

HERMENÊUTICA DA COMPOSSIBILIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DA PRÁXIS INTERPRETATIVA DO ART. 245 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sérgio Luís de Holanda Barbosa Soares

Paulo Antonio de Menezes Albuquerque

Resumo: o ensaio analisa os elementos de transversalidade reflexiva presentes nas possibilidades de interpretação de artigo constante da parte das disposições gerais, buscando sua compreensão no contexto da Constituição Federal de 1988 em face dos princípios diretivos da Assembléia das Nações Unidas e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: hermenêutica — interpretação — Constituição Federal - assistência à vítima de crimes dolosos.

Resumo: The work intends to analize reflexive transversal elements that are located in the interpretations possibilities of na Artikel atached to the general dispostions part the 1988´s Constitution. It searches the comprehension facing the leading principles of the UNited Nations Assembly and the foundings of the democratic Rule of Law.

Palavras-chave: hermenratics — interpretation – Federal Constitution – assitance to criminal victims.

1. A redação do Art. 245 da C.F./88 e a incidência da compreensão hermenêutica

As disposições gerais de uma norma remetem às regras de transição, de sua aplicabilidade ou vigência. Quando constitucionais, podem inclusive traçar preceitos com natureza compromissória e significar oportunidade para o legislador constituinte derivado incluir outras tantas disposições que não tenham tido espaço assegurado no

corpo da constituição, mas que com a mesma esteja relacionada ou tenha alguma significação. Contudo, compõe a norma jurídica¹ e como tal dotada de significações.

Merece atenção o art. 245 da Constituição Federal de 1988², inserto nas Disposições Constitucionais Gerais sem maiores compromissos de unidade lógica ou de conteúdo com os demais desta sessão. Apesar de sua leitura apresentar condições de intelectabilidade, percebe-se o surgimento de questionamentos sobre o significado e alcance deste dispositivo constitucional, eis que em outros artigos da Constituição Federal há previsões sobre assistência e responsabilidade civil que seriam extensivos às vítimas de crimes dolosos, o que em um primeiro olhar já seria suficiente para amparar os herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso.

No Texto Constitucional há previsões que asseguram o ajuizamento de ação penal privada se não houver o ajuizamento da ação penal pública correspondente (art. 5º, inc. LIX); a duração razoável do processo (inc. LXXVIII); a garantia de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5, inc. LXXIV); indenização para o condenado por erro judiciário (inc. LXXV); a responsabilização civil de agentes públicos que vierem causar danos aos particulares nos termos do art. 37, § 6º; a previsão da Defensoria Pública com atribuições de promover a referida assistência jurídica (art. 134); e ainda a assistência social a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social a teor do art. 203 da Constituição Federal de 1988. Destaca-se ainda a previsão sobre a responsabilidade do estado na criação de mecanismos para coibir violência no seio da família (art. 226, § 8º), à criança e adolescente (art. 227) e ao idoso.

Mas, qual (is) a (s) compreensão (ões) efetiva(s) que se deve(m) ser dada(s) ao art. 245 da CF/88? Admite algum processo interpretativo específico? Caso positivo, em que perspectiva? A análise sobre a dimensão adequada a ser dada ao artigo já chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.358-1/600 – DF, ajuizada pelo Governo do Distrito Federal em face das disposições

¹ “O conceito mais simples de norma jurídica é, talvez, por isso mesmo, o de maior virtualidade, embora envolva uma tautologia, é aquele que resulta do posicionamento de expressão sintética “jurídica” ao lado da correspondente expressão analítica “de Direitos”: norma jurídica é norma de Direito, isto é, norma de fazer Direito. A norma jurídica é regra de fim”. (VASCONCELOS, 2006, p. 27)

² Art. 245 C.F./88 - “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

da Lei Distrital n. 913, de 13/09/1995, que alterou da Lei n. 842 de 29/12/1994, que ‘institui pensão especial para os cônjuges de pessoas assassinadas, vítimas de crimes hediondos que especifica, ocorridos no Distrito Federal e dá outras providências’³. Desde já importa afirmar que a ‘Corte Constitucional’ brasileira irá analisar e interpretar se esta Lei Distrital feriu ou não o Texto Constitucional, ou seja, se o próprio art. 245 da C.F. foi violado, antes de declarar ou não sua constitucionalidade.

Há de se considerar que a norma já importa por si só, uma manifestação da interpretação da realidade, ou seja, é dotada de significado, mesmo para aquelas tidas como ‘norma-dado’⁴ (PEREIRA, 2006, p. 38). O legislador ao editar a norma, já considera previamente sua possibilidade por meio de atividade interpretativa, especialmente sobre sua adequação constitucional, tanto que os textos são, em regra, submetidos à análise de comissões parlamentares de constituição e justiça.

Embora, em uma primeira vista, não pareça haver dúvidas no sentido textual de suas expressões⁵, busca-se sua apreensão enquanto fenômeno jurídico, ainda mais que surgem questionamentos sobre a existência, extensão e significado do conteúdo do art. 245 da C.F./88, e será buscada uma possibilidade de sua significação⁶ através de

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1358&processo=1358;>

⁴ “A *norma-produto* é criada pelo intérprete, consubstanciando o significado que este atribui a *norma-dado*. A interpretação, nessa perspectiva, será o conjunto de raciocínios lógicos e práticos através dos quais se atribui significado às *normas-dado*” (...) “Há norma antes da interpretação – a *norma dado* -, mas é esta sempre uma obra inacabada do legislador ou do poder constituinte”. (PEREIRA, 2006, p. 39)

⁵ Saliente-se que até para afirmar a clareza do texto faz-se necessário interpretar, nem se pode sustentar sua simplicidade diante das inúmeras possibilidades que o mesmo gera. Para hermenêutica clássica, “a concepção tradicional afirma *clara non sunt interpretanda*, o que é claro não deve ser interpretado, como se tal clareza pudesse impor-se antes de qualquer interpretação, o que é uma concepção inspirada em Descartes. A esta opõe-se a reflexão de Locke, segundo a qual, em direito, essa pretensa clareza resulta mais de uma falta da imaginação, do fato de não ter-se pensado em todas as interpretações que permitiriam revelar a ambiguidade ou a obscuridade da regra. É por isso que, em vez de dizer que a regra é clara em si própria, ou seja, sejam quais forem as situações às quais é aplicável, é mais prudente e mais justo dizer que ela é clara neste ou naquele caso de aplicação, pois as diversas interpretações razoáveis que dela se poderiam fornecer não dão azo a nenhuma divergência”. (PEREIRA, 2006, p. 37)

⁶

PEREIRA (2006, pp. 19-74) “Sem embargo, sendo a Constituição uma norma sobre a produção de normas, o problema da interpretação jurídica é assunto inerente ao Direito Constitucional(...). Como destaca CALLEJÓN (1997, p.98), “A normatividade constitucional é assim um fator determinante da configuração não somente do Direito mas também da interpretação do Direito. Isso não significa somente que o Direito deva ser interpretado de maneira congruente com a Constituição, mas também, e sobretudo, que a própria atividade interpretativa deve ser congruente com a Constituição.”

Hermenêutica Jurídica. Não se pode olvidar que o legislador infraconstitucional, ao regulamentar o Texto Constitucional, também estabelece uma interpretação, de modo ser a norma expressão da interpretação do que foi delegado pela Constituição, o que permite, portanto, a busca de possíveis significações que este legislador poderá adotar, ou mesmo a verificação da conformidade da interpretação dada através da norma à Constituição.

A estabilidade em volta do consenso e entendimento sobre sua significação está sujeita a sofrer desequilíbrio diante de refutações e novas construções acerca de possíveis entendimentos que a norma jurídica pode ensejar. O direito sofre transformações em suas estruturas explicativas e a norma, como expressão idealmente “estável” de sentido, sofre também alterações em seu texto, conteúdo e na sua própria interpretação, o que afasta qualquer pretensão de exclusividade na busca da compreensão ora pretendida.

2. Hermenêutica como redundância de possibilidades interpretativas

Ainda é possível distinguir a hermenêutica metodológica, preocupada com o controle racional e com a validação da interpretação, da hermenêutica existencial, voltada para compreensão no contexto da realidade normativa.⁷ Contudo, há de se ressaltar que a hermenêutica judicial não deslegitima a hermenêutica originária de outros atores a quem a norma é direcionada. Embora a teoria da hermenêutica ganhe seu traço significativo quando de seu uso pelo Judiciário, a mesma não se restringe ao mesmo, de maneira que vai buscar fontes nos diversos fatores, inclusive ideológicos⁸, e está aberta a ‘dialogar’, rompendo com os sistemas fechados alimentados pela hermenêutica clássica. Enquanto teoria, a hermenêutica funda pensamentos sobre possíveis significações da norma que poderão ser abraçadas pelos seus aplicadores, pela

⁷ Neste sentido, no âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, não resta dúvida a exigência da demonstração do método hermenêutico utilizado para se compreender a norma (art. 93, inc. IX, da CF).

⁸ “É inadmissível o argumento segundo o qual a doutrina não é fonte do Direito porque não procede de um poder. Os que fazem essa afirmação lembram que a lei vem do Poder Legislativo, a Jurisprudência vem do Poder Judiciário e o costume do Poder difuso da sociedade. Ora, a doutrina também provém de um Poder: o ideológico. (...) “Na realidade, ao lado dos três poderes do Estado, há os três poderes sociais: o político, o econômico e o ideológico. A doutrina é oriunda do poder ideológico: “saber é poder” (Bacon, Habermas)”. MAGALHÃES FILHO (2009, p.75).

sociedade ou mesmo gerar impactos na produção legislativa, sem se descurar da sua forma representativa de conhecimento.

Na realidade, como demonstra STEINHAUER (2007) a evolução constitucional do direito tem demonstrado a incidência concomitante de lógicas interpretativas dissonantes, em que pese a representação em torno de *topoi*, técnicas de suprimento de lacunas ou a construção dogmática de “modelos” conceituais em torno da suposta abrangência de todo o ordenamento pela constituição. Enquanto tentativa de se submeter aos quadros de um modelo ideal de direito público as categorias do direito constitucional convivem com sobrevivências históricas e simbologias retóricas de elementos pré-constitucionais. Mesmo no âmbito do direito privado metáforas pré-contratuais remetem à continuidade de um direito quiriático da época dos romanos, versado na separação entre diversos momentos de perfeição de um ato jurídico.

Esse pluralismo estrutural reside na própria função de ampliação de formas comunicacionais do direito, inerente a sua adaptação histórica às diversas necessidades de criação de sentido. Neste sentido a hermenêutica ocupa espaço nas ciências humanas ao se admitir a necessidade de objetivar a reflexão acerca do entendimento e compreensão⁹ dos fatos humanos, especialmente os expressados e transmitidos pelos mecanismos da fala e da escrita, que provocam reações nem sempre externam todo o conteúdo que se quer transmitir além de sofrer influências da compreensão do receptor da mensagem.

Neste contexto, a hermenêutica segue em busca do ‘conteúdo perdido’ ou não revelado da mensagem, já que se parte do entendimento que esta é recepcionada de forma incompleta e que os mecanismos de transmissão são ineficientes para levar toda a extensão do conteúdo que transmissor pretende. Além disso, o objeto interpretado, ao se transformar em objeto já recebeu uma carga de significação que não está contida na descrição dele mesmo, sendo constituído em meio a um processo interpretativo da realidade. Não há como negar que a norma quando editada, já carrega e representa uma

⁹ “De acordo com Kant, “...compreender [*begreifen*] (*comprehendere*), quer dizer, reconhecer pela razão ou ‘a priori’ aquele grau que é suficiente para o nosso propósito. Pois todo o nosso compreender é apenas relativo, quer dizer, suficiente para um determinado fim, não havendo nada que compreendamos em sentido absoluto...” MAGALHÃES FILHO (2009, p.25).

síntese interpretativa da realidade que se procura regular. A presente busca pela compreensão do art. 245 da CF/88 defronta-se assim com a determinação possível do ‘dizer, exprimir’ e ‘explicar’ ao caso, exatamente pelo fato do texto constitucional não sinalizar a necessidade do contexto de tradução.

A palavra falada comporta uma maior riqueza de conteúdos que acompanhada de outros elementos como a retórica e a própria gesticulação facial, dentre outros. A palavra escrita produz maior estabilidade à mensagem e permite o registro histórico, mas revela um conteúdo mais restrito que deve ser sempre buscado para que a compreensão seja aproximada a sua completude. Para Palmer (1986, p. 26):

“Toda linguagem escrita apela para uma reconversão na sua forma falada; apela para um poder perdido. Escrever uma língua é uma alienação da língua relativamente à sua vivacidade”.¹⁰

Isto leva à conclusão de que a interpretação do texto escrito não pode se restringir à sua leitura gramatical e ao conteúdo semântico das expressões. Gera-se a necessidade de se buscar a compreensão do contexto enunciativo, daquilo que acompanhou a ‘mortalidade da fala’, do que estava envolta do processo de transcrição do texto. Em um primeiro momento, o registro histórico e as influências que envolveram o texto podem ajudar a construir uma compreensão plausível, sem se separar da compreensão de mundo de quem recebe a mensagem do texto, o que importaria na busca das estruturas do chamado “círculo hermenêutico”. (PALMER, 1986, p.26). Esta compreensão pressupõe que as significações serão colhidas dentro de um contexto específico que fornecerá os mecanismos para sua compreensão:

“Outro modo de dizer isto é afirmar: a interpretação explicativa torna-nos conscientes de que a explicação é contextual, é horizontal. Deve processar-se dentro de um horizonte de significados e intenções já aceites. Em hermenêutica, esta área de uma compreensão pressuposta, é designada por pré-compreensão. Podemos frutiferamente perguntar que pré-compreensão é necessária para podermos conhecer o texto. (...) Para que o intérprete faça uma performance do texto tem que o compreender; tem que previamente compreender o assunto e a situação antes de entrar no horizonte do seu significado. Só

¹⁰ PALMER (1986, p.26).

quando consegue meter-se no círculo mágico do seu horizonte é que o intérprete consegue compreender o seu significado. Esse é o tal misterioso ‘círculo hermenêutico’ sem o qual o sentido do texto não pode emergir”¹¹.

A compreensão a ser dada ao art. 245 da CF será buscada dentro do próprio sistema normativo constitucional brasileiro, ciente de que este método de compreender a realidade já provoca influência na própria compreensão, fragmentada¹² pela compreensão da realidade através da norma. Vale dizer: o conteúdo do art. 245 da C.F. poderia ser abordado sob outros aspectos ou com outros métodos de conhecimento. Sobreleve-se que esta forma de interpretação pressupõe a *crença* na Constituição Federal como expressão maior do Direito, de modo que a mesma sintetiza o ‘horizonte’ que se pretende alcançar e que deve ser buscado pelo intérprete e aplicador da norma, ainda mais se tratando de norma (art. 245) que ensejará fundamento de outras infraconstitucionais. Ao considerar que a Constituição Federal prescreve direitos que vistos de forma fragmentária sofreriam de carência de conteúdo ou mesmo perderiam suas significações, percebe-se a necessidade de contextualizá-las no universo jurídico que se propõe fazer parte, de maneira que não pode estar dissociada de suas pretensões de abrangência da comunidade internacional.

2.1. “Horizonte” Constitucional e limites do Texto jurídico

O Direito não pode ser visto apenas nos elementos do texto (norma) ou como simples agrupamento de elementos, mas como um todo interligado no emaranhado que compõe a teia de significações. Ao dizer que o texto jurídico possui características prescritivas, diretivas, orientadoras e reguladoras, Gregório Robles¹³ sustenta que tal prescrição ocorre dentro de um universo de significações e que seu sentido isolado se distancia do seu real significado, afirmando que:

¹¹ PALMER (2006, pp. 34 e 35).

¹² “En realidad no hay un criterio universal, una regla trascendente, una ley extrasocial a la que deba atenerse la deliberación colectiva de los significados sociales. Pero una vez instituido el orden simbólico-normativo en la base de um sistema social, la interpretación que trata de comprender significados, valores y normas debe presuponer necesariamente la constitución puesta, que para ella servirá de fundamento vinculante, cuyas determinación será imposible de ignorar en lo sucesivo so pena de fracaso de la comprensión hermenéutica”. (CIARAMELLI, 2009, p.155)

¹³ ROBLES (1998, p. 50).

“El sentido se completa únicamente a partir de la consideración del elemento concreto en el marco del texto conjunto. Lo mismo sucede en el texto jurídico que es todo ordenamiento. Su función pragmática es *regular*, que implica organizar y dirigir la conducta; en suma, *prescribir*. Todos los elementos que aparecen en el texto jurídico adquieren su significado profundo o verdadero en el marco de la totalidad de significado que es el ordenamiento”. (ROBLES, 1998, p. 50)

A interpretação da norma deve levar em consideração seu contexto, seu conteúdo e não deve ser isolado de seu universo, de maneira a ‘recriá-la’ sem se distanciar de seus alicerces que lhe dão a essência, sob pena de ser falseada a correta interpretação do conteúdo do texto. Neste sentido, não se pode desconsiderar que ao inserir o art. 245 no texto constitucional geraram-se novas possibilidades de decisões e ações, que não devem ser dissociadas do ‘horizonte’ traçado no próprio texto. Não se trata, portanto, de restringir-se a ‘compor’, ‘formar’ o ordenamento jurídico, mas dar ‘vida’ a direitos, gerar efeitos sobre as pessoas e também sofrer os efeitos dos fenômenos jurídicos. Exige-se, assim, a busca do ‘horizonte constitucional’ sobre os direitos das vítimas de crimes dolosos, ou seja, do contexto e da pré-compreensão capaz de revelar seu conteúdo.

2.2. “Horizonte” hermenêutico do art. 245 da C.F./88

O sistema constitucional brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais que são recepcionados com *status constitucional* e com eles, ratifica diretrizes da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de onde se destaca a orientação para o tratamento das vítimas de violência por crime dolosos. Nesta dimensão, a Resolução n. 40/34 da Assembléia Geral da ONU versa sobre a ‘Declaração de princípios básicos de justiça para vítimas de crime e abuso de poder’¹⁴, que adota os seguintes entendimentos sobre vítimas de crime:

- “1. “Vítimas” refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.
- 2. Uma pessoa pode ser considerada vítima, nos termos da presente Declaração, independentemente de o delinquente ser identificado, detido, processado ou condenado e também independentemente de relações familiares entre o delinquente e a vítima. O termo “vítima” também inclui, quando apropriado, a família imediata ou os dependentes diretos da vítima,

¹⁴ Brasil. Ministério da Justiça (2009).

assim como indivíduos que tenham sofrido dano ao intervir e auxiliar as vítimas em perigo, ou evitar a vitimização.

3. Os dispositivos previstos aqui serão aplicáveis a todos, sem distinção de qualquer espécie, como raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opinião política ou outras, crenças ou práticas culturais, propriedade, situação de nascimento ou familiar, origem social ou étnica, e deficiência”.

Destaque-se que o art. 245 da C.F./88 já apresenta a impropriedade de retratar a assistência “*aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso*”, excluindo deste contexto, a vítima direta. Dentre os sistemas da hermenêutica clássica, a interpretação literal excluiria da assistência prometida, seu principal sujeito e beneficiário, mas a utilização de seu critério interpretativo¹⁵ quanto aos efeitos, especificamente quanto a interpretação extensiva¹⁶, leva à conclusão de que não haveria razões para tal exclusão, até porque para haver benefício para os herdeiros e dependentes de pessoas vitimadas, urge a necessidade da vítima direta. Contudo, verificadas a compreensão “externa” alienígena, tem-se que a interpretação não pode se restringir ao processo “lógico”, posto se assim ocorresse, haveria comprometimento de sua significação frente à realidade social e do próprio sistema jurídico. Não se pode, assim, entender o art. 245 da C.F. alienado do ‘diálogo’ que deve manter com as demais normas constitucionais, especialmente as que fundamentam a forma de Estado adotada.

3. Assistência às vítimas de crimes dolosos no contexto de uma transversalidade constitucional

As prescrições do art. 245 da CF/88 deixam para o legislador o cargo de definir o âmbito de assistência às vítimas de violência de crime dolosos, de modo a revelar seu conteúdo político de delegação sobre a escolha do que será definido como jurídico.

Ao sustentar a idéia de “Constituição Transversal”, NEVES (2009) a conceitua como dotada de instâncias de reflexividade que perpassam o sistema político

¹⁵ “A classificação das espécies da interpretação pode se dar a partir de três critérios: a origem (agente ou fonte), a natureza (modo), os efeitos (resultado)”. MAGALHÃES FILHO (2009, p. 31).

¹⁶ “A interpretação extensiva ocorre quando o espírito da lei é mais amplo que a letra da lei. O Legislador disse textualmente, menos do que pretendia. Através de outras técnicas interpretativas diferentes da gramatical, obtém-se um resultado mais amplo do que aquele a que se chega pela utilização única da interpretação gramatical. O intérprete terá, então, que ampliar o sentido da norma”. (...) “A interpretação extensiva é resultado de uma interpretação lógica pela qual se conclui ser necessária a ampliação do sentido das palavras por se constatar, de forma objetiva, que o Legislador disse em palavras menos do que intencionava”. MAGALHÃES FILHO (2009, p. 56 e 58).

e o sistema jurídico, servindo de ligação entre os mesmos, aproximando-os, diminuindo suas tensões e oportunizando a troca do que denomina de um ‘aprendizado’ de um sistema com o outro. Ao situar o direito e a política como elementos de complementaridade e de constante tensão, prescreve para a Constituição o papel de ser a ligação e o ‘filtro’ entre tais realidades que necessitam coexistir de maneira mais equilibrada possível, para evitar a prevalência de um sobre o outro. Esta noção de complementaridade entre uma ‘constituição política’ com uma ‘constituição jurídica’, exige que ambas cumpram suas expectativas, e, para esta última, importa, em sua adequação social.

A ‘constituição jurídica’ vai exigir uma racionalidade jurídica com um sistema jurídico fundado na constitucionalidade e na adequação social do direito, que, de seu turno, pretende o máximo de equilíbrio inclusive entre contextos e pretensões antagônicas, ainda mais nas sociedades pluralistas e com diversos atores sociais lutando para realização de seus desejos. Assim,

“a adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenhas suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas. Em geral, a adequação social constitucionalmente fundada do direito, isto é, a justiça constitucional externa mediante procedimentos, exige uma capacidade cognitiva altamente aguçada do sistema jurídico, considerando a complexidade e mesmo a fragmentação do ambiente”¹⁷.

Neste entendimento sobre o equilíbrio entre as possibilidades de convivência dos diversos projetos de realização jurídica, pode-se enquadrar as pretensões do art. 245 da CF/88, onde se reservou espaço jurídico para realização dos direitos de vítimas de violência ao lado da realização dos direitos de garantia dos acusados pela prática da mesma.

Importa garantir espaços para busca deste equilíbrio que nem sempre estará expresso no sistema jurídico, mas que sempre admitirá a possibilidade de sua construção para adequação social do direito. E tal busca orientará a ‘racionalidade

¹⁷ NEVES (2009, pp. 64 e 65).

política' no processo de construção normativa, como se apresenta possível no art. 245 da C.F./88.

No sistema brasileiro, o Estado Democrático de Direito existe para ultrapassar o estado liberal e o Estado do bem estar social, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um encargo de transformação da realidade. Sustenta STRECK (2011) que

“O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecutatório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. (...) O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao Direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira dimensões, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas”¹⁸.

No contexto ora analisado, o art. 245 da C.F./88 assegurou a possibilidade de existência de sistema jurídico apropriado para garantia da assistência das vítimas de violência de crimes dolosos, como forma inclusive de preservar a igualdade entre os atores envolvidos na relação que geram tais efeitos - igualdade que é condição de existência do estado democrático. Ao mesmo tempo em que se asseguram garantias constitucionais ao acusado de crime de violência, assegura assistência estatal às suas vítimas, o que importa em exigir esforços do Estado nesta direção para regulamentação jurídica do referido dispositivo constitucional. Assim, por exemplo, se há garantia expressa, e o sistema de seguridade social assegura assistência financeira aos familiares de condenados por crime¹⁹, não há razões para se negar previsão legal com semelhante garantia aos familiares e dependentes das vítimas, estejam elas asseguradas ou não pelo regime geral de previdência social.

¹⁸ STRECK (2011, p. 47).

¹⁹ Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=22>

Ao supostamente negar assistência às vítimas de violência de crime dolosos, o sistema jurídico termina por gerar desigualdades e impedimentos para cidadania, com reflexos na concepção de inefetividade de direitos humanos das vítimas e mesmo no fomento de discurso de natureza sofista (midiático) sobre a idéia de que os direitos humanos são voltados para os acusados ou para lhe assegurar privilégios e impunidade. Portanto, as vítimas de crimes dolosos reclamam uma ordenação que resgate a estabilidade aviltada e que lhes conceda proteção estatal correspondente à concedida aos acusados, de maneira que ambos possam realizar seus direitos fundamentais²⁰, até porque não equivale em assistências antagônicas nem implica que uma gere a exclusão da outra.

A assistência dada aos acusados volta-se à proteção das pessoas frente eventuais violações das liberdades individuais eventualmente produzidas pelo Estado, daí a prescrição de uma série de direitos - (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, assistência jurídica integral e gratuita, princípio da inocência, etc.)- como obrigações negativas do Estado, o que não serve para justificar as limitações dos encargos do Estado frente as vítimas de violência, ainda mais que a proteção dos direitos do acusado não tem o mesmo fundamento que a assistência defendida para vítima. Não se visualiza fator *discriminem* que justifique uma atenção especial na legislação de assistência ao acusado e permita a omissão frente às vítimas de violência de crimes dolosos, devendo a assistência do poder público ao acusado e à vítima de violência conservar o mesmo plano de existência.

3.1. A vítima frente ao Estado Democrático de Direito

A C.F./88 prescreveu que a República Federativa do Brasil adotou como forma de governo o modelo democrático, que pressupõe a liberdade entre as pessoas

²⁰ Para Marcelo Neves, “com o princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade jurídica no plano da coerência interna e adequação externa do direito, passa-se da igualdade como forma lógica para a igualdade como norma. Isso significa que, enquanto forma de dois lados, implicando a diferença “igual/desigual”, a igualdade como norma importa a preferência pelo tratamento igual, exigindo-se do tratamento desigual uma sobrecarga argumentativa. Nesse caso, impõe-se a comprovação de que o tratamento igual em um contexto promove, leva ou mantém o tratamento desigual ilegítimo em outros contextos mais abrangentes, como ocorre especialmente na justificação das chamadas “ações afirmativas”: dada a sedimentação e cristalização de *discriminações sociais negativas* que impedem ou dificultam o acesso a direitos fundamentais, impõe-se a *discriminações jurídica positiva* para que se afirme o princípio da igualdade”. (NEVES , 2009, p. 69).

para efetivação do princípio democrático. A vítima de violência encontra-se ‘acuada’ e presa nas próprias consequências da vitimização, o que lhe retira a plena capacidade de exercício da cidadania. Este mesmo Estado Democrático de Direito contribui para que a vítima, seus herdeiros e dependentes, continuem marcados com os efeitos da agressão e violência sofrida, já que a efetivação de seus direitos é tratada de forma individualizada e sem maior esforço estatal.

De outro lado e de forma paradoxa, são concedidos e ressaltados inúmeros direitos aos acusados em nome do Estado garantista, especialmente para que o Estado não seja tido como vilipendiador de direitos. Parece haver um Estado ‘reativo’ às imposições históricas, para salvaguardar a vida atual das experiências anteriores que foram reconhecidas como violadoras de direitos humanos, do que propriamente protagonista do patrimônio jurídico humano. Não há tratamento equivalente relacionado às vítimas de violência, eis que, os direitos fundamentais constitucionalmente previstos têm natureza de direitos negativos, dirigidos exclusivamente para evitar ações do Estado. Isto termina por esvaziar a responsabilidade do Estado frente às mesmas (vítimas) posto que o Estado não estaria implicado diretamente no processo que a levou à vitimização e converteria seus esforços para alcançar o agressor, movido mais pelo interesse de manutenção da ordem pública do que o restabelecimento ao *status quo* da vítima. Apesar de estar alicerçado na dignidade da pessoa humana, o Estado apresentaria-se como um fim em si mesmo, para evitar, em última análise, a perda da legitimidade.

Não se quer aqui suprimir os direitos dos acusados e supostos agressores, mas, ressaltar que ao lado dos mesmos, o art. 245 da CF parece exigir que seja assegurada assistência efetiva aos direitos das vítimas de violência em crime doloso. Destaca-se do artigo de Lícia Maria Teixeira Osório, “Aspectos Jurídicos e Sociais das Formas de Proteção às Vítimas”²¹, que:

“Acerca dos direitos das vítimas observa-se que, diante de todos os mecanismos de proteção ao acusado, aqueles se fazem insignificantes. É visível a diferença entre os direitos da vítima e os direitos do acusado.

²¹ Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3689.pdf>

Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

“A vítima, diante do fato delituoso é a parte fragilizada e, mesmo diante dessa situação, não recebe do Poder Público, nem da sociedade civil, o apoio necessário, ficando numa situação de abandono.

(...)

“Para Nilzardo Leão, a situação ainda se agrava pelo fato da sociedade culpar sempre a vítima pelo ato de violência, trazendo para esta um trauma maior do que o esperado.

(...)

“O sofrimento ocasionado pelo ato ilícito não se resume ao momento do cometimento do crime. As vítimas, ao procurarem amparo, sentem-se desprotegidas, pois não tem direito a um tratamento justo, já que não tem acesso à justiça; não são restituídas e reparadas devidamente; não tem direito a uma indenização; nem muito menos a uma assistência médica, psicológica, jurídica e social justa, acarretando, assim, circunstâncias bem mais danosas ao ser humano.”

3.2. Assistência à vítima de violência de crime doloso

A busca pela compreensão do art. 245 da CF não pode descuidar que a Constituição estabeleceu o dever do legislador infraconstitucional regulamentar o plano de assistência que o Poder Público dará aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso. Nesta perspectiva do encontro do alcance do ‘horizonte’ interpretativo da constituição, volta-se à já mencionada Resolução 40/34 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas²² que traça diretrizes sobre assistência ora tratada:

“Acesso à justiça e a tratamento justo

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade. Terão acesso aos mecanismos de justiça e de reparação imediata, conforme previsto na legislação nacional, pelo dano sofrido.

5. Mecanismos judiciais e administrativos devem ser estabelecidos e reforçados, quando necessário, para permitir às vítimas obterem reparação, por meio de processos formais ou informais rápidos, justos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas sobre seus direitos de buscar reparação por meio de tais mecanismos.

6. Facilitar-se-á a adequação dos procedimentos judiciais e administrativos da seguinte forma:

(a) Informando às vítimas sobre seus papéis e sobre o âmbito, o tempo e o progresso dos procedimentos, e também da disposição de seus casos, especialmente quando envolverem crimes graves e quando tais informações forem solicitadas;

²² Brasil. Ministério da Justiça (2009, pp. 275-277).

- (b) Permitindo que a opinião e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e apreciadas nos estágios adequados do processo, quando seus interesses particulares forem afetados, sem preconceito contra o acusado, e de maneira consistente com o sistema de justiça criminal nacional relevante;
- (c) Fornecendo a correta assistência às vítimas ao longo do processo legal;
- (d) Adotando as medidas para minimizar inconveniências às vítimas, para proteger sua privacidade, quando necessário, e para garantir a sua segurança, a de seus familiares e de testemunhas a seu favor contra intimidação e retaliação;
- (e) Evitando atrasos desnecessários na distribuição dos casos e na execução de sentenças ou decretos que concedam indenização às vítimas.

7. Mecanismos informais para a solução de controvérsias, incluindo mediação, arbitragem e justiça consuetudinária ou práticas autóctones, devem ser utilizados, quando apropriado, para facilitar a conciliação e a reparação das vítimas.

Restituição

8. Infratores ou terceiros responsáveis por seus comportamentos devem, quando apropriado, fazer justa restituição às vítimas, a suas famílias ou a seus dependentes.

Tal restituição deve incluir a devolução de propriedade ou o pagamento por dano ou perda sofrida, o reembolso de despesas ocorridas como resultado da vitimização, a disponibilização de serviços e a restauração de direitos.

9. Governos devem revisar suas práticas, regulamentos e leis para considerar a restituição como uma opção válida de sentença em casos penais, além de outras sanções criminais.

10. Em caso de dano substancial ao meio ambiente, a restituição, se ordenada, deve incluir, na medida do possível, a recuperação do meio ambiente, a reconstrução da infraestrutura, a substituição das instalações comunitárias e o reembolso das despesas de realocação, sempre que tal dano resulte em deslocamento de uma comunidade.

11. Quando agentes públicos ou outros agentes agindo a título oficial ou semioficial tenham violado as leis criminais nacionais, as vítimas devem receber restituição do Estado cujos funcionários ou agentes tenham sido responsáveis pelos danos causados.

Em casos em que o governo responsável pelo ato de vitimização ou de omissão não exista mais, o Estado ou o governo que o sucede deve restituir as vítimas.

Indenização

12. Quando não puder ser totalmente paga pelo infrator ou por outras fontes, os Estados devem empenhar-se em prover a indenização financeira a:

(a) Vítimas que tenham sofrido dano corporal significativo ou incapacitação de saúde física ou mental em decorrência de crimes graves;

(b) Família, em especial aos dependentes de pessoas que tenham morrido ou se tornado física ou mentalmente incapacitados em decorrência de tal vitimização.

13. O estabelecimento, o fortalecimento e a expansão de fundos nacionais para indenização de vítimas devem ser encorajados. Quando apropriado, outros fundos também podem ser estabelecidos para esse fim, incluindo os casos em que o Estado ao qual pertence a vítima não esteja em posição de compensá-la pelo dano.

Assistência

14. As vítimas devem receber assistência material, médica, psicológica e social necessária, por meio de medidas governamentais, voluntárias, comunitárias e autóctones.

15. As vítimas devem ser informadas da disponibilidade de serviços sociais de saúde e de outras assistências relevantes, e devem ter pronto acesso a esses serviços.

16. Equipes da polícia, da justiça, da saúde, de serviços sociais e outros envolvidos devem receber treinamento de sensibilização para as necessidades das vítimas e diretrizes para assegurar ajuda imediata e adequada às mesmas.

17. Ao prover serviços e assistência às vítimas, deve-se estar atento àquelas que tenham necessidades especiais por causa da natureza do dano causado, ou por fatores como os mencionados no parágrafo 3º acima”.

Tais diretrizes compõem a pré-compreensão do texto normativo que irá regulamentar o art. 245 do CF e os seus intérpretes – (legislador infraconstitucional, membros do Judiciário, doutrinadores, dentre outros) – deverão buscar seus entendimentos para sua adequação constitucional. Não se pode esquecer que o intérprete não busca o sentido do texto, mas reformula seu sentido conforme é condicionado por sua busca, em seus condicionamentos e pré-compreensões. Implica em uma conexão circular entre o texto interpretado e a realidade que o circunda. O intérprete tem, portanto, de reconhecer sua sujeição de que é parte no mundo. Tal reconhecimento permite inclusive avançar no processo interpretativo ao entender que a interpretação encontra-se condicionada, fragmentada temporal e circunstancialmente.

CONCLUSÕES

O trabalho procurou demonstrar a possibilidade de compreensão hermenêutica do Art. 245 da CF/88 que, mesmo estando localizado nas disposições gerais constitucionais possui conteúdo significativo tanto para o legislador infraconstitucional como para os Órgãos Jurisdicionais que se encarregarão de analisar a constitucionalidade da lei que o regulamentará. Para tanto é possível sua compreensão mediante o convívio entre as noções da hermenêutica clássica com as novas pretensões hermenêuticas que busca no contexto constitucional e em sua pré-compreensão, um possível ‘horizonte’ hermenêutico para o art. 245 da C.F.

Nessa pré-compreensão é possível sustentar que as vítimas de crimes dolosos não recebem do Estado a preocupação correspondente à concedida aos acusados de tais crimes, o que provoca prejuízos não só para vítima em si, mas para o próprio Estado Democrático de Direito. Além disso, o ‘horizonte’ constitucional sobre assistência às vítimas de crimes dolosos perpassa pelas diretrizes da ‘declaração de princípios básicos de justiça para vítimas de crime e abuso de poder’ da Assembléia Geral da ONU. Conclui-se que qualquer pretensão interpretativa do art. 245 da C.F./88 não poderá estar dissociada da interligação entre diferentes momentos da dinâmica dos direitos fundamentos de um Estado Democrático de Direito como é o brasileiro, integrando em uma racionalidade complexa os diversos elementos que a compõem.

7. Referências Bibliográficas

Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal / Organização: Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília : Secretaria Nacional de Justiça, 2009.

CIARAMELLI, Fabio. Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho. Traducción de Juan-Ramón Capella. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica Jurídica Clássica. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

OSÓRIO, Lícia Maria Teixeira. Aspectos Jurídicos e Sociais das Formas de Proteção às Vítimas, encontrado em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3689.pdf>; trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010.

PALMER, Richard E. Hermenêutica. Lisboa: edições 70, 1986.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

ROBLES, Gregorio. El Derecho com texto, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

STEINHAUER, Fabian: Gerechtigkeit als Zufall. Zur rhetorischen Evolution des Rechts. Wien/New York, Springer Verlag, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 10 ed., 2011.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 6^a ed., 2006.