.⁵⁷

⁵⁶ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.168.

⁵⁷ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.169.

Conforme coloca Fricker: “o ponto é realizar que o falante está fazendo um grande esforço com uma dificuldade objetiva e não uma falha subjetiva.”⁵⁸

Portanto, a questão está na percepção de uma conscientização por parte do ouvinte para que note a relação entre a identidade social do falante e a sua própria para que consiga entender de que forma isso impacta o que está sendo falado e na forma em que está sendo falado.

Nesses casos, o que se pretende fazer com essa justiça hermenêutica é uma correção ao primeiro julgamento de credibilidade do falante, que já começa baixo devido à dificuldade de fazer a experiência inteligível.

Fricker coloca que nas trocas discursivas em relação ao entendimento social, a credibilidade do falante não é medida pela verdade presente no discurso, mas pela veracidade da interpretação oferecida.

O que significa que, em determinados contextos hermenêuticos, a orientação para a verdade deve permitir que exista mais de uma opção de interpretação que também seja concebida como verdade.⁵⁹

O que se pretende é que num contexto hermenêutico, o ouvinte virtuoso (como coloca Fricker) consiga registrar o nível ao qual necessita para que a interpretação seja verdadeira e assim fazer concessões para que os julgamentos iniciais de credibilidade que são baixos possam ser aumentados, compensando assim as dificuldades.

Agindo desse modo o ouvinte compensaria o impacto prejudicial da marginalização hermenêutica do falante.

Para exemplificar, Fricker cita uma hipótese, um modelo de trabalho no qual quando uma mulher, ou qualquer membro de um grupo estereotipado, diz algo anômalo, os homens devem assumir que eles não entenderam o que foi falado e que não é a falante que está louca, num tipo de ação epistêmica afirmativa.

Entretanto, esse modelo de trabalho é de difícil desenvolvimento devido a grande amplitude dos contextos hermenêuticos para sua aplicação, exigindo que o ouvinte seja indefinidamente sensível ao contexto ao qual está inserido, portanto de difícil realização.

⁵⁸ Tradução livre “The point is to realize that the speaker is struggling with an objective difficulty and not a subjective failing.” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.169.

⁵⁹ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.170.

A marginalização hermenêutica afeta os indivíduos em diferentes maneiras, em uns contextos o indivíduo pode ser incapaz de entender alguns significados e em outros ele pode não possuir desvantagens.⁶⁰ Dessa forma, uma política voltada a falantes de determinados estereótipos ou de grupos com pouco poder não seria justificada, pois acabaria por englobar somente uma faceta da questão e generalizar a existência das injustiças, pressupondo que todos são afetados de mesmo modo.

A partir disso a autora sugere que a melhor forma para usar a justiça hermenêutica como uma forma compensatória é através da noção de uma capacidade para julgamento indefinidamente sensível ao contexto, ou seja, na forma de uma virtude.

Para ela, um ouvinte virtuoso em um contexto prático deve ajudar a gerar um micro-ambiente hermenêutico mais inclusivo através do tipo apropriado de diálogo.

Envolvendo uma espécie de escuta mais proativa e com maior consciência social em conversas mais diretas. Pensando que nessas conversas o importante não é somente o que é falado, mas também o que deixa de ser falado.

Esse comportamento virtuoso que se espera do ouvinte vai depender muito das circunstâncias de cada caso, dependendo de quanto ou de quão pouco é compartilhado das experiências sociais relevantes.⁶¹

Em contextos nos quais não há tempo suficiente ou em situações as quais não dá para se esperar do ouvinte entender mais do que o que se é expressado pelo falante, a justiça hermenêutica irá ser somente a questão de suspensão do julgamento.

Ou seja, nessas situações o ouvinte deve se comportar de forma a estar aberto ao discurso do outro, e se mostrar passível de perceber que o falante pode estar sofrendo com algum tipo de lacuna hermenêutica.

4.0. INJUSTIÇA HERMENÊUTICA NO DIREITO PENAL

O conceito de injustiça hermenêutica foi criado por Miranda Fricker, que o definiu mediante a exemplificação de uma situação de desigualdade nas relações de

⁶⁰FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.171.

⁶¹Ibid.p. 172.

gênero, na qual uma mulher tem seu seguro desemprego negado, porque não soube afirmar a causa para estar desempregada (assédio sexual) porque não tinha ferramentas para perceber o que tinha acontecido e assim poder explicar os motivos para saída de seu emprego anterior.

Retratando assim uma situação na qual a agente, por não ter os recursos interpretativos para perceber o que acontecia, e assim se posicionar perante os outros retratando sua situação, acaba por sofrer prejuízos.

No caso, em decorrência desta situação não pode receber algo que lhe era devido, tendo sido prejudicada por uma injustiça. Ou seja, uma injustiça que se dá quando um agente não é capaz de articular e tornar inteligível algum aspecto de sua própria experiência, nem para si mesmo, muito menos para os outros ⁶².

Se pensarmos no nosso sistema penal, não poderíamos considerar o caso de alguns presos em nosso sistema penitenciário?

Mais especificamente, em crimes patrimoniais, um condenado por furto que se vê encarcerado num sistema penitenciário falido, sob risco constante, e que geralmente se vê nessa situação em momento muito anterior ao seu julgamento e condenação – prisão preventiva –, ao perceber notícias da situação de seu país, com grandes criminosos “desviando” valores infinitamente superiores aos que o colocaram naquela situação. Mas muito diferente dele (e de muitos outros), esses mesmos continuam soltos ou “presos” em suas luxuosas casas.

Diante deste cenário, talvez ele e outros não precisassem estar naquela situação que é aparentemente “normal”. Mas mesmo notando a “estranheza” dessa disparidade de tratamentos, não há recursos hermenêuticos para que o indivíduo seja capaz de identificar a sua experiência e torná-la inteligível. Assim não percebe que esta diferença é injusta, e que lhe causa prejuízos.

Ademais, essa constitui uma grande dificuldade para a constatação de uma injustiça hermenêutica, visto que diferente da situação retratada ao se definir o conceito, não houve o esforço coletivo para torná-la inteligível, não há uma representação que o defina. Pelo menos não até o momento. Assim como diversas experiências de grupos hermeneuticamente marginalizados.

Em relação a essa dificuldade de tornar a experiência inteligível para si mesmo e para os outros, o grande problema é que essa situação é particularmente

⁶² MAITRA, Ishani. The nature of epistemic injustice. *Philosophical Books*. v. 51 n.4. Outubro 2010, p. 207.

problemática se o contexto social é opressivo e a falta de habilidade para explicar o porque e como as experiências são ruins, pode atrasar e evitar as soluções para elas.⁶³

A experiência negativa de estar preso, estando submetido ao direito penal, não pode ser confundida com uma experiência desigual do direito penal e sua aplicação.

Aqui não se contesta a reprimenda pelo cometimento do delito, mas sim a desigualdade presente que se traduz em injustiça.

Portanto, o agente se põe em uma situação desfavorável, na qual não possui recursos hermenêuticos coletivos, ou seja, as ferramentas, conceitos, informações e expectativas de comportamentos necessários para dar sentido a sua vivência e assim entender o que está ocorrendo, seja porque seus recursos interpretativos são inexistentes ou estabelecidos de forma que não incluam suas próprias experiências.

Para um presidiário, apesar de desagradável a situação de se encontrar preso, ela é “normal”. Não se concebe em sua formação conceitual outra opção diferente de estar inserido num presídio ou uma cadeia após cometer algum crime.

A imagem do presídio pra eles é a que eles obtém, presídios superlotados, com condições insalubres, o lugar pelo qual todos que cometem crime acabando passando. Desconhecendo a possibilidade de não ser inserido nesse tipo de cenário, assim como pessoas com maior poder socioeconômico possuem.

E como também não conseguem explicar para outros a experiência pela qual passaram, eles acabam por tornar-se marginalizados, excluídos de áreas importantes de suas vidas e também como reflexo, participam de forma desigual das práticas sociais de criação de significados sociais e entendimentos coletivos⁶⁴.

As lacunas presentes na linguagem são determinantes para que estejam nessa situação desfavorável, pois as relações sociais são feitas através da linguagem e estas estão sempre presentes na vida humana. A linguagem reflete o contexto social na qual está presente, portanto se o contexto é desigual e injusto, a linguagem também será⁶⁵.

⁶³ CURTIS, Annaleigh E. Why originalism needs critical theory: democracy, language, and social power. *Harvard Journal of Law & Gender*. V.38. 2015.p.447.

⁶⁴ KUHNEN, Tânia Aparecida. Miranda Fricker, Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing (Resenha). *Princípios*, v. 20, p. 627-638, 2013.p.634.

⁶⁵ CURTIS, Annaleigh E. Why originalism needs critical theory: democracy, language, and social power. *Harvard Journal of Law & Gender*. V.38. 2015.p.447.

Suas experiências ficam imperceptíveis para a sociedade e geralmente para os próprios indivíduos, que somente irão perceber que estão sofrendo com uma injustiça quando tentarem tornar inteligíveis as mesmas⁶⁶, não tendo êxito.

Nem sempre as injustiças serão visíveis, muitas vezes porque os indivíduos falham na tarefa de torná-las inteligíveis, passando assim muitas vezes despercebidas, como na “normalidade” ao encarar a sequência lógica estabelecida para o direito penal do grupo oprimido: crime – prisão.

Em se tratando dos presos vítimas de injustiça hermenêutica, talvez o momento de sua percepção seja na comparação do tratamento dedicado a eles com casos famosos no país, ou talvez ao se depararem com um sistema que é discriminatório ao serem inseridos no sistema penitenciário e muito mais discriminatório ao saírem dele.

No caso citado por Miranda Fricker, o assédio sexual - antes de ter concebida essa definição - era tratado pela sociedade como uma simples brincadeira do universo masculino, mostrando que a marginalização sistemática de um grupo social (mulheres) na produção de significados implica em um preconceito sistemático, onde as mesmas não conseguem se encaixar e pertencer a sociedade.

Ao adequar ao caso proposto aqui, a prisão de indivíduos pobres é encarada não como brincadeira, mas como política de controle social, como consequência lógica de um indivíduo que não se encaixa na sociedade, um fracassado social que por isso busca subvertê-la. Ignorando assim a amplitude de situações sociais que o deixaram nessa situação.

Assim, a marginalização hermenêutica impede a participação de determinados grupos na produção de significados coletivos. E de acordo com Alyssa Cirne⁶⁷, aqueles que estão em posição de dominação social tendem a ter um acesso maior aos recursos hermenêuticos e conseqüentemente uma maior influência em como eles são desenvolvidos.

Por isso no caso usado como referência pela autora, os homens não são afetados pela falta dos recursos hermenêuticos. Assim, como os ricos não são afetados com tanta rigidez por nosso sistema penal.

⁶⁶ BEEBY, Laura. A critique of Hermeneutical Injustice. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.CX1, Part 3. p. 479-486, 2011.

⁶⁷ CIRNE, Alyssa. Willful Hermeneutical Marginalization: An Account of Malicious Agency in Hermeneutical Injustice. *Aporia*. v.22. n.1. 2012. p.47.

Os grupos socioeconomicamente favorecidos participam da formulação de significados, seja através da atividade legislativa, seja através da imposição de valores sociais.

Nesse sentido, as experiências dos grupos dominantes estarão adequadamente contidas nas significações coletivas, ao contrário, grupos em desvantagem social verão tudo através de um vidro negro, uma espécie de filtro, não reconhecendo importantes aspectos de suas vidas.

As lacunas nos recursos hermenêuticos coletivos irão existir para ambos os lados, tanto para o homem, como para a mulher no caso exemplo do trabalho de Fricker, ou na situação tema do presente trabalho, para ricos e pobres, entretanto somente um sentirá desvantagem, o pertencente ao grupo marginalizado.

Para Miranda Fricker⁶⁸, a injustiça hermenêutica acarreta a exclusão do agrupamento de conhecimento devido a um preconceito de identidade estrutural. Em outras palavras, os indivíduos pertencentes a certos grupos são marginalizados através de um mecanismo estrutural de preconceito com relação ao grupo ao qual pertence.

“Injustiças hermenêuticas desta espécie resultam de obstáculos e limitações no imaginário social que produzem a falta de habilidade de ver e ouvir certas coisas, formas de insensibilidade que limitam as capacidades comunicativas e epistêmicas de membros de certos grupos e impedem um entendimento genuíno das suas experiências, problemas e situações.”⁶⁹

Em relação ao que se pretende neste trabalho, é de fácil delimitação os diferentes grupos, através de uma simples divisão socioeconômica, os ricos como dominantes e os pobres marginalizados.

É de conhecimento comum o fato que o poder socioeconômico na sociedade atual propicia um leque de oportunidades e, nos termos aqui presentes, um maior acesso aos recursos hermenêuticos, como também as posições sociais com grande capacidade de criação de significados coletivos.

⁶⁸ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007. p.162.

⁶⁹ Tradução livre “Hermeneutical injustices of this sort result from obstacles and limitations in the social imaginary that produce the inability to see and hear certain things, forms of insensitivity that limit the communicative and epistemic capacities of members of certain groups and preclude a genuine understanding of their experiences, problems, and situations.”MEDINA, José. **The epistemology of resistance: Gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations**. New York: Oxford University Press. 2013.p.72.

“De fato, para casos sistemáticos, a marginalização hermenêutica implica marginalização de tipo socioeconômico, pois implica a não participação em profissões que fazem uma participação hermenêutica significativa (jornalismo, política, direito, e assim vai).”⁷⁰

Desta forma, o direito em si pode ser considerado como um conjunto de significados criados por agentes não marginalizados, e os operadores do direito, em geral, podem ser colocados como pertencentes ao grupo não marginalizado.

Na democracia representativa, como é o caso de nosso país, o mecanismo de criação de leis passa inevitavelmente por agentes intermediários entre nossas vontades e necessidades, e a efetivação das leis, ou seja, por representantes. Estes representantes são pertencentes a certos grupos privilegiados (sendo em vários âmbitos pertencentes aos grupos sociais mais poderosos) que funcionam como um filtro na elaboração de leis. Agindo com um preconceito de identidade estrutural.

Os grupos marginalizados dificilmente conseguem obter espaço na formação de significados coletivos, no mundo jurídico podemos constatar casos esparsos de acesso a formação de novos significados por esses grupos. Como por exemplo, os direitos das mulheres – feminicídio, direitos raciais - racismo, porém sempre a custa de um esforço interpretativo coletivo e de muita luta.

Para ilustrar, apresentarei duas situações hipotéticas distintas, a primeira consiste num furto qualificado e a segunda em um crime de sonegação fiscal.

Em termos gerais, classificaríamos facilmente o crime de furto como “crime de pobre” e a sonegação fiscal como “crime de rico”, isso porque, mesmo com poucas informações a respeito das situações hipotéticas, o contexto social em que vivemos nos direciona a isto, afinal de que forma alguém com baixa condição econômica conseguiria alcançar posição na qual pudesse praticar o crime de sonegação fiscal? - visto que é necessário o acúmulo de riquezas para que se sonegue parte delas – pelo menos em nosso imaginário, seria um contrasenso uma pessoa que ganha para sobreviver se preocupar em pagamento de tributos.

⁷⁰ Tradução livre “Indeed, for systematic cases, the hermeneutical marginalization entails marginalization of a socioeconomic sort, since it entails non-participation in professions that make for significant hermeneutical participation (journalism, politics, law, and so on).” FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.p.155-156.

Em nossos recursos hermenêuticos coletivos já estão presentes elementos do preconceito de identidade estrutural, isso porque eles são moldados de acordo com as experiências do grupo dominante.

Se pegarmos as experiências em um contexto real, mesmo sabendo que os grandes “furtos” em nosso país são executados por pessoas ricas, porque ainda ao andarmos nas ruas passamos longe de pessoas em situação de necessidade, como se fossem representar algum perigo?

Essas generalidades cotidianas são somente uma parte dos recursos hermenêuticos que possuímos, porém servem como uma pequena representação do horizonte de significados que nos foram transmitidos.

De mesmo modo, é comum representarmos nosso sistema penitenciário como espaço de marginalizados, de pobres, atrelando a figura econômica à social.

De acordo com dados do Infopen de 2016, um dos dados relevantes colhidos pelo estudo é a escolaridade dos presos inseridos no sistema penitenciário, conforme se vê que a maioria não possui ensino fundamental completo, 51%, se somarmos a isso os analfabetos (4%) e os alfabetizados sem cursos regulares (6%), chegamos a um percentual de 61% da população carcerária brasileira não tem acesso teve acesso a uma educação de qualidade.

Obviamente um reflexo socioeconômico, visto que a marginalização hermenêutica não atinge os detentores da capacidade de criação de significados hermenêuticos coletivos, e nos deparamos com os percentuais de 1% para presos com nível superior, 1% para nível superior incompleto, praticamente 0% para pessoas com curso superior completo e 9% para ensino médio completo. Demonstrando um baixo acesso aos recursos hermenêuticos e conseqüentemente a possibilidade de pertencer a grupos capazes de criação de significados.

4.1. A RELAÇÃO DO TIPO PENAL COM A INJUSTIÇA HERMENÊUTICA

O objetivo do trabalho é entender como a injustiça hermenêutica se faz presente na constituição dos tipos penais para grupos diferentes, apresentando disparidades no nível de poder social e conseqüentemente uma disparidade socioeconômica que irá significar a existência de um grupo pobre, marginalizado, e

um grupo rico, que sofrerá conseqüentemente uma aplicação diferente do Direito Penal.

A percepção social existente na nossa sociedade é de que a cadeia é feita para os pobres, e em consulta ao Infopen 2016, pode-se constatar os percentuais de presos que cometeram os crimes de: furto 12%, roubo 26%, tráfico de drogas 26%, homicídio 11%, latrocínio 3%, receptação 3%, quadrilha 2%, violência doméstica 1% e por infringir o estatuto do desarmamento 5%, para os homens, somando um total de 89% da população carcerária.

Portanto, quase a totalidade de presos de nosso sistema penitenciário correspondem a praticamente a um rol de nove crimes. E mais da metade se dividem nos crimes de tráfico, roubo e furto (64%). Geralmente vistos como crimes de pobres.

Enquanto para todos os outros crimes presentes em nosso código penal correspondem a apenas 11% da população carcerária.

Os tipos penais propostos no presente trabalho são crimes patrimoniais e fiscais, pois refletem a realidade socioeconômica do país, e neste sentido se buscou selecionar crimes que possam corresponder com os dois grupos aqui delimitados: pobres e ricos, ou seja, pessoas com baixa capacidade socioeconômica e pessoas com alta capacidade socioeconômica.

A partir disso, e com base nos dados obtidos através do Infopen 2016, foi possível selecionar o crime de furto, artigo 155, do Código Penal, como representativo do grupo de baixa capacidade socioeconômica, visto que é um dos três crimes mais praticados em nosso país e corresponde a 12% da nossa população carcerária.

Neste ponto, importante destacar que também a razão de escolha por este tipo penal em despeito do crime de roubo, que apresenta um percentual de 26% da população carcerária em nosso país, se faz em razão da existência no núcleo do tipo penal de roubo os elementos de grave ameaça e violência. E neste ponto, se o objetivo é fazer uma comparação entre diferentes tipos, eles devem pelo menos em certo ponto ter similaridades.

Ademais, percebe-se que quanto maior a capacidade socioeconômica do indivíduo, menor a necessidade de uso de violência e grave ameaça para se obter patrimônio e também que um maior nível socioeconômico geralmente implica numa

vantagem também cognitiva que faz com que os mecanismos para o cometimento de crime sejam mais complexos

E, a partir disso, foi delimitado um tipo penal que se encaixe nessas características e se aproxime do tipo penal do furto, um crime que se constitua pela apropriação para si de algum recurso ao qual não o pertence.

No tipo de furto são coisas alheia móveis, porém para pessoas com capacidade socioeconômica alta não é este o objeto de um crime, mas sim valores monetários, mais fáceis de obtenção em grande quantidade e também de não deixar rastros.

Conforme Magalhães Noronha expressa:

“o furto é, em geral, crime do indivíduo de casta ínfima, do pária, destituído, em regra, de audácia e temibilidade para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para a usurpação. Frequentemente é o crime do necessitado”⁷¹

De outro lado, é necessária a escolha de um crime que somente possa ocorrer através de um já acumulado patrimônio. Um crime que represente a complexidade e dificuldade de identificação no seu proceder.

Desta forma, foi escolhido o crime de sonegação fiscal, pertencente à uma legislação específica, a lei 8.137/1990. Pois, implica na supressão ou redução de tributo, ou seja, em manter para si algo que deveria ser destinado ao Estado.

Assim, o furto é capitulado no nosso Código Penal:

Furto

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

⁷¹ Noronha, Magalhães. Direito Penal – Parte Especial. 15ed. São Paulo, Saraiva, 1979, v.2. p.221. In: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial 3 : crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** / Cezar Roberto Bitencourt. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.p.30.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior.

§ 6º - A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.

E o crime de sonegação fiscal, na lei 8.137/1990:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Desta forma, seguindo esses crimes podemos perceber segundo os dados do Infopen 2016, que no Brasil inteiro temos 37.155 pessoas presas por furto simples, sendo 35.674 homens e 1.481 mulheres, e 36.626 pessoas presas por furto qualificado, sendo 35.254 homens e 1.372 mulheres.

Enquanto em relação ao crime de sonegação fiscal temos o total de 0 pessoas presas em nosso sistema penitenciário.

Mostrando uma grande disparidade na quantidade de presos por esses crimes. Mas o que faz essa diferença ser tão grande, ou melhor, absurda?

4.2 DISPARIDADE DE ARMAS: ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS

Visto isso, para tentar se aproximar do que faz essa disparidade de tratamento ser tão grande, o que se pretende é, através de uma comparação de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que sejam a respeito desses tipos penais, traçando desigualdades presentes no Direito Penal, como estrutura hermenêutica consolidada que propicia a reprodução das injustiças pelos agentes sociais através de uma marginalização hermenêutica de certos grupos.

Para tanto, foram selecionados alguns julgados recentes, tendo como recorte decisões colegiadas em 2º grau, mais especificamente de recursos de apelação criminal, que são a última instância recursal das sentenças condenatórias no âmbito estadual.

As decisões selecionadas foram filtradas de forma que de acordo com a divisão estabelecida pelo Tribunal de Justiça, sendo as selecionadas de acordo com o crime de sonegação fiscal oriundas da 2ª Câmara Criminal e as de furto oriundas da 3ª Câmara Criminal.

Sendo selecionadas as mesmas de acordo com o critério de temporal, buscando as decisões mais recentes de cada tipo penal, também que fossem decisões a respeito de crimes somente dos tipos delimitados e que fossem

completas apresentando todas as informações necessárias para se traçar um perfil dos crimes.

A partir disso foram delimitados seis critérios de análise nos julgados selecionados.

O primeiro foi o critério principal que se refere ao tipo penal. Este ponto foram selecionados os julgados que envolvam o crime do artigo 1º, da Lei 8.137/1990, e para o furto, os compreendidos no artigo 155, §4º, privilegiando o crime qualificado sobre o furto simples devido a grande quantidade de julgados achados. O segundo critério foi o temporal, ou seja, a data de julgamento da apelação. O terceiro foi a quantidade de ações delituosas praticadas no cometimento do(s) crime(s) imputados ao réu. O quarto critério é a pena definitiva aplicada ao réu. O penúltimo critério é o regime prisional que foi definido ao réu. E o último é o prejuízo causado, seja ao particular ou ao Estado.

Conforme tabela abaixo⁷²:

Processo	Artigo	Data de julgamento	Número de vezes praticado	Pena definitiva	Regime Prisional	Prejuízo
nº 1.704.550-6	155,§4º, I e IV	08/02/2018	1	3a 2m 15d	semiaberto	R\$6.120,00
nº 1.716.998-7	155,§4º, I e IV	08/02/2018	1	2a 6m	semiaberto	R\$5.700,00
nº 1.720.451-8	155,§4º, I e IV	08/02/2018	1	3a 6m	semiaberto	R\$6.518,99
nº 1.658.572-1	155,§4º, I e IV	25/01/2018	1	2a 1m 6d	semiaberto	R\$16.950,00
nº 1.719.590-3	155,§4º, II	25/01/2018	1	2a	semiaberto	Não constam valores
nº 1.656.959-0	1º, I, II e IV	28/09/2017	464	5a	semiaberto	R\$4.000.000,00
nº 1.581.013-6	1º, I, II e IV	22/06/2017	14	4a 2m	semiaberto	R\$621.523,78
nº 1.528.783-3	1º, I, II	01/09/2016	“Diversas vezes”	3a	aberto	R\$1.113.973,82 e R\$363.037,95

⁷² Foram elencados critérios para análise dos julgados selecionados de acordo com a natureza dos delitos e suas semelhanças, além das consequências da aplicação do direito penal. Assim foram levados em consideração elementos do tipo penal como a quantidade de ações praticadas, além de elementos referentes a dosimetria (consequências do crime e pena definitiva) e regime prisional.

nº 1.243.557-3	1º, II e V	09/07/2015	“centenas de vezes”	4a 5m 10 d	semiaberto	R\$70.528,29 e R\$3.857,37
nº 1.169.033-6	1º, I, II e IV	03/07/2014	4	2a 8m	aberto	R\$60.671,16

A partir da análise dos julgados escolhidos, observou-se que esses critérios demonstram diferenças implícitas de tratamento por parte de nosso judiciário. Os pontos a serem observados apresentam relações com o que é apresentado em nosso Código Penal, e é sobre essas relações observadas que pretendemos discorrer.

4.2.1 O TIPO PENAL

A desigualdade presente no Direito Penal se faz presente já na elaboração da legislação a qual estamos submetidos, como parte da estrutura que reproduz nos agentes a injustiça hermenêutica.

Quando analisamos os casos que chegam em nosso judiciário de ambos os tipos penais escolhidos, vemos que eles se enquadram geralmente no artigo 1º da Lei 8.137/1990 e no artigo 155, §4º, do Código Penal, o furto qualificado.

Ambos os crimes apresentam o elemento subjetivo do dolo, ou seja, a vontade de agir.

No furto, o dolo é constituído pela vontade consciente de subtrair coisa que pertença a outro, tirando o objeto do crime da esfera alheia. Não sendo necessária a obtenção do lucro para a consumação do crime, somente que tenha subtraído o objeto e que este cause prejuízo.

No caso da sonegação fiscal a conduta que se visa punir é a evasão fiscal, ou seja, conforme explana Edmar Oliveira Andrade Filho:

“Evasão é sinônimo de fraude ou sonegação. Em qualquer caso, há emprego de artifícios ilícitos para esconder, mascarar ou deformar os elementos do fato gerador com a finalidade deliberada (dolosa) de obter vantagem ilícita com a apropriação de recursos que deveriam ser transferidos para o tesouro público.”⁷³

⁷³ Filho, Andrade, Edmar Oliveira . **Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social**, 7ª edição. Atlas, 05/2015. p.68.

Portanto, nesse crime se tem o dolo de obter vantagem ilícita ao se apropriar de recursos que deveriam ir para os cofres públicos, por ações ou omissões deliberadas.

O crime de furto possui um tipo derivado, este encontrado nos julgados utilizados, que através de qualificadoras aumenta a punibilidade da conduta devido ao seu maior desvalor de ação ou desvalor de resultado. O tipo de furto qualificado mesmo sendo derivado é autônomo, portanto se apresenta como um tipo penal independente e possui parâmetros sancionatórios mais graves que o tipo de furto simples.

Algo que não é encontrado no crime de sonegação, que apresenta somente uma figura tipificada, onde seus incisos não significam um aumento no caráter sancionatório do tipo penal.

Importante destacar que o legislador não se preocupou em avaliar o desvalor neste tipo, mesmo sendo evidente que o crime de sonegação somente é configurado pela realização de ações típicas de outros crimes, como por exemplo: fraude e falsificação.

No que tange as diferenças presentes entre os crimes analisados, inicialmente é possível observar que as penas cominadas a esses crimes possuem uma certa diferença inicial, para o furto qualificado a pena é de dois até oito anos de reclusão, enquanto para o crime de sonegação a pena é de dois até cinco anos, ou seja, para o crime de furto existe uma margem adicional de 3 anos no qual o preso pode ser condenado, portanto na prática implica na possibilidade do condenado iniciar seu regime de cumprimento de pena em regime mais gravoso.

Além disso, essa margem ampliada definida pelos nossos legisladores permite um sistema mais punitivo em relação a esse crime, pois amplia a possibilidade de exasperação da pena-base pelo juiz, aumentando o *quantum* de aumento definido para cada circunstância judicial que seja desfavorável.

Enquanto cada circunstância judicial valorada negativamente para o crime de sonegação significa um aumento de 4,5 meses na pena base do réu, no caso do furto qualificado, cada circunstância significa um aumento de 9 meses na pena base.

Portanto em uma análise somente da legislação já é possível constatar certa diferença no tratamento entre os tipos penais.

4.2.2 O REGIME PRISIONAL

A lei define em seu artigo 33, §2º, do Código Penal, que os condenados até quatro anos de reclusão poderão iniciar seu cumprimento de pena em regime aberto, caso não sejam reincidentes e que os condenados de quatro a oito anos de reclusão poderão iniciar seu cumprimento de pena em regime semiaberto, caso não sejam reincidentes. Devendo esta escolha obedecer os critérios do artigo 59 do Código Penal, ficando a critério do juiz a determinação do regime prisional.

Em análise aos julgados utilizados, observamos que essas determinações são seguidas em ambos os casos, como por exemplo:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. TESE DA DEFESA DE NEGATIVA DE AUTORIA. AFASTADA. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR UMA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. DE OFÍCIO, RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO EM RELAÇÃO AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES.⁷⁴

E também:

APELAÇÃO CRIME. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISOS I, II E IV, DA LEI 8137/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO. DOLO ESPECÍFICO DE OBTER VANTAGEM INDEVIDA. IRRELEVÂNCIA. COMPROVADA AUTORIA E MATERIALIDADE. PLEITO PELA SUPRESSÃO DE CONDIÇÃO ESPECIAL NA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. FACULDADE DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO NA ESCOLHA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO⁷⁵

No primeiro caso, o réu foi condenado a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime semiaberto, isto porque, apesar da pena ser inferior à quatro anos, ele é reincidente.

No segundo caso, o réu foi condenado a uma pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses em regime aberto, isto porque não apresenta reincidência.

⁷⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime nº 1716998-7. 3ª Câmara Criminal, Curitiba. Relator: Desembargador João Domingos Kuster Puppi. Julgado em: 08/02/2018.

⁷⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime nº 1169033-6, 2ª Câmara Criminal, Curitiba. Relatora: Desembargadora Maria Roseli Guieessmann. Julgado em: 03/10/2014.

Entretanto, ao se falar em injustiça hermenêutica no direito penal temos que observar o que está nas entrelinhas do aparente, visto que essa injustiça esta encoberta por uma estrutura.

Nos casos apresentados, o que não se expõe é a realidade, que mostra que os crimes de patrimônio representam um total de 40,9% da reincidência no país, e mais especificamente o furto por 27,5%, de acordo com a pesquisa Reincidência Criminal no Brasil, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) no ano de 2015.

Não se tem dados com relação à reincidência em casos de sonegação fiscal, e observando a não existência de presos inseridos no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de sonegação conforme apresenta os dados do Infopen, se constata que os réus deste tipo penal são enquadrados de acordo com o que é disposto no artigo 33 do Código Penal, para eles de maneira benéfica.

Nos casos apresentados (presentes na tabela) é possível constatar que os condenados por furto apresentam todos a reincidência, enquanto na sonegação nenhum apresenta reincidência, desta forma, o artigo 33 do Código Penal é mais benéfico para qual grupo?

O que não pode deixar de se constatar é a diferença existente na quantidade de ações criminosas executadas para a tipificação destes tipos penais. Enquanto no caso do furto o cometimento de uma ação delituosa é suficiente para a configuração do delito, por ser um crime de caráter instantâneo e que geralmente não envolve complexidade em sua execução, além de ser de fácil percepção.

Por exemplo, para um crime de furto basta a denúncia e a simples atividade policial nas ruas, pois geralmente os indivíduos são presos em flagrante com a *res furtiva*, ou melhor, com os bens alheios subtraídos. Mas para a configuração do crime de sonegação é necessário o cruzamento de dados de órgãos estatais, podendo ser a Receita Federal ou a Receita Estadual, e a partir disto um processo de identificação e investigação que demanda maior tempo de atuação policial, visto que pode envolver fraudes em declarações tributárias, falsificações, entre outras coisas.

Resultando assim, proporcionalmente, em uma configuração mais fácil de atos típicos, e conseqüentemente numa maior proporção de indivíduos condenados e reincidentes.

As ações necessárias para a configuração do crime de sonegação fiscal são mais complexas e de difícil percepção pelas autoridades, por isso, em termos legais não se configura a reincidência. Mas em matéria fática, os crimes de sonegação envolvem uma quantidade muito maior de ações delituosas em sua realização e não surpreendentemente acabam se arrastando no tempo, podendo durar vários anos.

Além disso, o crime de sonegação fiscal possui uma complexidade, visto que somente se pode configurar crime quando se prova a existência do dolo, não se provando isto, acaba por se configurar uma simples infração tributária. O que se chama de elisão fiscal, que se trata de uma escolha lícita de opções que resultem na diminuição da carga tributária, estando assim à margem da lei.⁷⁶

Ademais, o processo para a configuração do crime depende de alguns procedimentos anteriores ao processo penal:

“Como decorrência lógica das exigências contidas na lei é absolutamente indispensável que a autoridade fiscal, quando da confecção do lançamento tributário, imponha multa agravada ou qualificada, de acordo com os critérios para identificação do dolo previstos na lei tributária que dispõe sobre tais penalidades. O dolo – assim entendido o propósito de causar dano ou ofender direito alheio – está pressuposto nas figuras da sonegação, fraude ou conluio. A valoração feita pelo legislador ao prever a imposição de penalidade mais gravosa no caso de ocorrência de qualquer uma das três figuras deve dirigir a atuação da autoridade fiscal; por isso, é fora de dúvida razoável que a conduta do agente será considerada atípica para fins de aplicação da lei criminal se o lançamento tributário não contiver a imposição de multa agravada e se essa imputação não for mantida pela decisão que vier a prevalecer ao término do processo administrativo eventualmente instaurado ou na decisão judicial que decida sobre a constituição definitiva do crédito tributário.”⁷⁷

Por exemplo, nos casos de furto, o crime se configura através da realização de um ato típico e de consumação instantânea, já nos crimes de sonegação, ele geralmente se arrasta no tempo, com o sujeito realizando diversas ações delituosas.

Como se observa nesse julgado exemplo:

“(…)2.1. Nos meses de abril de 2002 e abril de 2004, o denunciado W. L. D. N., na qualidade de único administrador, obrigado, assim, ao gerenciamento e cumprimento das obrigações relacionadas ao fisco, objetivando criminoso locupletamento mediante a redução da carga tributária incidente sobre a firma individual “W. L. D. N.”, livre e conscientemente, agindo mediante fraude, suprimiu pagamento de tributo ao Estado do Paraná (imposto

⁷⁶ Filho, Andrade, Edmar Oliveira . **Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social**, 7ª edição. Atlas, 05/2015. p.68.

⁷⁷ Ibid. p.73.

incidente sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços - ICMS), golpes que levou a cabo da forma seguinte:

2.2. Aproveitando-se da conveniência e oportunidade proporcionadas por suas funções junto à nominada pessoa jurídica proporcionavam, o denunciado W. L. D. N., livre e conscientemente, por 464 (quatrocentas e sessenta e quatro) vezes consecutivas, em idêntico contexto temporal, espacial e operacional, procedeu à escrituração de notas fiscais falsas de entrada de mercadoria no LREM (Livro de Registro de Entrada de Mercadorias), de suposta emissão das empresas(...)⁷⁸

Portanto, em termos legais, o crime de sonegação não se enquadra na restrição de reincidência, mesmo sendo um crime no qual, em termos práticos, é necessária a reiteração delituosa, visto que somente com a prática de vários atos se consiga descobrir a existência da sonegação.

Analisando isto, o que se constata é que o conceito definido pelo legislador e transformado em lei, em relação a reincidência, atinge somente uma parte dos crimes.

Os crimes mais complexos, como a sonegação, geralmente não se enquadram nessa hipótese, mesmo que esses crimes signifiquem a sua execução por um grande período de tempo e a execução de várias ações.

Essa dificuldade de configuração do crime, aliado também a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida, presente na Lei 9.249/1995, faz com que esse tipo de crime não seja objeto direto do direito penal, visto que a sua incidência passa a ser reduzida.

Nessa lei se retoma a possibilidade de extinção da punibilidade do crime se o sujeito pagar sua dívida tributária ou de contribuições sociais, além de seus acessórios antes do recebimento da denúncia.⁷⁹

No crime de furto não há essa possibilidade de extinção de punibilidade, nos crimes dispostos no Código Penal, como o furto, somente é aplicável a minorante prevista no artigo 16, do mesmo diploma, que trata da figura do arrependimento posterior. *In verbis*: “Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

⁷⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Crime nº1.656.959-0. 2ª Câmara Criminal. Jaguariaíva, Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Julgado em; 28/09/2017.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**, v. 1. Saraiva Educação, 2012. p.710.

Portanto, a reparação do dano somente acarreta uma redução de pena, não implicando numa espécie de “perdão”, como se vê na figura da sonegação fiscal, mas somente uma punição menos severa.

Ademais, é importante ressaltar que diferente do grupo privilegiado socioeconomicamente que possui recursos para o pagamento da dívida para assim extinguir a punibilidade de seu crime, o grupo com baixo poder socioeconômico em grande parte das vezes não teria recursos para reparar o dano causado. Ainda mais em tempo hábil para evitar o recebimento da denúncia.

Também nos casos de furto, conforme a consolidada jurisprudência, é necessária a restituição dos bens furtados ao respectivo dono, não somente a reparação do dano. O que dificulta a utilização desta figura jurídica de forma favorável a tais crimes, pois muitas vezes se torna impossível a restituição dos objetos furtados, considerando-se que quase sempre a finalidade do crime não é o objeto em si, mas o valor monetário que se pode conseguir com ele, sendo revendido para terceiros e dessa forma de difícil recuperação.

4.2.2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Outro ponto a ser observado é na definição da pena-base para esses delitos, através do critério das circunstâncias judiciais.

O Direito Penal brasileiro adota o sistema trifásico para a definição da pena, sendo a primeira fase responsável pela definição da pena-base descrita no tipo penal.

Durante esta fase da dosimetria da pena se avaliam oito circunstâncias judiciais que a definirão o quanto da pena que deverá ser aumentada dentro o lapso temporal previsto em lei. As circunstâncias estabelecidas no artigo 59 do Código Penal são: a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências do crime e comportamento da vítima.

Cada circunstância judicial desfavorável ao réu significa uma pequena exasperação em sua pena-base, no caso de furto qualificado um aumento de nove meses na pena e para sonegação fiscal um aumento de quatro meses e meio.

Inicialmente ao atentarmos para as circunstâncias judiciais observadas é possível perceber que é presente o aspecto já tratado neste trabalho em relação a reincidência, porém aqui de forma mais genérica como antecedente criminal.

Ao se avaliar esta circunstância é englobado qualquer processo criminal que o réu tenha e que já tenha transitado em julgado, portanto um critério mais abrangente.

Nesta situação é possível observar que, conforme já tratado anteriormente, dificilmente existe reincidência no crime de sonegação fiscal em termos legais, e o mesmo é aplicável em relação aos antecedentes. Sendo a probabilidade de cometer novo delito maior nos crimes de furto, também é mais provável a consideração desta circunstância judicial em maior número destes casos.

Algo que se destaca também, e um dos critérios de análise do presente trabalho é a exasperação da pena-base através das consequências do crime.

Conforme pode ser observado na tabela, os crimes de sonegação fiscal apresentam um prejuízo maior, que se situam na casa dos milhares até milhões de reais, enquanto os crimes de furto apresentam prejuízo considerável somente numa esfera particular, com valores muito abaixo do crime de sonegação fiscal.

Ademais, esses crimes causam prejuízos para toda a sociedade, pois englobam a esfera pública, portanto de caráter mais reprovável, tanto que no artigo 12 da lei 8.137/1990, há a possibilidade de aplicação de uma agravante para caso ocasione grave dano à coletividade. Entretanto, como afirma Cezár Roberto Bitencourt⁸⁰:

“A primeira das agravantes previstas é de difícil aplicação prática, pelo menos em se tratando de crimes contra a ordem tributária. Isso porque, para a constatação de grave dano à coletividade, é necessário que o não pagamento de tributos, ou a fraude empregada, seja de grandes proporções para chegar ao ponto de afetar o orçamento da entidade de Direito Público que deixou de arrecadar, prejudicando a coletividade.”

Porém, o que se vê em nossa jurisprudência é quase que exclusivamente a aplicação da circunstância judicial de consequências do crime nos crimes de sonegação fiscal, de forma acertada, porém insuficiente.

Isto porque se compararmos a aplicação da mesma circunstância também muito utilizada no crime de furto, a fração correspondente ao aumento da pena para

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico**, v. 1. Saraiva Educação, 2012. p. 809.

esse crime é muito maior, mesmo com ele tendo um resultado menos prejudicial à coletividade.

Portanto, observa-se a utilização da exasperação na pena-base para compensar uma agravante pouco utilizada, pois redigida de forma a restringir sua aplicação ao delito.

Nesse caso o que se observa é que a lei se aplica a todos, portanto se baseando num conceito de justiça de igualdade formal, mas que na verdade não corresponde a realidade, em vista do pressuposto de que os sujeitos não são iguais, possuindo características diferentes e portanto possuindo necessidades diferentes.

No mundo moderno a capacidade socioeconômica significa a inserção ou não no mundo social e sua ausência traz grandes limitações, e o trabalho tem como base a perspectiva dessa dicotomia.

Afinal, as leis são iguais para todos no sentido formal, mas porque não correspondem ao que a realidade precisa? Porque ela encobre um tratamento injusto através de uma falsa justiça? Porque ela não utiliza uma perspectiva de justiça que corresponda a realidade do indivíduo por ela afetado?

CONCLUSÃO

O trabalho apresentou o desenvolvimento da hermenêutica com seus principais referenciais, desde Schleiermacher até Hans-Georg Gadamer com o conceito dos pré-juízos, fundamental para o entendimento teórico do trabalho. Após isso foi desenvolvido o conceito referência do estudo, a injustiça hermenêutica, trilhando o caminho percorrido pela filósofa Miranda Fricker, para então transportá-lo para o Direito Penal.

Dentro do propósito de demonstração da existência de injustiça hermenêutica, foram selecionados alguns julgados e definidos alguns critérios presentes neles que ajudam a verificar a existência dessa injustiça hermenêutica no Direito Penal brasileiro.

Resultando desta análise a constatação de leis mais prejudiciais a determinado grupo socioeconômico, restando ao mesmo punições mais severas.

A injustiça hermenêutica observada no trabalho, impõe grandes prejuízos a uma grande parcela da população. E a existência dessa injustiça consequentemente afeta toda nossa sociedade, não somente no sentido Kafkiano⁸¹ de que a lei pode bater a nossa porta sem nem sabermos o porquê, não estando imunes a ela, mas também no sentido de que essas injustiças afetam a sociedade como um todo, sendo o Direito Penal somente uma das partes constituintes deste todo.

Os prejuízos causados por essa injustiça mantêm o *status quo* da sociedade que vivemos, mantendo o poder social restrito aos poucos que dominam muitos.

E apesar do Direito Penal ser somente uma parte do todo, ele é o braço repressivo desse sistema que é responsável pela subjugação de toda uma população, por isso é importante que façamos dele não um instrumento de reprodução das condições já estabelecidas, mas que sirva em prol da sociedade, em prol de todos.

O que se observou neste trabalho é que a lei penal se reveste de um véu de igualdade formal, pois teoricamente é aplicável da mesma forma à todos, e por isso mesmo dando a impressão que é justa, entretanto por não levar em consideração a

⁸¹ KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

realidade, seus dispositivos acabam encobrendo uma desigualdade de tratamento entre grupos que resulta em injustiças sistêmicas.

Seguindo o raciocínio lógico, como tratar igualmente os desiguais? A realidade é estruturada de tal modo que muitos grupos são desiguais em diferentes situações, sendo que alguns carregam já grandes desvantagens em relação à outros, e a igualdade formal como princípio base de uma justiça somente pode servir de instrumento de manutenção das injustiças .

A lei nem sempre é justa, como demonstrou Alexy⁸² ao retratar o período nazista, mas mais que isso a justiça expressa na lei não necessariamente é adequada a todos, e o grande perigo é o que não está aparente.

Infelizmente a injustiça somente se faz presente para os indivíduos quando reconhecemos o impacto que ela causa e em momentos nos quais o mesmo é diretamente afetado por tal. Sendo o impacto decorrente da injustiça hermenêutica a maior marginalização de determinados grupos, num ciclo crescente de perpetuação da dominação social e manutenção do *status quo*.

Grande parte da população apesar de notar a estranheza da situação penal em nosso país não reflete acerca disso, e acaba reproduzindo discursos que fazem parte de sistemática já existente, afinal: “lugar de bandido é na cadeia”.

Os indivíduos somente entendem a inexistência de um repertório hermenêutico coletivo para expressar a situação desigual presente no Direito Penal ao estar em face dele, seja na forma de sua pessoa ou de pessoas próximas.

Um sistema estável de desigualdades e injustiças que não é questionado, afinal, praticamente não é percebido. Por isso se faz necessário o esforço, seja neste estudo como em outros, para que essas injustiças se tornem aparentes e comecem a fazer parte de um esforço coletivo de significação e criação de recursos hermenêuticos coletivos para combater essas injustiças.

Em especial, seguindo o raciocínio de justiça hermenêutica, se faz necessária a participação do grupo marginalizado na criação dos recursos hermenêuticos, mas acima de tudo necessita-se de uma atuação proativa de quem possui acesso aos mecanismos de criação de recursos hermenêuticos, tanto para que criação de recursos hermenêuticos condizentes com nossa sociedade, como sendo “ouvintes

⁸² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

virtuosos” compensando os pré-juízos negativos (preconceitos) presentes sistematicamente.

Neste segundo papel é importante destacar a figura do operador do direito, do advogado, do juiz, devendo eles assumir um papel em prol de uma justiça, uma justiça que considera as desigualdades já existentes, baseada na equidade de Aristóteles, ou na interpretação moderna de justiça proposta por Rawls.

A concepção de justiça de Rawls é o que chamamos de liberalismo da equidade. Sandel em seu livro *Justiça* coloca para exemplificar o ideal de equidade de Rawls:

“Rawls raciocina da seguinte forma: suponhamos que estamos reunidos, como agora, para definir os princípios que governarão nossa vida coletiva – para elaborar um contrato social. Que princípios selecionaríamos? Provavelmente teríamos dificuldades para chegar a um consenso. Pessoas diferentes têm princípios diferentes, que refletem seus diversos interesses, crenças morais e religiosas e posições sociais. Algumas pessoas são ricas, outras são pobres; algumas têm poder e bons relacionamentos; outras, nem tanto. Algumas fazem parte de minorias raciais, étnicas ou religiosas; outras não. Temos que chegar a um consenso. Mas até mesmo o consenso refletiria o maior poder de barganha de alguns sobre o dos demais. Não há motivos para acreditar que um contrato social elaborado dessa maneira seja um acordo justo.”⁸³

Nessa perspectiva o que deveríamos fazer? Utilizar a concepção utilitarista pode me colocar numa posição de minoria a ser suprimida, se utilizarmos a concepção libertária, poderia ficar numa posição desprestigiada, assim o que pode ser feito é com base na liberdade e na equidade social e econômica.⁸⁴

Para Rawls, o indivíduo deve ter alguns direitos individuais e sociais básicos como as liberdades básicas de pensamento e de consciência, de renda e riqueza, de movimento e escolhas, como também de possuir condições sociais para respeito do indivíduo como pessoa moral.

Sendo justa a sociedade na qual os valores sociais forem distribuídos de maneira igual entre os indivíduos, com exceção no caso de que a desigualdade de distribuição promova um benefício maior para todos, reduzindo a desigualdade geral.

⁸³ Sandel, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8ª ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012. p. 177-178.

⁸⁴ Ibid. p. 179.

Para ele, existem dois pressupostos para uma sociedade ser justa: o primeiro é que deve ter igualdade de oportunidades abertas a todos em condições plena de equidade, a segunda é que os benefícios existentes na sociedade devem ser repassados para os indivíduos menos privilegiados da sociedade.

Assim baseando sua atuação na busca de uma mudança na sociedade, seja através da hermenêutica da lei, seja na defesa da justiça equitativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

BEEBY, Laura. A critique of Hermeneutical Injustice. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.CX1, Part 3. p. 479-486, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal : parte especial 3 : crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** / Cezar Roberto Bitencourt. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal econômico, v. 1**. Saraiva Educação, 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Promulgada em 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

BRASIL. **Lei 8.137/1990**. Promulgada em 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>

CIRNE, Alyssa. Willful Hermeneutical Marginalization: An Account of Malicious Agency in Hermeneutical Injustice. *Aporia*. v.22. n.1. 2012.p.45-57.

CURTIS, Annaleigh E. Why originalism needs critical theory: democracy, language, and social power. *Harvard Journal of Law & Gender*. V.38. 2015.p.437-459.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

FILHO, Andrade, Edmar Oliveira . **Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e contra a Previdência Social**, 7ª edição. Atlas, 05/2015.

FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo : Parábola Editorial, 2012.

IAMUNDO, Eduardo. **Hermenêutica e hermenêutica jurídica**. São Paulo : Saraiva, 2017.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência Criminal no Brasil** – Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e IPEA. Brasília : IPEA, 2015.

KAFKA, Franz. **O processo**. Trad. Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KUHNEN, Tânia Aparecida. Miranda Fricker, Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing (Resenha). *Princípios* , v. 20, p. 627-638, 2013.

MAITRA, Ishani. The nature of epistemic injustice. *Philosophical Books*. v. 51 n.4. Outubro 2010, p. 195-211.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito** / Carlos Maximiliano. – 20ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDINA, José. **The epistemology of resistance: Gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations**. New York: Oxford University Press, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho 2016** / organização: Thandara

Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 8ª ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.169.033-6, 2ª Câmara Criminal, Curitiba. Relatora: Desembargadora Maria Roseli Guiesmann. Julgado em:03/10/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº1.243.557-3. 2ª Câmara Criminal. Toledo, Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Julgado em; 09/07/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº1.528.783-3. 2ª Câmara Criminal. Laranjeiras do Sul, Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Julgado em; 01/09/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº1.581.013-6. 2ª Câmara Criminal. Ponta Grossa, Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Marcel Guimarães Rotoli de Macedo. Julgado em; 22/06/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº1.656.959-0. 2ª Câmara Criminal. Jaguariaíva, Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Julgado em; 28/09/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.658.572-1. 3ª Câmara Criminal, Cascavel. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. Julgado em: 25/01/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.704.556-6. 3ª Câmara Criminal, Marmeleiro. Relator: Juíza Substituta em 2º Grau Ângela Regina Ramina de Lucca. Julgado em: 08/02/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.716.998-7. 3ª Câmara Criminal, Curiuva. Relator: Desembargador João Domingos Kuster Puppi. Julgado em: 08/02/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.719.590-3. 3ª Câmara Criminal, Piraquara. Relator: Desembargador João Domingos Kuster Puppi. Julgado em: 25/01/2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Crime nº 1.720.451-8. 3ª Câmara Criminal, Apucarana. Relator: Desembargador José Cichocki Neto. Julgado em: 08/02/2018.