

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito e Ciências do Estado

Programa de Pós-Graduação Em Direito

Galvão Rabelo

GARANTIAS E REGRAS INTERPRETATIVAS: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal

Belo Horizonte

2020

Galvão Rabelo

GARANTIAS E REGRAS INTERPRETATIVAS: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: História, poder e liberdade

Projeto coletivo: Direito Penal, Filosofia do Direito e Interdisciplinaridade (H-08).

Orientador: Prof. Dr. Túlio Lima Vianna

Belo Horizonte

2020

Rabelo, Galvão

R114g Garantias e regras interpretativas: proposta de um modelo garantista de interpretação jurídico-penal / Galvão Rabelo. – 2020

Orientador: Túlio Lima Vianna.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Legalidade (Direito) – Teses 3. Direito penal – Interpretação e construção 4. Positivismo jurídico – Teses I. Título

CDU 343.2.01



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. GALVÃO RABELO

Aos quinze dias do mês de dezembro de 2020, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa (Univali); Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (PUC Minas); Prof. Dr. Renato César Cardoso (UFMG) e Prof. Dr. Júlio César Faria Zini (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do Bel. GALVÃO RABELO, matrícula nº 2016665844, intitulada: "GARANTIAS E REGRAS INTERPRETATIVAS: PROPOSTA DE UM MODELO GARANTISTA DE INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-PENAL". Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Túlio Lima Vianna, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Fernando José Armando Ribeiro, Renato César Cardoso, Júlio César Faria Zini e Túlio Lima Vianna. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato e procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: 100 (SEM)

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa (Univali)

Conceito: 100 (SEM)

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (PUC Minas)

Conceito: 100 (SEM)

Prof. Dr. Renato Cesar Cardoso (UFMG)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

DIREITO
UFMG 1828

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Conceito: 100 (SEM)

Prof. Dr. Júlio César Faria Zini (UFMG)

Conceito: 100 (SEM)

A Banca Examinadora considerou o candidato APROVADO, com nota 100. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Túlio Lima Vianna, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Túlio Lima Vianna (orientador do candidato/UFMG)



Documento assinado digitalmente
Alexandre Morais da Rosa
Data: 16/12/2020 13:26:43-0300
CPF: 757.184.053-72

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa (Univali)

Prof. Dr. Fernando José Armando Ribeiro (PUC Minas)

Prof. Dr. Renato Cesar Cardoso (UFMG)

Prof. Dr. Júlio César Faria Zini (UFMG)

AGRADECIMENTOS

A meu orientador, Prof. Dr. Túlio Vianna, cuja contribuição acadêmica e acolhimento humano tornaram possível a conclusão deste trabalho.

A minha família. Sem ela nada disso teria acontecido.

A CAPES que possibilitou, durante período significativo do meu doutoramento, dedicação integral aos estudos e à pesquisa.

Resumo

Este estudo versa sobre a interpretação do Direito Penal a partir de uma perspectiva normativa. A atividade de interpretação e aplicação do Direito Penal possui alguns limites que decorrem dos propósitos que a garantia penal da legalidade atribui à linguagem dos textos legais e a observância desses limites é condição necessária para a efetivação do paradigma garantista do poder juridicamente limitado. Com base em pesquisa bibliográfica, o trabalho procurou refletir sobre como articular as restrições que a norma constitucional da legalidade impõe ao aplicador do Direito Penal com uma resposta mais ampla ao problema metainterpretativo. O objetivo era, pois, relacionar os propósitos do sistema jurídico-penal – a partir de uma leitura situada no marco teórico do garantismo penal de Luigi Ferrajoli – com o modo como os juízes devem interpretar e aplicar as leis penais. A chave para o desenvolvimento da pesquisa foi a compreensão de que os propósitos do sistema penal fornecem critérios normativos que podem ser utilizados para avaliar qual abordagem interpretativa se ajusta melhor ao projeto garantista de Direito Penal. Uma vez destacados esses critérios, basta situá-los na estrutura básica de um modelo normativo de interpretação da lei penal, apto a controlar a atividade judicial de justificação interpretativa. O trabalho sustentou, portanto, que é possível transformar os critérios normativos auferidos pela análise dos propósitos do sistema jurídico-penal em garantias e regras interpretativas, destinadas a restringir os argumentos interpretativos admissíveis na aplicação do Direito Penal. O modelo normativo sugerido neste trabalho não se fixou em uma abordagem de cunho meramente metodológico, por considerar inútil uma concepção cientificista de método que pretenda controlar a compreensão textual. O enfoque recaiu, antes, sobre uma concepção discursiva que versa sobre a justificação de juízos interpretativos, na qual os participantes do discurso apresentam argumentos interpretativos para justificar determinada atribuição de significado ao texto legal. Incumbe, portanto, a uma doutrina normativa da interpretação do Direito Penal explicitar as regras que devem ser observadas para que a justificação interpretativa possa ser responsiva aos propósitos do sistema jurídico-penal.

Palavras-chave: Interpretação da lei penal. Legalidade penal. Justificação interpretativa. Discurso jurídico. Garantias interpretativas. Garantismo penal. Positivismo jurídico.

Abstract

This study deals with the interpretation of criminal law from a normative perspective. The act of interpreting and applying criminal law has limitations deriving from determinations that the guarantee of legality attributes to the language of legal writings. The observance of these limitations is a necessary condition for the achievement of the paradigm of lawfully limited power. Based on bibliographical research, this study considers the restrictions imposed by the constitutional rule of legality on the enforcer of criminal law, with a broader response to the meta-interpretative problem. Therefore, the aim was to link the purposes of the criminal justice system—building on readings from Luigi Ferrajoli’s theoretical framework—to the way judges should interpret and apply criminal laws. The key to this research was understanding that the purposes of the criminal justice system provide normative criteria for assessing which interpretive approach best fits a liberal and democratic project of criminal justice. Once highlighted, these criteria are to be placed within the basic structure of a normative model of criminal law interpretation suitable to control the judicial activity of interpretative justification. This study thus concludes that the normative criteria gathered from an analysis of the criminal justice system’s purpose can be transformed into guarantees and interpretative rules, intended to restrict the admissible interpretative arguments in the application of criminal law. The normative model suggested in this study was not narrowed to a purely methodological approach as a scientific conception aimed to control textual understanding was considered useless. The focus was rather on a discursive conception that deals with the justification of interpretative judgments, in which participants present interpretative arguments to justify a certain meaning to the legal text. A normative doctrine of criminal law interpretation is then entrusted to spell out the rules to be observed so that the interpretative justification can be responsive to the purposes of the criminal justice system.

Keywords: Interpretation of criminal law. Criminal law. Interpretative justification. Legal discourse. Interpretative guarantees. Criminal *garantismo*. Legal positivism.

Résumé

Cette étude porte sur l'interprétation du droit pénal à partir d'une perspective normative. L'activité d'interprétation et d'application du droit pénal possède quelques limites que découlent des buts que la garantie pénale de la légalité attribue au langage des textes légaux et l'observation de ces limites est condition nécessaire pour la concrétisation du paradigme garantiste du pouvoir juridiquement limité. À partir d'une recherche bibliographique ce travail a réfléchi à comment articuler les restrictions que la norme constitutionnel de la légalité impose à l'applicateur du droit pénal avec une réponse plus large au problème méta interprétatif. Le but a été, donc, de relationner les buts du système juridique pénal – à partir d'une lecture située dans le cadre théorique du garantisme penal de Luigi Ferrajoli – aux façons dont les juges doivent interpréter et appliquer les lois pénales. La clé du développement de la recherche a été de comprendre que les buts du système pénal fournissent des critères normatifs qui peuvent être utilisés a fin d'évaluer quel approche interprétative s'adapte le mieux au projet garantiste de droit pénal. Après avoir mis en evidence ces critères, il faut les situer dans la structure basique d'un modèle normatif d'interprétation de la loi pénale, pour qu'il soit apte à contrôler l'activité judiciaire de justification interprétative. Ainsi ce travail a soutenu la possibilité de transformer les critères normatifs obtenus à travers l'analyse des buts du système juridique pénal en garanties et règles interprétatives, destinées à restreindre les arguments interprétatifs admissibles dans l'application du droit pénal. Le modèle normatif suggéré dans ce travail ne s'est pas fixé dans une approche purement méthodologique pour considérer inutile une conception scientifique qui propose une méthode où la compréhension textuelle est contrôlée. En revanche, l'approche s'est portée sur une conception discursive qui se dirige vers la justification des jugements interprétatifs, dans laquelle les participants du discours présentent des arguments interprétatifs pour justifier une attribution de signification au texte légal. Il incombe donc à une doctrine normative de l'interprétation du droit pénal d'explicitier les règles qui doivent être observées pour que la justification interprétative puisse être responsive aux buts du système juridique pénal.

Mots clés : Interprétation de la loi pénale. Légalité pénale. Justification interprétative. Discours juridique. Garanties interprétatives. Garantisme pénal. Positivisme juridique.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A QUESTÃO METODOLÓGICA: O GARANTISMO PENAL ENTRE FILOSOFIA POLÍTICA E POSITIVISMO JURÍDICO	27
2.1 Considerações iniciais.....	27
2.2 A questão metodológica: o garantismo penal entre normatividade e descritividade	32
2.3 O método do garantismo penal.....	35
2.3.1 Tese metacientífica da separação.....	38
2.3.2 Tese metalógica da separação.....	39
2.3.3 Tese científica da separação	41
2.4 O núcleo normativo do garantismo penal.....	43
2.4.1 Uma doutrina liberal do Direito Penal	43
2.4.2 O propósito geral do direito.....	48
2.4.3 Os propósitos específicos do Direito Penal	55
2.4.4 Garantismo, constitucionalismo rígido e democracia	67
2.5 Conclusão parcial	76
3 O NOVO POSITIVISMO JURÍDICO	79
3.1 A tradição juspositivista	79
3.1.1 O caráter instrumental do direito.....	80
3.1.2 A tese da separação	82
3.1.3 A tese social	85
3.1.4 A tese dos limites do direito	86
3.2 Breves considerações sobre o positivismo jurídico hartiano	87
3.3 Positivismo jurídico exclusivo e inclusivo.....	94
3.3.1 Primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico.....	96
3.3.2 A resposta do positivismo jurídico inclusivo.....	105
3.3.3 A resposta do positivismo jurídico exclusivo	113
3.4 Positivismo jurídico descritivo e normativo	127
3.4.1 Críticas à pretensão descritivista.....	129
3.4.2 A resistência do positivismo jurídico descritivo	150
3.4.3 As vertentes normativas do positivismo jurídico contemporâneo	154
4 A RELAÇÃO ENTRE PROPÓSITO POLÍTICO E MÉTODO JUSPOSITIVISTA NO GARANTISMO: POR UMA SUPERAÇÃO DA TENSÃO	169
4.1. Por que o positivismo jurídico?	170
4.1.1 Avaliação funcional das teorias do direito	171
4.1.2 Positivismo jurídico e o modelo garantista de jurisdição penal	188
4.2 Garantismo e positivismo jurídico descritivo: aproximação e limites	192
4.2.1 Legado kelseniano?	192
4.2.2 Os limites da separação ferrajoliana	194
4.2.3 A pressão do modelo garantista de Direito Penal sobre a interpretação	196
4.3 Garantismo e positivismo jurídico normativo	199

4.3.1 <i>Defesa do Estado constitucional e democrático de direito</i>	200
4.3.2 <i>A crítica do postulado da não-valoração</i>	201
4.4 Propósito e método: o positivismo normativo como base metodológica do garantismo penal	206
5 OS PROPÓSITOS DO DIREITO E A ORIENTAÇÃO NORMATIVA DA INTERPRETAÇÃO: O PROBLEMA METAINTERPRETATIVO	214
5.1 O projeto de contenção do poder pela linguagem jurídica e suas limitações interpretativas	215
5.2 Discrecionabilidade metodológica (o problema metainterpretativo)	222
5.3 Kelsen e o problema metainterpretativo: o intérprete juridicamente desamparado	236
5.3.1 <i>Interpretação e aplicação do direito em Hans Kelsen</i>	237
5.3.2 <i>A discrecionabilidade judicial e o problema metainterpretativo em Hans Kelsen</i>	251
5.3.3 <i>Os limites da solução kelseniana ao problema metainterpretativo</i>	256
5.4 Interpretação jurídica juridicamente orientada: a proposta de Scott J. Shapiro	260
5.4.1 <i>A teoria do direito como planeamento de Scott Shapiro</i>	262
5.4.2 <i>Por uma interpretação do direito juridicamente orientada</i>	268
5.4.3 <i>A conexão entre o propósito moral do sistema jurídico e a teoria da economia da confiança de Scott Shapiro</i>	272
6 A GARANTIA DA LEGALIDADE E OS PROPÓSITOS DO SISTEMA PENAL	279
6.1 Fundamentos da garantia da legalidade penal e as funções do Direito Penal	280
6.1.1 <i>Fundamentos jurídico-penais da legalidade</i>	283
6.1.2 <i>Os fundamentos políticos da legalidade penal</i>	285
6.2 O conteúdo normativo da legalidade e a distribuição constitucional de papéis	293
6.2.1 <i>Reserva legal</i>	295
6.2.2 <i>Proibição de elaboração de leis penais imprecisas</i>	299
6.2.3 <i>Proibição de retroatividade da lei penal</i>	306
6.2.4 <i>Proibição da analogia</i>	310
6.2.5 <i>O balanço final do nível de confiança da magistratura no processo de criminalização</i>	317
6.3 A garantia penal da legalidade como fundamento primeiro do Direito Penal	319
6.3.1 <i>Legalidade penal vs. legalidade geral</i>	320
6.3.2 <i>Infiltração da legalidade na teoria do crime</i>	323
6.3.3 <i>Brevíssima síntese</i>	328
6.4 As respostas da ilustração penal	329
6.4.1 <i>Boas leis penais</i>	330
6.4.2 <i>Proibição de interpretar</i>	334
7 PROPOSTA DE UMA TEORIA GARANTISTA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL	342
7.1. Considerações preliminares	343
7.1.1 <i>O problema metainterpretativo em Luigi Ferrajoli</i>	343
7.1.2 <i>Funcionalização da interpretação jurídico penal?</i>	346
7.2 Dois sistemas hermenêuticos: a delimitação do objeto de uma doutrina garantista da interpretação da lei penal	351
7.3 Limites e possibilidades de uma doutrina garantista da interpretação e da aplicação jurídico-penal	354
7.3.1 <i>Hermenêutica e método</i>	354

7.3.2 <i>Interpretação e discurso</i>	361
7.4 Garantias interpretativas e o discurso de justificação da aplicação/interpretação do Direito Penal	366
7.4.1 <i>Garantia da textualidade</i>	368
7.4.2 <i>A garantia dos limites semânticos da linguagem legal</i>	371
7.4.3 <i>Indicações normativas para uma concepção (operacional) de sentido literal</i>	381
6.4.4 <i>Controle da comparação de casos (in dubio pro reo em matéria interpretativa)</i>	393
6.4.5 <i>O controle das variações semânticas (regra de estabilidade lexical)</i>	403
8 CONCLUSÃO	410
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	418

1 INTRODUÇÃO

A interpretação, fenômeno tão intimamente humano, constitui objeto de reflexão teórica ao menos desde Aristóteles.¹ E a essa longevidade associa-se ainda a sua enorme abrangência: trata-se de um fenômeno que atravessa os âmbitos da filosofia, das artes, das religiões, das ciências, do direito, da vida cotidiana. A experiência interpretativa acontece em toda parte. Interpretam-se índices de criminalidade, as intervenções de um interlocutor durante o diálogo, os estudos de Villa-Lobos para o violão, a Bíblia, Dom Casmurro, a Lei de Improbidade Administrativa. Interpreta-se a própria interpretação.

E justamente porque as atividades que comumente denominamos “interpretação” são tão diversas, o sentido atribuído a essa palavra não pode ser unívoco.² Ao interpretar uma peça teatral, o ator não faz exatamente o mesmo que o cientista que interpreta os dados de um experimento; do mesmo modo que um médico que interpreta determinados sintomas para chegar a um diagnóstico não realiza exatamente a mesma atividade que um jurista que interpreta um tipo penal. Há algo fundamentalmente diverso em todos esses usos do termo “interpretação”.

Na Antiguidade Clássica, o verbo grego *hermêneuein* (*interpretar*) já assumia três sentidos bem demarcados. Conforme o contexto de utilização, *hermêneuein* poderia assumir o sentido de “dizer”, de “explicar” e de “traduzir”.³

No sentido de *dizer* ou *expressar*, *hermêneuein* consistia na atividade de dizer em voz alta ou de anunciar.⁴ Esse sentido originário de “interpretação” continua a ser empregado no âmbito artístico nos dias de hoje, consistindo em um *modo de expressar* aquilo que é interpretado. O intérprete compreende o objeto interpretado e o exprime de

¹ Possivelmente a preocupação com a interpretação é anterior a Aristóteles. Sua menção no texto se deve não apenas à importância do filósofo para a cultura toda a cultura ocidental, como também ao fato de ter deixado um escrito especificamente sobre o tema, o “Da interpretação”. O texto de Aristóteles é mencionado por PALMER, Richard E. **Heremênutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 23.

² Guastini observa que “el vocablo ‘interpretación’ se usa en los más variados contextos para referirse a actividades que tienen poco o nada en común” (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 21).

³ PALMER, Richard E. **Heremênutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 24-25.

⁴ Palmer explica que além do sentido destacado no texto – interpretação como *modo* ou ao *estilo* com que algo se exprime na fala (interpretação como *forma de expressão*) – há ainda um segundo sentido do dizer interpretativo ligado à ideia essencialmente teológica de anúncio da mensagem divina – quando a palavra *hermeneuein* refere-se à “função anunciadora de Hermes” (PALMER, Richard E. **Heremênutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 25 e ss.). Especialmente no primeiro caso, o que está em jogo é a maior vivacidade da linguagem oral – e eu acrescentaria aqui qualquer “linguagem” sonora, como a música – quando comparada com o seu registro escrito (PALMER, Richard E. **Heremênutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 26-30).

uma determinada maneira, com um determinado estilo.⁵ Fala-se, assim, na interpretação daquele que declama um poema, que canta uma canção, que executa uma peça ao violino ou que atua em uma peça teatral.

O sentido de *traduzir* – mais diretamente ligado à relação da palavra *hermêneuein* com o deus grego Hermes⁶ – perdeu-se com o tempo. A atividade de verter o texto de uma língua para outra passou a ser indicada pelo termo “tradução”, que se autonomizou em relação ao vocábulo “interpretação”.⁷

Por fim, sentido de “interpretação” como *explicação* é aquele que mais possibilidades proporcionam para a interpretação jurídica, embora não se restrinja a interpretação textual. Em diversos âmbitos da atividade humana, interpretamos (“explicamos”) não apenas o sentido e a referência de textos, mas também o sentido de comportamentos e de eventos.⁸

Por isso, a palavra interpretar como “explicar”, nas diversas situações de sua utilização, aparece com sentidos diversos. Quando se interpreta/explica um ato ou comportamento humano, pode-se fazê-lo de maneiras diferentes: pode-se pretender, por exemplo, atribuir a alguém, a partir de elementos contextuais, um determinado estado anímico – como ocorre frequentemente na justiça criminal com a atribuição de dolo ou culpa – ou pretender simplesmente avaliar o sentido do gesto ou da fala de alguém em determinado contexto de interação intersubjetiva.

Por outro lado, a interpretação/explicação de eventos envolve comumente a busca de relações entre dois fatos ou conjunto de fatos.⁹ É o caso do médico que busca a relação

⁵ É o que Palmer aponta como o caráter dúplice da interpretação, isto é, é necessário compreender para exprimir. Mas esses “momentos” não são cronológicos, circulares. Segundo o autor, “a interpretação oral tem duas vertentes: é necessário compreender algo para o podermos exprimir e, no entanto, a própria compreensão vem a partir de uma leitura-expressão interpretativa” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 27).

⁶ Acredita-se que há uma relação entre o termo “hermenêutica” na Grécia Antiga e o deus Hermes, que tornava a mensagem dos deuses humanamente compreensível (HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: (hermenêutica da faticidade). Tradução de Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 15; PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 24).

⁷ Isso não significa negar a proximidade ou interrelação entre o *interpretar* e o *traduzir*. O processo de tradução envolve inúmeras experiências e movimentos interpretativos e há inúmeras analogias e aproximações entre os dois fenômenos. Palmer o coloca da seguinte forma: “a tradução é uma forma especial do processo básico interpretativo de tornar compreensível. Neste caso, tornamos compreensível o que é estrangeiro, estranho ou ininteligível, utilizando como *medium* a nossa própria língua. Tal como o deus Hermes, o tradutor é um mediador entre um mundo e outro” (PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 37).

⁸ Nesse sentido, GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 23-24.

⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 24.

entre determinados sintomas e a sua causa (doença), bem como a interpretação histórica e a sociológica que procura relações de causalidade e de correlação entre eventos históricos e fatos sociais, respectivamente.

No tocante à interpretação textual, a explicação envolve uma fusão dos horizontes do texto e do intérprete (compreensão) que habilita este último a enunciar o sentido do texto de outro modo ou a aplicá-lo a determinado caso ou contexto. Trata-se de um tipo de interpretação/explicação, que abrange textos das mais variadas espécies (científicos, literários, religiosos e jurídicos) e que procura desvelar o seu sentido e referência.¹⁰

Entretanto, a interpretação do direito – e, mais especialmente, do Direito Penal – possui relevantes peculiaridades em relação ao universo dos textos passíveis de interpretação. Os textos do direito constituem diretivas da autoridade jurídica e a interpretação dessas diretivas devem obedecer a regras próprias de justificação discursiva em atenção aos propósitos que elas desempenham – ou devem desempenhar – no sistema penal.

O Direito Penal contemporâneo formou-se em torno da promessa – decorrente da concepção de Estado de Direito – de que a linguagem dos textos jurídicos autoritativos poderia conter e racionalizar o poder punitivo estatal. Em uma palavra, o Direito Penal hodierno formou-se em torno da noção iluminista de legalidade e do postulado de submissão dos juízes à lei.

Mas para que os textos legais possam desempenhar a nobre função que lhe é atribuída, não se pode perder de vista a receita do pensamento penal iluminista, composta por dois ingredientes: (i) em primeiro lugar, o legislador deve produzir boas leis penais, uma vez que leis imprecisas não conseguem limitar adequadamente o poder estatal; (ii) além disso, a liberdade atribuída ao aplicador do Direito Penal para interpretá-lo também deve encontrar algum limite, para que não se transforme em pretexto para a fuga dos limites linguísticos.

É sobre esse segundo ponto que versa esta tese. As diferentes abordagens interpretativas que estão disponíveis ao intérprete abrem para ele muitas maneiras de contornar os limites semânticos da linguagem legal. Este trabalho versa, portanto, sobre

¹⁰ É interessante observar que no âmbito da hermenêutica filosófica, Gadamer sustentou uma concepção mais ampla de hermenêutica capaz de abranger, em princípio, todas os objetos de interpretação referidos acima (já que todos eles demandam “compreensão”), ao passo que Paul Ricoeur defendeu uma concepção mais restritiva, pensando a hermenêutica como compreensão de textos.

métodos de interpretação e, sobretudo, sobre a justificação de juízos interpretativos no âmbito do Direito Penal.

Em *O Império do Direito*, Dworkin destacou que os participantes da prática jurídica comumente divergem sobre como deve ser interpretado o material jurídico autoritativo pertinente ao caso.¹¹ Da constatação da existência de um amplo dissenso sobre a metodologia adequada para a interpretação do direito, Shapiro destacou-se aquilo que passou a chamar de *problema metainterpretativo*.¹²

Trata-se, resumidamente, de saber como os juízes *devem* interpretar o direito. A resposta ao problema metainterpretativo envolve, portanto, um debate normativo sobre quais devem ser os critérios definidores da metodologia adequada para a interpretação jurídica. Além disso, a resolução do problema é um passo necessário para que os propósitos subjacentes ao sistema jurídico sejam alcançados – especialmente no âmbito dos sistemas jurídico-penais cujos propósitos exigem maior atenção em relação à atividade do intérprete-aplicador do direito.

O garantismo penal hodierno, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, é um herdeiro da tradição iluminista e, como tal, tem em plenas condições de oferecer uma resposta, a partir de um debate normativo, ao problema metainterpretativo. Mas, antes, será necessário passar por uma questão metodológica preliminar: quando Ferrajoli atualizou o pensamento penal iluminista e sistematizou a sua teoria garantista do Direito Penal, ele estabeleceu uma difícil e delicada relação entre *garantismo penal* e *positivismo jurídico*.

A proposta de Ferrajoli envolve uma releitura sistematizante dos paradigmas normativos da tradição penal ilustrada com base em instrumentos metodológicos fornecidos por uma teoria positivista do direito. É dizer, o desafio de Ferrajoli era sobrepor, harmoniosamente, duas tradições jurídicas bastante distintas.

Enquanto teoria neoiluminista do direito – isto é, enquanto teoria que se insere em uma tradição iniciada com o pensamento penal ilustrado –, o garantismo penal é uma *concepção normativa* em diversos aspectos.

Dentre as muitas contribuições do Iluminismo para o pensamento jurídico, destacam-se as reflexões (valorativas) sobre o sentido do Estado do Direito, da democracia e sobre o papel que o direito deve desempenhar em relação aos poderes

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹² SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

políticos e sociais. Trata-se, pois, de uma fonte quase inesgotável de padrões ou constructos deontológicos fundados em argumentos de moralidade política.

No âmbito especificamente penal, o Iluminismo foi responsável pela formulação linguística e por uma defesa política veemente dos principais vetores normativos que compõem o núcleo duro do atual modelo de Direito Penal liberal e democrático. Tais vetores – que formam os axiomas que dão sustentação ao modelo garantista de Direito Penal – estão hoje incorporados, em maior ou menor extensão, nas cartas constitucionais de diversos países e são reconhecidos pela dogmática como princípios reitores do Direito Penal.

Contudo, nem mesmo a positivação constitucional dos princípios penais e o seu amplo reconhecimento dogmático são suficientes para afastar o fato de que, em alguns casos, a exata compreensão e delimitação desses axiomas costuma requerer alguma reflexão sobre os valores de moralidade política que estão em sua base de sustentação. Além disso, a positivação constitucional incita, obviamente, uma reflexão sobre o modo com que esses princípios valorativamente carregados influenciam – ou deveriam influenciar – a interpretação da lei penal.

O problema é que a tradição juspositivista – ao menos em sua vertente descritiva dominante – sabidamente rejeita a ideia de que o uso de argumentos de moralidade política possa ser uma condição necessária para a determinação daquilo que o direito é. O projeto positivista de teoria do direito envolve, portanto, a distinção entre uma operação analítica de identificação do *ser* do direito e uma abordagem valorativa que consiste em indicar como o direito *deveria ser* à luz de argumentos de moralidade política.

Historicamente, inclusive, o positivismo jurídico se opôs a algumas premissas fundamentais do pensamento ilustrado. Já em seu nascedouro, o positivismo se coloca, sobretudo, como uma doutrina negativa, cuja principal pretensão teórica era justamente a rejeição da juridicidade daqueles padrões normativos compreendidos pelos iluministas como produtos do direito natural.

Porém, mais importante do que essa divergência inaugural, é o fato de que o positivismo jurídico passou a se reconhecer como uma teoria do direito descritiva e moralmente neutra.¹³ O positivismo se coloca como um tipo de abordagem que procura

¹³ A expressão utilizada é uma referência ao importante trabalho de Marmor (MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006).

descrever o direito enquanto instituição social e determinar o seu conteúdo sem qualquer recurso a juízos morais.

Uma concepção positivista de direito pode reconhecer, sem problemas, a juridicidade dos princípios penais que se encontram positivados nos textos constitucionais contemporâneos. Não obstante, pode ter alguma dificuldade em reconhecer a existência de princípios jurídicos implícitos – a depender dos critérios utilizados para a sua identificação – e muita dificuldade para aceitar que a determinação do conteúdo desses princípios possa depender de argumentos de moralidade política.

Ferrajoli sabe bem disso. Ele não pretende negar o caráter normativo da tradição garantista, e é bem consciente da dificuldade de assimilar teoricamente esse núcleo normativo do garantismo com o marco metodológico do positivismo jurídico. Por essa razão, procurou obviar essa dificuldade por meio de um inteligente artifício teórico: a distinção de significados que podem ser atribuídos à palavra “garantismo”.

Ferrajoli distinguiu três sentidos com os quais o termo pode ser empregado pelos teóricos do direito: a palavra “garantismo” pode significar, segundo o autor, (i) uma filosofia política; (ii) uma teoria do direito; e (iii) um modelo normativo de direito.¹⁴

Foi essa distinção analítica que permitiu a Ferrajoli sustentar que as abordagens descritiva e normativa situam-se em níveis discursivos diversos: enquanto a abordagem valorativa e crítica do direito, típica da tradição iluminista, situa-se no âmbito do que ele denominou de “filosofia política garantista”; o discurso interno ao direito, representativo de uma abordagem descritiva daquilo que o direito é, encontra-se no âmbito da sua “teoria jurídica garantista”.

Com esse expediente, Ferrajoli consegue “isolar”, de um lado, as reflexões de filosofia política normativamente carregadas e, de outro, o raciocínio moralmente desengajado de determinação daquilo que o direito é. A não interferência da abordagem política no nível jurídico é assegurada pela tese da distinção entre o “ponto de vista interno” (da juridicidade) e o “ponto de vista externo” (da moralidade política), de modo que esse último só pode se prestar a uma crítica moral externa ao direito (sem compor portanto, o juízo de juridicidade).¹⁵

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 785-822.

¹⁵ Como ficará claro ao longo do trabalho, Ferrajoli utiliza a expressão “ponto de vista interno” de forma totalmente diversa do sentido com que essa expressão aparece na filosofia jurídica de Hart.

Não obstante, a solução apresentada por Ferrajoli não é imune a críticas. É discutível se uma rigorosa e completa separação entre esses dois pontos de vista é, de fato, possível ou mesmo interessante à luz dos propósitos políticos do garantismo penal em tema de aplicação/interpretação do direito.

Como se sabe, o garantismo penal funciona em uma região eminentemente política, já que o teórico garantista procura dar conta das condições para que o poder punitivo estatal se exerça de forma juridicamente legítima. O garantismo reivindica que a responsabilização penal de qualquer pessoa está juridicamente condicionada à observância de uma série de garantias, extraídas dos direitos fundamentais positivados nas Constituições dos Estados de Direito contemporâneos.

Considerando que a responsabilização penal está condicionada, antes de tudo, ao reconhecimento da existência de um crime, o garantismo penal se apresenta, basicamente, como um esquema epistemológico capaz de estabelecer uma relação entre as garantias constitucionais e os diversos pressupostos jurídicos condicionantes tanto da definição abstrata, quanto da identificação concreta do crime. Trata-se, pois, de um esquema teórico destinado a elucidar os limites impostos às decisões estatais em matéria penal, com vistas a resguardar a liberdade do indivíduo diante do poder punitivo.

O problema é que não está totalmente claro o quanto a finalidade política de racionalização e minimização do poder punitivo – inerente à filosofia política garantista – influencia a tarefa descritiva ou elucidativa que é desempenhada pelo teórico garantista do direito. O ponto mais sensível dessa tensão entre normatividade e descritividade encontra-se no âmbito da interpretação da lei penal.

O modo como os juízes interpretam as leis penais para decidir os casos que lhes são submetidos é um dado fundamental para a pretensão garantista de estabelecer limites ao poder punitivo estatal. Portanto, qualquer teoria sensível aos propósitos políticos do garantismo penal deveria ser capaz de fornecer indicações normativas sobre o “método” adequado de interpretação das leis penais.

Uma abordagem desse tipo, contudo, não passaria pelo crivo de um teórico do positivismo jurídico descritivo. Se a interpretação jurídica é parte do processo de determinação do conteúdo do direito, certamente não pode ser orientada por considerações de moralidade política.

Dito de outro modo, o tema “interpretação do Direito Penal” está contido no problema (político) dos limites do processo de criminalização secundária, de tal modo que os limites impostos ao poder estatal são inteiramente dependentes da existência de

limites interpretativos. Admitir uma ampla liberdade interpretativa para os juízes penais implica a derrocada dos elevados propósitos do garantismo penal. A garantia da legalidade – aí incluída a exigência de que o Parlamento elabore leis taxativas – significaria muito pouco, em termos de proteção da liberdade individual, se os juízes pudessem interpretar a lei e determinar o seu conteúdo normativo sem qualquer parâmetro que não a sua própria compreensão do que é justo.

Isso parece indicar que a determinação da metodologia adequada para a interpretação da lei penal precisa ser responsiva aos propósitos atribuídos ao Direito Penal pelo garantismo. É dizer, um teórico comprometido com o garantismo penal precisaria perquirir qual metodologia interpretativa seria mais apta à efetivação dos propósitos garantistas e limitadores do Direito Penal.

Trata-se, porém, de um tipo de questão que levaria o teórico do direito a transigir com certo nível de ingerência política e moral na determinação do direito – algo que o positivismo jurídico descritivo dificilmente estaria disposto a consentir. É que o positivismo descritivo repousaria sobre uma tese falsa se o teórico do direito precisasse recorrer a algo como uma filosofia política garantista para identificar aquilo que o direito é.

Possivelmente por vislumbrar essas dificuldades, Ferrajoli não avançou orientações normativas mais fortes em relação ao problema metainterpretativo. Antes de tudo, o seu compromisso teórico com o positivismo jurídico não é casual nem supérfluo. O garantismo penal de Ferrajoli é uma teoria convencionalista do direito, apoiada sobre a tese da separação entre o direito e a moral, segundo a qual toda análise teórica, em seu respectivo campo de atuação, deve ser metodologicamente orientada pela distinção entre ser e dever ser.

Também não é novidade que a interpretação jurídica tem sido, ao longo dos anos, o “calcanhar de Aquiles” do positivismo jurídico. Por se tratar de uma atividade na qual argumentos de moralidade política costumam assumir relevância, esse tem sido o flanco preferencial de ataque ao positivismo jurídico.

O raciocínio mais frequente seria, grosso modo, o seguinte: (i) se o direito puder ser compreendido como o resultado de processos interpretativos dos textos jurídicos autoritativos (distinção entre texto e norma) e (ii) se constarmos que a interpretação do direito envolve necessariamente considerações de ordem moral (como pretendem alguns autores não-positivistas), (iii) a conclusão inevitável seria que não há lugar para a tese

positivista das fontes, segundo a qual a determinação do conteúdo do direito pode se dar sem recurso à argumentação moral.

Aliás, a própria postura – aparentemente defensiva – que alguns dos principais expoentes do positivismo jurídico assumem em relação ao tema parece ser um sinal das dificuldades a que a sua teorização expõe essa forma de compreensão do fenômeno jurídico.

É conhecida a concepção kelseniana de que a interpretação jurídica está essencialmente relacionada ao problema político (não-jurídico) de criação do direito, em relação ao qual o teórico do direito nada tem a dizer. A interpretação consistiria em um passo necessário no processo de aplicação do direito, que, por seu turno, envolve escolhas valorativas da autoridade designada para a sua aplicação/criação, cujo resultado é a determinação/concretização do direito – ou seja, o estabelecimento de normas jurídicas de nível inferior a partir da moldura estabelecida pelas normas jurídicas de nível superior.¹⁶ Assim, a interpretação é compreendida, basicamente, como uma atividade que, apesar de incidir sobre o material jurídico, é complementemente externa ao direito, por não se tratar, ela própria, de uma atividade juridicamente regulada.

Esse modo de ver as coisas faz também com que alguns teóricos do positivismo jurídico contemporâneo, de modo coerente com a premissa da neutralidade moral, sustentem que a única abordagem que um positivista pode assumir diante do tema interpretação é de cunho meramente descritivo. É dizer, um positivista lança seu olhar para a interpretação jurídica procurando descrever aquilo que de fato acontece quando alguém diz interpretar o direito, sendo-lhe vedado, portanto, pretender orientar o intérprete em seu afazer interpretativo.¹⁷

Não há nenhuma vedação metodológica para que uma teoria da interpretação jurídica opere nesse nível meramente descritivo. Trata-se, inclusive, de um enfoque útil sob variados aspectos. O problema é que esse tipo de abordagem irá contribuir muito pouco para a tarefa de desvelar limites jurídico-normativos impostos à justificação interpretativa.

A questão dos limites da interpretação lança o teórico do direito em um espaço no qual algum nível de valoração é inevitável: ao eleger o objetivo de perquirir quais são

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 387-397.

¹⁷ Nesse sentido, GUASTINI, Riccardo. **Teoría analítica del derecho**: estudios. Tradução de César E. Moreno More. Lima: Zela Grupo Editorial, 2017. p. 37-39.

os limites impostos ao intérprete no momento da aplicação do direito, o teórico do direito estará exposto a difíceis questões de ordem valorativa. Por isso, as abordagens positivistas acima mencionadas, em virtude das premissas metodológicas que assumem, não oferecem – e não pretendem mesmo oferecer – qualquer orientação normativamente relevante para o intérprete do direito.

Não obstante, o garantismo penal, enquanto teoria do direito orientada à exposição sistematizada dos limites impostos ao exercício do poder punitivo estatal, não pode se furtar à discussão sobre os limites interpretativos dos juízos penais. Como qualquer teoria jurídica genuinamente preocupada com os limites do poder estatal, o garantismo penal precisa também enfrentar o problema dos limites normativos da interpretação no processo de aplicação do Direito Penal.

Como base no que foi exposto até aqui, é possível pensar em duas classes de problemas interconectados: (i) um problema preliminar, que trata da tensão entre normatividade e descritividade no interior do marco teórico; e (ii) o problema principal, que versa sobre as possíveis contribuições do garantismo para o problema metainterpretativo.

O problema preliminar pode ser formulado da seguinte maneira: poderia o garantismo penal apresentar soluções normativamente orientadas para problemas de interpretação do Direito Penal sem romper a sua base metodológica juspositivista? Seria possível pensar em uma doutrina garantista da interpretação, que atendesse ao *propósito político* fundamental da tradição garantista de impor limites ao aplicador do Direito Penal, sem trair os *fundamentos metodológicos* assumidos pelo garantismo penal ferrajoliano?

Por seu turno, o problema principal consiste em uma reflexão metainterpretativa, que pode ser elaborada da seguinte forma: quais critérios normativos poderiam ser apresentados, a partir de uma leitura garantista do Direito Penal, como resposta ao problema metainterpretativo? Seria possível, a partir desses critérios, pensar em orientações sobre o modo como os juízes penais *devem* interpretar a lei penal? Quais seriam essas orientações?

A tensão existente no interior do garantismo penal de Ferrajoli – entre propósito político e fundamentos metodológicos – só poderá ser acomodada a partir de um diálogo mais próximo com a teoria do direito contemporânea, especialmente no que concerne ao desenvolvimento pós-hartiano do positivismo jurídico. Esse diálogo, lamentavelmente, não se encontra na riquíssima obra de Ferrajoli.

A publicação de “O conceito de direito” de Hart, na década de 60, suscitou um longo debate entre os teóricos do direito em torno da formulação de positivismo jurídico ali elaborada.¹⁸ Para dar conta das sugestões e críticas que a formulação hartiana recebeu ao longo dos anos, o positivismo jurídico se desenvolveu e se diversificou. Certo é que há hoje diferentes versões do positivismo jurídico, cada qual interpretando de modo diferente a tese da separação entre o direito e a moral.

Logo, a primeira tarefa que uma resposta ao problema proposto requer é a identificação de *qual* positivismo jurídico melhor se adequa ao garantismo penal, vale dizer, será preciso inicialmente esclarecer com qual vertente do positivismo jurídico o garantismo dialoga. Para os propósitos aqui destacados, a versão juspositivista escolhida deve ser capaz de acolher algum nível de considerações de ordem normativa sem, contudo, comprometer a essência da tese da separação (ao menos no que diz respeito aos participantes da prática jurídica).

Obviamente, por se tratar de uma interpretação genuína da tradição penal liberal e de seus propósitos jurídico-políticos, o garantismo penal está dotado de arcabouço teórico suficiente para avançar premissas normativas no âmbito da interpretação da lei penal. A única limitação para tanto resulta de suas próprias eleições metodológicas no âmbito da teoria do direito.

Assim, se fosse possível isolar a dimensão político-filosófica do garantismo penal – abstraindo de seu sustentáculo juspositivista –, não seria difícil formular uma concepção normativa sobre a interpretação do Direito Penal ao estilo dworkiniano. Começaríamos com uma explicitação dos propósitos (político-morais) que o garantismo penal atribui à prática jurídica; em seguida, argumentaríamos que esses propósitos não apenas se ajustam, como também justificam moralmente a prática punitiva nos Estados constitucionais de Direito; para, a partir daí, extrair orientações interpretativas normativamente relevantes para a tomada de decisão do juiz penal à luz desse propósito.

Por que, então, devemos insistir nessa difícil escolha de Ferrajoli? Não poderia ele ter se equivocado ao eleger o positivismo jurídico como base metodológica do garantismo penal? Não seria mais vantajoso para os propósitos do garantismo trilhar em direção a uma concepção de direito como integridade?

O problema é que uma leitura desse viés não seria apenas uma leitura teoricamente irresponsável, ao mutilar parte substancial da base teórica que dá

¹⁸ A primeira edição da obra foi publicada em 1961 (HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994).

sustentação ao garantismo penal contemporâneo e trair seu núcleo metodológico. Essa leitura também falharia drasticamente na tarefa de extrair orientações normativas para o intérprete a partir do propósito político-moral atribuído à prática penal. Como espero demonstrar ao longo desse trabalho, não há nada mais distante do modelo de justificação das decisões jurisdicionais proposto por Ferrajoli do que a imagem de um juiz Hércules, “a versão ‘laica-light’ do Pontífice”.¹⁹

Em síntese, a hipótese que se assume neste trabalho é que, com a retirada de algumas pedras do caminho, torna-se possível um profícuo diálogo entre o positivismo jurídico e uma concepção garantista de direito no que concerne à interpretação do Direito Penal legislado. Mais do que isso: o positivismo jurídico não pode ser compreendido como uma orientação metodológica descolada do propósito político-moral do garantismo penal: *o positivismo jurídico é, antes, um componente essencial do propósito garantista de limitação da decisão judicial no âmbito penal. A tese social (social thesis), compreendida como orientação metodológica aos participantes da prática jurídica, integra o propósito garantista de impor limites ao poder punitivo do Estado.*

Mas, para que essa afirmação possa fazer sentido, será preciso limpar o caminho metodológico do garantismo penal, resolvendo a mencionada tensão entre normatividade garantista e descritividade juspositivista, por meio de um esclarecimento dos níveis e momentos em operam um e outro elemento.

Ultrapassada essa questão preliminar, uma concepção garantista de Direito Penal estará em condições de oferecer uma resposta ao problema metainterpretativo que esteja conectada com sua leitura (normativa) dos propósitos do sistema penal. O modo como os juízes interpretam a lei penal poderá ser avaliado à luz de sua maior ou menor capacidade de implementar os propósitos garantistas do sistema.

Nesse momento, será importante a consideração de Shapiro sobre o que poderia ser uma resposta juspositivista ao problema metainterpretativo: a atribuições de propósitos ao sistema jurídico não pode ser uma reflexão de moralidade política livre ao estilo dworkiniano. Os propósitos precisam ser extraídos do modo como os elaboradores do sistema o conceberam e o estruturaram em termos de fontes sociais. Em uma palavra, os propósitos do sistema jurídico devem estar ancorados nas fontes do direito.

No âmbito penal, isso nos levará direto para a relevância da garantia penal da legalidade no tocante à definição dos propósitos do sistema jurídico-penal brasileiro.

¹⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

Trata-se de uma norma constitucional que: (i) impõe diretamente limitações à atividade de interpretação e aplicação do Direito Penal; (ii) distribui as atribuições ou funções criminalizantes entre os diversos agentes estatais (poderes constituídos); (iii) revelam os propósitos da lei penal e, com isso, os propósitos gerais do próprio sistema jurídico-penal.

Orientados por esses propósitos, será possível pensar em garantias e regras interpretativas que devem ter lugar no processo discursivo de justificação dos enunciados interpretativos no âmbito do Direito Penal. Trata-se de refletir sobre um modelo normativo de justificação da interpretação da lei penal, capaz de distinguir justificações juridicamente admissíveis e inadmissíveis.

O objetivo geral desta tese consiste em preparar o caminho metodológico e formular uma proposta para a elaboração de uma doutrina garantista da interpretação da lei penal. Sua pretensão se exaure, pois, com o fornecimento dos subsídios teóricos necessários para o desenvolvimento de uma hermenêutica garantista do Direito Penal que tenha por objeto a questão de *como* os juízes penais *devem* interpretar a lei penal.

Apesar de despreziosa, a pesquisa é relevante, já que a injustificável ausência do garantismo penal em relação ao tema parece remontar às dificuldades metodológicas mencionadas. Se o modo como os juízes interpretam as leis penais é fator determinante para *status libertatis* do jurisdicionado, uma concepção garantista do direito precisa enfrentar o problema dos limites interpretativos dos juízes penais.

Com isso em mente, traça-se o seguinte planejamento estrutural dos capítulos. Os capítulos dois a quatro versam sobre o problema preliminar da tensão interna entre o núcleo normativo do garantismo e sua base metodológica juspositivista. Os capítulos cinco a sete tratam do problema metainterpretativo no Direito Penal, procurando oferecer, ao final, critérios normativos sobre como os juízes devem interpretar as leis penais.

O segundo capítulo desta tese destina-se a sintetizar o garantismo penal, com o fim de explicitar os principais compromissos teóricos por ele assumidos. Importa compreender especialmente que o garantismo é composto por uma reflexão de moralidade política (filosofia política garantista) e por um modo de abordar o direito que é metodologicamente orientado pelo positivismo jurídico (teoria jurídica garantista). O enfoque irá recair sobre o arranjo teórico proposto por Ferrajoli para lidar com essa tensão entre a valorização de determinados propósitos políticos e o compromisso metodológico com um positivismo jurídico.

No terceiro capítulo, a atenção recairá sobre o positivismo jurídico. Por se tratar de uma tradição jurídica com cerca de dois séculos de existência, a exposição procurará

destacar os principais postulados do positivismo jurídico, com especial ênfase para o desenvolvimento do positivismo após o debate Hart-Dworkin – o “novo positivismo jurídico”. Nesse sentido, será necessário expor a orientação teórica dos principais vetores do positivismo jurídico contemporâneo, a saber, o positivismo jurídico exclusivo ou duro, o positivismo jurídico inclusivo ou brando, o positivismo jurídico descritivo ou analítico e o positivismo jurídico ético ou normativo.

Após essa revisão de literatura, será possível apontar os caminhos para um diálogo harmônico entre garantismo penal e positivismo jurídico. O quarto capítulo pretende indicar os caminhos para a superação da tensão entre os propósitos políticos do garantismo e a metodologia juspositivista. A bem da verdade, uma vez ajustado o foco, será possível perceber que, antes de implicar uma tensão, a relação entre o positivismo jurídico e os propósitos políticos do garantismo constitui uma perfeita união, no sentido de que o primeiro pode ser compreendido como meio para a implementação dos propósitos do segundo.

No quinto capítulo, ingressa-se no problema metainterpretativo, discutindo como as diversas abordagens metodológicas existentes ampliam o poder de liberdade decisória dos juízes em matéria de interpretação e aplicação do direito. Procura-se dar conta também de quais são as possibilidades de uma resposta ao problema no marco de uma teoria positivista do direito.

O sexto capítulo trata da garantia penal da legalidade como fonte fundamental de extração dos propósitos dos sistemas jurídicos penais. A legalidade penal estabelece funções específicas para a lei penal e seu conteúdo normativo exerce influência direta na interpretação e na aplicação do Direito Penal. Além disso, ao distribuir a competência entre os poderes constituídos para a criação dos crimes e das penas, a garantia penal da legalidade constitui um critério decisivo para a resolução de problemas metainterpretativos no âmbito penal.

Por fim, o sétimo capítulo deste trabalho destina-se a uma reflexão sobre os caminhos que poderiam ser seguidos, no marco de uma concepção garantista de Direito Penal, para enfrentar o problema de qual postura interpretativa seria a mais adequada aos propósitos do Direito Penal. Em razão de considerações advindas da crítica hermenêutica ao método, optou-se por uma teoria discursiva, dotada de garantias e regras interpretativas, destinada a limitar os argumentos que podem ser utilizados para justificar um determinado juízo interpretativo.

Mas essas considerações, advirta-se, são ainda muito iniciais. Uma teoria da justificação interpretativa no âmbito penal ainda está por ser elaborada. O capítulo final se limita a propor um esquema metodológico para um modelo normativo que tem algo a dizer sobre como os juízes penais *devem* interpretar a lei penal tendo em vista a leitura garantista dos propósitos do sistema jurídico-penal.

2 A QUESTÃO METODOLÓGICA: O GARANTISMO PENAL ENTRE FILOSOFIA POLÍTICA E POSITIVISMO JURÍDICO

Quando Dworkin fez sua segunda crítica ao positivismo jurídico, ele deixou assentado que os participantes da prática jurídica comumente divergem sobre o modo como se deve interpretar o material jurídico autoritativo aplicável ao caso. Aí se estabeleceu aquilo que Shapiro posteriormente chamou de *problema metainterpretativo*, cuja resolução é um passo necessário para que os propósitos subjacentes ao sistema jurídico possam ser alcançados.²⁰

Antes, contudo, de buscarmos uma resposta para esse problema no marco do garantismo penal, será preciso resolver uma *questão preliminar*: embora esteja orientado por uma forte carga normativa decorrente da tradição política na qual se insere, o garantismo penal é também uma concepção positivista de direito. E o positivismo jurídico, como se sabe, está tradicionalmente comprometido um projeto descritivo, nada tendo a dizer sobre o modo como os juízes *devem* interpretar o material jurídico autoritativo.

Este capítulo inaugural destina-se, pois, a apresentar o problema metodológico da relação entre *normatividade* e *descriptividade* no interior do garantismo penal, problema cuja resolução é uma condição necessária para que se possa avançar considerações ao problema metainterpretativo no marco do garantismo penal.

Assim, após dedicar algumas poucas linhas ao surgimento do garantismo penal contemporâneo, o foco irá passar para a existência de uma tensão interna entre, de um lado, aquele conjunto de valores que compõem a filosofia política garantista (o núcleo normativo do garantismo) e, de outro, a sua base metodológica que remonta ao positivismo jurídico. O objetivo, portanto, é expor a questão metodológica e o modo como Ferrajoli a concebeu.

2.1 Considerações iniciais

O conteúdo teórico do garantismo é, em certo sentido, bem mais antigo do que a palavra utilizada para o designar. A “essência” do garantismo, isto é, o núcleo conceitual

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

daquilo que conhecemos por paradigma garantista é fruto do pensamento penal da Ilustração.²¹ Não obstante, a palavra “garantismo” é significativamente mais recente. Sua primeira ocorrência só foi registrada no século XIX, na língua francesa (“*garantisme*”), com um sentido ainda diverso do atual.²²

Com significado mais próximo ao que hoje lhe é atribuído, o termo “garantismo” apareceu na Itália da primeira metade do século XX, ligado à ideia de proteção da liberdade individual em face do Estado.²³ Mas foi somente a partir das décadas de 60 e 70 que o termo “garantismo” se consolidou na filosofia política italiana e viu seu sentido

²¹ Nesse sentido, IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 34; IPPOLITO, Dario. **Diritti e potere: indagini sull’Illuminismo penale**. Roma: Aracne, 2012, p. 21-38; PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 8; FERRAJOLI, Luigi. **Illuminismo e garantismo: riflessioni a partire da alcuni studi recenti**. **Filosofia política**, v. 27, n. 3, p. 537-542, 2013. Neste último texto, Ferrajoli fala, por exemplo, em “paradigma penal garantista, teorizado pelos iluministas” e em “paradigma garantista inaugurado pelo iluminismo penal” (FERRAJOLI, Luigi. **Illuminismo e garantismo: riflessioni a partire da alcuni studi recenti**. **Filosofia política**, v. 27, n. 3, p. 537-542, 2013, p. 537). No original: paradigma penale garantista, teorizzato dagli illuministi; e paradigma garantista inaugurato dall’illuminismo penale. Mas já na introdução de “Direito e razão” Ferrajoli falava da origem iluminista do garantismo e, sobretudo, do garantismo penal (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 15-22).

²² Esse primeiro registro da palavra foi atribuído a Charles Fourier, principal expoente do chamado *socialismo utópico* francês. Como explicou Ippolito, o socialista francês teria recorrido ao neologismo para designar “um sistema de *segurança social* que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada” (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35, grifei). O garantismo de Fourier nada mais era do que um plano de reformas sociais destinadas a proteger os mais frágeis. Por essa razão, não guarda relação com o aquilo que atualmente se entende por garantismo na teoria do direito (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 54-55). Ao longo do século XIX, o termo continuou a ser utilizado na França de forma muito restrita, como “termo de escola”, especialmente pela literatura de inspiração fourieriana (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 54-55).

²³ O italiano Guido de Ruggiero utilizou o vocábulo “garantismo”, em texto datado de 1925, para designar um sistema de garantias de direitos individuais através da limitação do poder estatal (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 59-60; IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 55-56).

ser fortemente relacionado ao constitucionalismo rígido e à defesa das garantias constitucionais das liberdades fundamentais.²⁴

Até essa época, contudo, a palavra ainda não havia sido incorporada ao léxico das ciências penais. A conotação eminentemente *penal* da palavra “garantismo” começou a ser gestada, por Luigi Ferrajoli, a partir de 1977, no interior de um movimento progressista da magistratura italiana, chamado “Magistratura Democrática” (MD).²⁵

Seu surgimento pode ser encarado como uma resposta teórica ao retrocesso que a Itália vivenciava no final da década de 70 e início dos anos 80 em relação às conquistas culturais e institucionais implementadas pela Constituição italiana de 1948.²⁶ Os setores mais progressistas da cultura jurídica italiana, reagiram a esse retrocesso com a defesa de uma concepção de Direito Penal que sustentava a necessidade da plena observância da legalidade e dos direitos fundamentais.²⁷

²⁴ Segundo Ippolito, na década de 60 houve quem compreendesse o garantismo como o núcleo do constitucionalismo moderno (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 56). Na década de 70, o termo foi registrado, pela primeira vez, em dicionário da língua italiana (*Grande dizionario della lingua italiana* de Salvatore Battaglia) com um duplo significado, assim resumido por Ippolito: “(i) garantismo como dimensão específica do constitucionalismo rígido; (ii) garantismo como teoria normativa do constitucionalismo rígido” (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 56).

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 302-306. Segundo Ferrajoli, no início da década de 90 do século passado o garantismo havia se tornado uma espécie de “cultura oficial” do movimento da Magistratura Democrática (Ibid., p. 300).

²⁶ Ibid., p. 300-302. Essa época foi marcada por uma extraordinária produção de leis penais e processuais penais de emergência como forma de fazer frente ao fenômeno do terrorismo que ocupava a pauta política do período (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 59-60; IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 56-57).

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 302; FERRAJOLI, Luigi. Cos’è il garantismo. **Criminalia: annuario di scienze penalistiche**. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 130. Afirmou o autor, em outro texto: “Foi, com efeito, no âmbito do direito penal onde o garantismo se desenvolveu como teoria e como prática jurídica, em oposição, primeiro, aos contudentes legados da legislação fascista e, depois, às numerosas leis excepcionais e de emergência que terminaram reduzindo, contra os princípios constitucionais, o já frágil sistema de garantias contra o arbítrio punitivo” (FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 347-348).

Ferrajoli, que integrou por muito tempo referido grupo, assim explicou, em uma análise retrospectiva das ideias da Magistratura Democrática, qual foi a motivação político-institucional da formação do garantismo penal:

O garantismo, que então teorizamos dentro e fora de MD [Magistratura Democrática], constituiu uma resposta a esta crise e à involução política e institucional expressada por ela. Foi uma réplica que vinha desde o interior de MD e desde setores de todo minoritários da cultura jurídica [...].²⁸

Desde então, o termo foi incorporado pelas ciências jurídico-penais e tornou-se, no dizer de Ippolito, “o nome da teoria liberal do Direito Penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do ‘direito penal mínimo’”.²⁹ Com isso se concluiu também a guinada semântica do termo “garantismo”: a palavra aparece na Itália com um sentido mais amplo de proteção constitucional dos direitos fundamentais e torna-se, posteriormente, o nome de uma específica teoria do Direito Penal.³⁰

A forma mais densa e refinada da teoria garantista do Direito Penal surgiu em 1989, quando Ferrajoli publica a obra *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*, hoje verdadeiro clássico da literatura jurídico-penal.³¹ Foi com essa obra que o garantismo se assentou como uma teoria sistemática do Direito Penal e se difundiu pelo mundo,

Tradução do autor. Na versão espanhola: Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se ha desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo).

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal.** Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 302. Tradução do autor. Na versão espanhola: el garantismo, que entonces teorizamos dentro y fuera de MD, constituyó una respuesta a esta crisis y a la involución política e institucional expresada por ella. Fue una réplica que vino desde el interior de MD y desde sectores del todo minoritarios de la cultura jurídica [...].

²⁹ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36.

³⁰ Daí a observação de Ippolito no sentido de que a incorporação do termo “garantismo” pelo Direito Penal constituiu “uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orientação progressista, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado” (Ibid., p. 36).

³¹ A obra foi traduzida no Brasil desde 2002 e tem sido constantemente reeditada. Consultamos a quarta edição brasileira: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Em texto escrito em 1993, Mario Jori já tratava a obra de Ferrajoli, publicada cerca de quatro anos antes, como um verdadeiro “clássico” do direito (JORI, Mario. La cigarra y la hormiga. Tradução do italiano de Andrea Catoria. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo: discutiendo con Luigi Ferrajoli.** Bogotá: Temis, 2008, p. 61).

suscitando um longo e profícuo debate.³² Hoje, falar em garantismo nos remete, de modo quase automático, ao trabalho de Luigi Ferrajoli.³³

Mas a mencionada guinada semântica não foi excludente, é dizer, a passagem de um sentido a outro não eliminou o sentido inicial. Nem mesmo na obra de Ferrajoli. Se, por um lado, o autor difundiu o termo garantismo no âmbito do Direito Penal (consagrando a expressão “garantismo penal”), por outro, ele continuou a utilizar o termo “garantismo” desadjetivado, fora do âmbito penal.³⁴ É interessante observar que, embora seja o principal expoente do garantismo penal contemporâneo, Ferrajoli também resgatou, em alguma medida, aquela conotação mais ampla, com a qual o termo “garantismo” havia se consolidado no léxico filosófico-político italiano da década de 60, a saber, de uma doutrina normativa do constitucionalismo rígido, ou, nas palavras de Andrés Ibáñez, como uma “técnica geral de tutela de todos os direitos fundamentais”.³⁵

³² Segundo Ippolito, “a difusão internacional da doutrina jurídico-política desenhada com o termo ‘garantismo’ se liga – como é sabido – à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli” (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36).

³³ Marina Gascón, de fato, afirmou que “na teoria jurídica atual falar do garantismo remete necessariamente à obra de L. Ferrajoli, *Direito e Razão*” (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 21. Tradução do autor. No original: en la teoría jurídica actual hablar del garantismo remite necesariamente a la obra de L. Ferrajoli *Derecho y razón*).

³⁴ Já em *Direito e Razão*, obra de 1989 dedicada à sistematização do garantismo penal, Ferrajoli deixou claro que o termo “garantismo” não se restringia àquele setor do direito. Naquele momento, Ferrajoli já anunciava que os três significados da palavra “garantismo” por ele evidenciados delineavam “os elementos de uma teoria geral do garantismo” que “não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 788). Como afirmou Prieto Sanchís, “é verdade que tem sido precisamente na esfera penal e processual onde o garantismo encontra uma literatura mais ampla e plural, sobretudo na Itália; mas a construção de uma completa teoria do Direito, unida a uma filosofia política da democracia, foi mérito de Ferrajoli, empresa culminada de momento na última de suas obras maiores, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007)” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 19-20. Tradução do autor. No original: Es verdad que ha sido precisamente en la esfera penal y procesal donde el garantismo encuentra una literatura más amplia y plural, sobre todo en Italia, pero la construcción de una completa teoría del Derecho, unida a una filosofía política de la democracia, ha sido mérito de Ferrajoli, empresa culminada de momento en la última de sus obras mayores, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (2007)).

³⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 60. Ibáñez, após explicar que o termo foi largamente utilizado pelo movimento da magistratura democrática italiana no âmbito penal e processual penal – a ponto de o autor falar de uma “raiz penalista original do garantismo” –, assinalou que “tal modo de entender o garantismo, como radicado exclusivamente no penal, não demorou a dar lugar a uma concepção mais complexa e com projeção em outros campos da experiência jurídico-política” (Ibid., p. 60. Tradução do autor. No original: tal modo de entender el garantismo, con radicación exclusiva en lo penal, tardó poco en dar paso a una concepción más compleja y con proyección en otros campos de la experiencia jurídico-política). Prieto

2.2 A questão metodológica: o garantismo penal entre normatividade e descritividade

O problema metodológico que será apresentado neste capítulo diz respeito à questão da compatibilidade de duas linhas teóricas amarradas por Luigi Ferrajoli para dar sustentação ao garantismo penal.

Em sua leitura dos traços gerais do garantismo penal, Gascón Abellán sustentou que a teoria de Ferrajoli pode ser compreendida como o resultado da conjugação de uma teoria política neoiluminista com uma concepção metodológica juspositivista.³⁶ O garantismo, portanto, chama para si a difícil tarefa de relacionar uma determinada concepção substancial de justiça política com o método positivista do direito. Não por acaso, Prieto Sanchís afirmou ter sido um “extraordinário mérito” o modo como Ferrajoli combinou essas duas tradições (filosofia política iluminista e positivismo jurídico).³⁷

Há, portanto, na base do garantismo penal, a tentativa de sobrepor uma série de reflexões avaliativas sobre direito e democracia com uma concepção jurídico-metodológica segundo a qual a determinação daquilo que o direito é não depende, em absoluto, de argumentos de moralidade política.

Eis, portanto, o desafio metodológico: a combinação de duas tradições tão grandiosas e diversas coloca, no mínimo, o problema de saber como as valorações políticas da Ilustração poderiam ser absorvidas no marco de uma concepção de direito que se pretende descritiva e moralmente neutra. Seria possível manter separadas e em

Sanchís também observou que o Direito Penal ocupa, sem dúvida, o *locus* privilegiado da primeira expressão do garantismo (PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 15).

³⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”. **Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, Ciudad de Mexico, n. 31, p. 195-213, 2001, p. 196; ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 22.

³⁷ Prieto Sanchís sustentou que o garantismo teve o “extraordinário mérito” de saber “combinar, de forma muito fecunda, duas tradições que nem sempre têm caminhado juntas, a filosofia da Ilustração e o positivismo jurídico, levando até as últimas consequências os postulados mais utópicos da primeira, sem abandonar os limites conceituais impostos pelo segundo” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 20. Tradução do autor. No original: combinar de forma muy fecunda dos tradiciones que no siempre han caminhado unidas, la filosofía de la Ilustración y el positivismo jurídico, llevando hasta sus últimas consecuencias los postulados más utópicos de la primera sin abandonar los límites conceptuales que impone el segundo. Mas a compreensão do garantismo exige ainda que se acrescente a tese do constitucionalismo rígido, pois só assim será possível assimilar a tematização garantista da estrutura multinível dos hodiernos ordenamentos jurídicos).

compartimentos estanques as reflexões políticas do garantismo e os juízos de determinação daquilo que o direito é?

Ferrajoli parece responder positivamente a essa questão, ou seja, a solução encontrada por ele para o problema metodológico aqui suscitado foi colocar, de um lado, a esfera de reflexão política e, de outro, a abordagem de identificação do conteúdo do direito.

No capítulo treze de “Direito e Razão”, Ferrajoli passa a falar do garantismo em sua acepção alargada ou desadjetivada, esclarecendo que ele não se restringe ao horizonte do Direito Penal, mas, antes, pode servir como uma espécie de lente teórica que nos habilita a enxergar questões fundamentais em todos os ramos do direito.³⁸

É nesse momento que Ferrajoli tematiza, explicitamente, os sentidos da palavra “garantismo”. Segundo ele, pode-se utilizar o termo “garantismo” com três sentidos diversos: (i) como filosofia política; (ii) como teoria do direito; e (iii) como modelo normativo de direito.³⁹

Essa distinção analítica é um passo importante porque, na sequência, o autor irá colocar todas as questões normativas de moralidade política na conta da “filosofia política garantista” e atribuirá os juízos de juridicidade à “teoria jurídica garantista”, parecendo pensar em um e outro campo como locais de reflexão autônomos e impermeáveis entre si.

Assim, compreendido como *filosofia política*, o garantismo enfeixa um conjunto de concepções substantivas de justiça política que remontam, em sua maioria, à filosofia da Ilustração. É nesse sentido que o garantismo tem algo a dizer sobre o papel ou o propósito do direito, sobre o sentido do Estado de Direito e da democracia, sobre a importância do constitucionalismo rígido, etc.

A filosofia política garantista exerce, portanto, um papel similar ao que era desempenhado pela “ciência da legislação” no pensamento iluminista.⁴⁰ Destina-se à formulação e à discussão dos critérios para a justificação externa do direito, isto é, lida com os parâmetros a partir dos quais é possível legitimar ou deslegitimar, no todo ou em parte, o direito vigente e válido.⁴¹

³⁸ Nesse momento, Ferrajoli reflete sobre “os elementos de uma teoria geral do garantismo” que “não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 788).

³⁹ Ibid., p. 785-822.

⁴⁰ Ibid., p. 787.

⁴¹ Ibid., p. 787.

Por outro lado, entendido como *teoria jurídica*, o garantismo tematiza os problemas de vigência e validade do direito. É o espaço discursivo no qual o teórico irá determinar, sem recurso a argumentos de moralidade política, aquilo que o direito é. Em outros termos, para a formação dos juízos de vigência e validade normativas, o teórico do direito terá por base apenas os textos jurídicos autoritativos.

O isolamento dessas duas zonas temáticas do garantismo é assegurado pela distinção entre “ponto de vista interno” (teoria do direito) e “ponto de vista externo” (filosofia política).⁴²

Grosso modo, o ponto de vista interno é aquele que tem por referência apenas normas jurídicas: envolve um tipo de reflexão que ocorre no interior do direito e que tem por objeto apenas os textos jurídicos autoritativos. Por seu turno, o ponto de vista externo constitui um empreendimento intelectual que não se atém ao material jurídico. Ao contrário, o estudioso que utiliza esse ponto de vista possui maior liberdade argumentativa, podendo afastar-se dos textos jurídicos, para valer-se de argumentos de moralidade política, consequencialistas etc.

O que se sugere, portanto, é que, por se tratar de pontos de vista distinguíveis, a filosofia política garantista e a teoria jurídica garantista operam em níveis discursivos diferentes e podem, portanto, existir sem que haja contato recíproco. As reflexões morais que integram o garantismo se dão fora do *locus* de determinação daquilo que o direito é: trata-se de um nível discursivo externo ao de identificação do direito. A filosofia política garantista é composta por um tipo de reflexão moral que permite a formação de uma postura crítica (valorativa) em relação ao direito, mas que não tem relação direta com a determinação da existência e do conteúdo do direito. Cuida-se, antes, de uma reflexão destinada a indicar, criticamente, como o direito *deve ser*.⁴³

⁴² É importante ter claro que o sentido com que Ferrajoli utiliza as expressões “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo” nada tem a ver com o significado com que essas expressões são utilizadas na filosofia jurídica de Hart e, por conseguinte, na filosofia jurídica pós-hartiana. Ferrajoli utiliza as expressões para assinalar que os critérios utilizados para a valoração do direito podem encontrar-se dentro ou fora do próprio direito (compreendido este último como um conjunto de textos jurídicos autoritativos). Hart, por seu turno, utiliza as expressões no bojo da discussão metodológica acerca de como o teórico do direito deve lidar com o problema da normatividade do direito (o problema de como o direito fornece razões para agir aos participantes da prática jurídica). Esse último ponto ficará mais claro a partir da segunda parte deste trabalho.

⁴³ Enquanto filosofia política, o garantismo é uma doutrina normativa que, de um ponto de vista externo ao direito positivo, desenvolve um discurso de justificação (político-moral) situado fora do âmbito interno da validade jurídica. Segundo o autor, a partir desse discurso externo, isto é, desse ponto de vista ético-político, torna-se possível avaliar a correção (moral) de um determinado ordenamento jurídico positivo com um todo ou, pontualmente, de uma determinada norma ou instituto de direito positivo. Garantismo é, neste sentido, uma doutrina filosófico-política que fornece critérios não-jurídicos (critérios não referidos a normas

É com esses argumentos que Ferrajoli pretende obviar o problema metodológico destacado neste capítulo: as concepções garantistas de moralidade política, por não fundarem o juízo de determinação daquilo que o direito é, não ameaçam o postulado metodológico do positivismo jurídico.

É, aliás, a própria tese positivista da separação entre direito e moral que possibilita a distinção entre o ponto de vista externo da filosofia política e ponto de vista interno da teoria jurídica. Em uma palavra: essa distinção pressupõe e se ajusta ao positivismo jurídico.⁴⁴

Esse argumento será problematizado oportunamente. Por ora, o objetivo é expor o problema metodológico decorrente da tensão existente entre essas duas tradições incorporadas pelo garantismo: a normatividade iluminista e a descritividade juspositivista. Na sequência, vai-se analisar o nível do comprometimento do garantismo ferrajoliano com o positivismo jurídico, para, só depois, procurar compreender o tipo de normatividade com a qual o garantismo está lidando.

2.3 O método do garantismo penal

A defesa ferrajoliana do positivismo jurídico tem sido um dos pontos atualmente mais criticados de sua doutrina, em parte por causa da tensão interna aqui suscitada. Mas as críticas ao positivismo jurídico ferrajoliano possuem um diferencial relevante: faltam informações adequadas sobre o modo como o autor se coloca nas disputas travadas no positivismo jurídico contemporâneo. Ferrajoli, de fato, não dialoga com o juspositivismo anglófono pós-hartiano, que é o mais difundido debate sobre o positivismo jurídico na comunidade internacional atualmente.⁴⁵

jurídico-positivas) para a justificação moral – e também para a deslegitimação e a crítica – do conteúdo do direito positivo (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 787).

⁴⁴ A distinção de uma abordagem descritiva e uma abordagem normativa pressupõe obviamente a distinção entre “ser” e “dever ser”, isto é, entre aquilo que *é* o conteúdo do direito enquanto sistema de normas positivas existente em um lugar e um momento dados e aquilo que, de um ponto de vista moral (ponto de vista da teoria da justiça), o direito *deveria ser*. Segundo Ferrajoli, “neste [...] sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito” (Ibid., p. 787).

⁴⁵ É claro que uma parte substancial das críticas feitas ao positivismo jurídico situam-se no nível do ataque ao espantalho. Uma reclamação recorrente dos teóricos juspositivistas consiste no fato de que, muitas vezes, o que os seus críticos atacam não é o positivismo jurídico contemporâneo, mas algo como um espantalho ou uma “caricatura teórica” do positivismo jurídico. O problema agrava-se no Brasil, onde, como sustentou

Todavia, uma leitura mais atenta da sua obra, embora não solucione todos os problemas (continua difícil situar o autor em uma das vertentes do positivismo jurídico contemporâneo), certamente nos ajudará a compreender melhor alguns aspectos do positivismo jurídico de Luigi Ferrajoli.

O positivismo jurídico é uma tradição secular que tem na tese da separação entre o direito e a moral uma de suas principais premissas. A tese se expressa na afirmação de que a formação de juízos sobre a justiça não é condição necessária nem suficiente para a determinação da validade das normas jurídicas.

Mas, deve-se destacar, Ferrajoli vislumbra também uma importante dimensão liberal na tese da separação. Segundo o autor, a tese da separação entre o direito e a moral possui, na verdade, dois sentidos diversos: (i) um sentido *assertivo* ou *teórico* ligado à tradição juspositivista, que ele prefere denominar, nessa acepção, como *tese da distinção* entre direito e moral; e (ii) um sentido *prescritivo* ou *axiológico*, que é inerente ao *liberalismo político*, ao qual Ferrajoli reserva a expressão *tese da separação*.⁴⁶

Bruno Torrano, “o positivismo [...], seja o conceitual, seja o normativo, ainda não adquiriu maturação teórica [...]” (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 8). Em nosso país, continua o autor, “o pós-positivismo [...] é o tema da moda” e seus representantes no Brasil ajudam a agravar este quadro, pois, em geral, ignoram as principais teses do positivismo jurídico contemporâneo (Ibid., p. 8). Do mesmo modo, Dimoulis sustentou que “os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 53). Hoerster, por seu turno, assim iniciou o seu ensaio sobre a defesa do positivismo jurídico: “desde hace por lo menos cincuenta años en la filosofía jurídica alemana es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico. En lo que sigue quisiera intentar mostrar que, con categorías racionales, este rechazo del positivismo jurídico es incomprensible y que más bien se basa primordialmente en malentendidos y prejuicios” (HOERSTER, Norbert. En defensa del positivismo jurídico. In: HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Rev. Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 9). A gravidade do problema aparece também quando este autor observa que “aquellas tesis calificadas como iuspositivistas, que con toda razón son rechazadas por los antipositivistas, en verdad no son sostenidas por los propios iuspositivistas” (Ibid., p. 10). Nessa linha Ferrajoli, algumas vezes, respondeu a seus críticos com a observação de que as críticas feitas por estes à sua teoria positivista do direito erram o alvo, pois somente fariam sentido se tivessem por objeto aquilo que ele tem denominado “paleo-juspositivismo”, isto é, o positivismo jurídico do século XIX (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 16-17). Todavia, também é verdade que ele não situa a sua teoria juspositivista nos debates mais recentes sobre o positivismo jurídico travado especialmente nos países de língua inglesa.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013, p. 303-308; FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25-26 e p. 31-33; FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales y bioética**. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**:

Nas palavras do autor,

se a tese da separação em sentido assertivo representa o fundamento do Estado de direito e do positivismo jurídico, a tese da separação em sentido prescritivo é o fundamento do liberalismo e, como fundamento do princípio da lesividade, do utilitarismo jurídico.⁴⁷

O garantismo se apoia em ambos os sentidos da tese da separação (descritivo e prescritivo), razão pela qual é correto afirmar tratar-se de uma teoria juspositivista do direito.⁴⁸ Mas, como se verá no decorrer deste trabalho, os positivistas possuem diferentes chaves de leitura de suas próprias premissas e para entender melhor as características do juspositivismo de Luigi Ferrajoli será preciso avançar um pouco mais sobre o modo como o autor compreende a tese da separação *assertiva* entre direito e moral.

Ferrajoli subdividiu a tese assertiva da separação em três subteses distintas (metalógica, científica e metacientífica), cada qual representando uma exigência no marco do positivismo jurídico: (i) a exigência de distinção entre os níveis do *ser* e do *dever ser* (tese metalógica); (ii) a exigência de distinção entre o juízo jurídico e o juízo moral (tese científica) e (iii) a exigência de reconhecimento da autonomia recíproca dos pontos de vista interno e externo (tese metacientífica).⁴⁹

nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 379-382; FERRAJOLI, Luigi. Estado laico y ética laica. Laicidad y derecho penal. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 252-255.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. La ética de la jurisdicción penal (apuntes para una definición de la deontología de los magistrados). Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 423. Tradução do autor. Na versão espanhola: Si la tesis de la separación en sentido asertivo representa el fundamento del Estado de derecho y del positivismo jurídico, la tesis de la separación en sentido prescriptivo es el fundamento del liberalismo y, como fundamento del principio de lesividad, del utilitarismo jurídico.

⁴⁸ Com isso não se está a afirmar que o garantismo penal é uma teoria positivista do direito apenas por encampar a tese da separação entre o direito e a moral. Há outras características que Ferrajoli compartilha com o positivismo jurídico (por exemplo, o convencionalismo jurídico, a tese das fontes e dos limites do direito etc.). A tese da separação foi aqui destacada por causa de sua relação com o problema metodológico ora apresentado.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 205-209. A tese prescritiva ou liberal da separação entre direito e moral, ao menos no âmbito jurídico-penal, expressa-se também em três teses sobre: (i) o *delito*, qual seja, a tese sobre os limites legítimos da proibição penal via legislação (princípio da lesividade e da materialidade); (ii) o *processo*, segundo a qual não deve ter relevância jurídica os juízos de valor moral feitos pelo magistrado sobre a personalidade do acusado (Direito Penal do fato); (iii) a *pena*, segundo a qual a consequência jurídica do crime não deve possuir conteúdos de índole moral nem ter por finalidade a transformação moral do condenado (Ibid., p. 205-209).

Embora teoricamente distinguíveis, essas três teses estão quase que complementemente implicadas entre si e todas elas, em conjunto, fornecem suporte metodológico para o garantismo penal.

2.3.1 Tese metacientífica da separação

Já se mencionou que a distinção entre filosofia política e teoria jurídica no interior do garantismo penal pressupõe a adoção da tese (positivista) da separação entre direito e moral. Agora podemos sustentar que essa distinção pressupõe a veracidade daquilo que Ferrajoli denomina tese metacientífica da separação entre direito e moral, segundo a qual há uma autonomia recíproca entre o ponto de vista interno (ou jurídico) e o ponto de vista externo (ou ético-político).

Já vimos que o garantismo, compreendido como filosofia política, lança um olhar sobre o direito que tem por base considerações que lhe são externas, procurando obter critérios normativos para a sua justificação e sua crítica (o problema da justificação moral do direito). Por seu turno, a teoria jurídica garantista é responsável pela compreensão do direito a partir um ponto de vista interno, isto é, a partir de considerações baseadas nas fontes do direito.

É possível inferir, portanto, que o principal critério para a distinção entre a filosofia política e a teoria jurídica na concepção ferrajoliana situa-se (i) na natureza do objeto da reflexão teórica e (ii) no fundamento dos parâmetros utilizados para a valoração desse objeto: a *teoria jurídica* garantista tem por objeto a determinação do conteúdo dos textos jurídicos autoritativos reconhecidos como fontes do direito e precisará valorar o conteúdo identificado (juízo de validade) somente com base em parâmetros extraídos de outros textos jurídicos autoritativos; por outro lado, se os critérios utilizados para a valoração daquilo que é identificado como direito escapam das fontes jurídicas – isto é consistem em argumentos não referidos a textos jurídicos autoritativos – estaremos diante de um ponto de vista externo, que é próprio da *filosofia política*.

É claro que essa é uma distinção ainda muito geral e inespecífica. Não esclarece, por exemplo, o tipo de relacionamento que se requer entre argumento valorativo e texto jurídico para assegurar que o intérprete permanece no nível do ponto de vista interno. No âmbito da argumentação constitucional, por exemplo, é possível imaginar uma enormidade de argumentos levemente referidos ao texto constitucional e fortemente embasados em considerações de moralidade política.

De qualquer forma, o que importa, por ora, é destacar que a diferenciação entre os pontos de vista interno e externo, que constitui um aspecto metodológico relevante para o quadro geral do garantismo penal de Ferrajoli, só é factível na medida em que a tese metacientífica da separação estiver correta.

2.3.2 Tese metalógica da separação

Por outro lado, uma das máximas metodológicas mais importantes do garantismo – a *divaricazione* – repousa sobre a tese metalógica da separação. Esta tese reclama a aplicação da chamada “Lei de Hume”, isto é, sustenta a impossibilidade de derivar o *dever ser* do *ser* ou o *ser* do *dever ser*.

Segundo a doutrina ferrajoliana da *divaricazione*, uma das principais incumbências da ciência jurídica é denunciar a divergência existente dentro do discurso jurídico entre aquilo que *é* e aquilo que *deve ser*. Segundo Ferrajoli, a confusão entre essas duas dimensões discursivas está na base de várias espécies de falácias ideológicas.⁵⁰ O garantismo está, portanto, comprometido com a vigilância e a denúncia da defasagem entre o “ser” e o “dever ser” nos diversos níveis de análise do discurso jurídico, uma vez que essa defasagem indica uma desconsideração da *força normativa* das normas de nível superior que precisa ser sempre desvelada e criticada pelo teórico.

A tese metalógica da separação entre *ser* e *dever ser* perpassa toda a elaboração teórica do garantismo, uma vez que, no âmbito do discurso jurídico, é possível variar tanto o parâmetro de avaliação do objeto (o “dever ser”), quanto o próprio objeto da

⁵⁰ No âmbito penal, tais falácias costumam estar na base de doutrinas de perfil autoritário. Em *Principia iuris*, Ferrajoli catalogou quatro tipos de falácia ideológica: “Obviamente la dogmática jurídica, la sociología del derecho y la filosofía de la justicia corresponden a enfoques diferentes, rigurosamente distintos ya sea en cuanto a los métodos de formación de sus conceptos y enunciados, ya en cuanto a los puntos de vista desde los que contemplan el mismo objeto. Pero es precisamente la teoría formal del derecho la que permite a estos enfoques diferentes, que tienen en común el mismo universo del discurso, servirse los unos de las aportaciones de los otros. Al dar cuenta de las mencionadas divergencias deónticas —entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad—, la teoría permite en efecto distinguir y a la vez conectar los correspondientes niveles de discurso, normativo y crítico el uno con respecto al otro, y sustraerse así a las diversas y frecuentes falacias ideológicas que resultan de su confusión o de su recíproca ignorancia: a) la *falacia ius-naturalista*, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas a pesar de ser injustas; b) la *falacia ético-legalista*, que confunde la justicia con la validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas a pesar de ser válidas; c) la *falacia normativista*, que confunde la vigencia de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas inválidas a pesar de estar vigentes; d) la *falacia realista*, que confunde por fin la validez o incluso la vigencia con la efectividad, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o vigentes por más que sean ineficaces, o peor aún, su invalidez o hasta su inexistencia sólo porque sean eficaces” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: teoría del derecho y de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. v. 1: teoría del derecho. p. 39-40).

avaliação (o “ser”). É possível, assim, avaliar o “ser” do direito com base no “dever ser” da justiça (direito vs. justiça); o “ser” das normas jurídicas inferiores com base no “dever ser” das normas jurídicas superiores (direito vs. direito); e mesmo o “ser” da realidade com base no “dever ser” das normas jurídicas (realidade vs. direito).⁵¹

Há, então, uma pluralidade de formas de abordagem da experiência jurídica, cada qual com consequências diversas no âmbito teórico: a avaliação das normas jurídicas singulares ou de todo o sistema jurídico a partir de um ponto de vista da justiça ou da correção moral (discurso sobre a justiça do direito);⁵² a avaliação da validade das normas jurídicas inferiores com base no conteúdo das normas jurídicas superiores (discurso sobre a validade do direito);⁵³ e, por fim, a avaliação dos fatos ou da experiência concreta com base naquilo que é determinado pelas normas jurídicas (discurso sobre a efetividade do direito).⁵⁴ Em todos os casos, a distinção entre discurso assertivo e prescritivo é fundamental, devendo a cultura jurídica estar sempre vigilante, a fim de evitar confusões entre estes diferentes níveis.

Assim, se do ponto de vista externo (da moralidade política), o garantismo, enquanto filosofia política, é entendido como um discurso que assume um parâmetro de avaliação não-jurídico para examinar as normas jurídicas, do ponto de vista interno, o garantismo, enquanto teoria jurídica, irá avaliar padrões jurídicos com base em outros padrões jurídicos.⁵⁵

⁵¹ Dessas variações resultam três pontos de vista autônomos: respectivamente, o ponto de vista externo da justiça, do ponto de vista interno da vigência/validade e do ponto de vista externo da efetividade (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 200). A teoria jurídica garantista assume o segundo ponto de vista, isto é, o ponto de vista interno da vigência/validade.

⁵² Situando-se no nível do discurso ético-político, o teórico pode assumir um determinado ponto de vista externo em relação ao direito positivo (o ponto de vista da moral ou da justiça) e com base nele criticar o direito positivo, vale dizer, denunciar a divergência entre o “dever ser” expresso pelo ponto de vista moral assumido e o “ser” representado pelo direito positivo.

⁵³ No âmbito jurídico interno, isto é, no âmbito do discurso sobre a vigência e validade das normas jurídicas, o teórico precisa manter-se vigilante em relação a uma possível divergência entre o “dever ser” encontrado nas normas jurídicas de nível hierárquico superior (normas constitucionais, por exemplo) e o “ser” das normas jurídicas de nível inferior.

⁵⁴ Há também a possibilidade de se discutir a efetividade de uma determinada norma, isto é, de se tematizar a divergência entre o “dever ser” expresso por uma norma jurídica e o “ser” representado por sua observância social – a conhecida divergência entre normatividade e facticidade.

⁵⁵ Sendo os ordenamentos jurídicos contemporâneos multiníveis, isto é, sendo eles compostos por normas de diferentes patamares hierárquicos, é sempre possível (e, na verdade, nada incomum) que uma norma esteja em divergência com outra. O que há de peculiar aqui é que: (i) a norma de nível superior impõe um “dever ser” que precisa ser acatado pelo “ser” da norma de nível inferior; (ii) esta divergência, uma vez que o constitucionalismo positivou diversas orientações que antes eram apenas ético-políticas, situa-se frequentemente no *conteúdo* das normas (e não apenas na competência e nos procedimentos necessários para sua elaboração).

No caso específico da teoria jurídica garantista, que, como vimos, adota o ponto de vista interno (ou jurídico), o tema central será a *vigência* (ser) e a *validade* (dever ser) das normas jurídicas. Nesse âmbito, a *divaricazione* pode manifestar-se de duas formas: ou o legislador atua e, ao fazê-lo, viola a constituição de forma comissiva, dando ensejo a uma *antinomia*, ou o legislador simplesmente deixa de agir para efetivar um comando constitucional, violando a constituição de forma omissiva e dando ensejo a uma *lacuna*.⁵⁶

Na teoria jurídica garantista, portanto, *antinomia* é o termo técnico utilizado para descrever uma violação de *limites jurídicos*, isto é, uma violação dos limites estabelecidos por normas de nível hierárquico superior (conflito de normas). A antinomia se caracteriza pelo fato de poder ser resolvida com a anulação ou reforma da norma inválida dela resultante.⁵⁷ Já a *lacuna* é o resultado da violação de um *vínculo jurídico*, ou seja, ocorre com a violação de uma obrigação imposta por normas jurídicas de nível superior para elaboração de normas de integração (ausência de norma). A resolução de uma lacuna, por seu turno, depende de “uma atividade normativa nem sempre facilmente coercível ou subrogável”.⁵⁸

O dado relevante, neste momento, é que todo o arsenal metodológico do garantismo repousa sobre a correção das dimensões metacientífica e metalógica da tese da separação entre o direito e a moral. O garantismo não apenas considera um imperativo metodológico a distinção entre o *ser* e o *dever ser* no nível do discurso jurídico, como também entende ser possível distinguir o ponto de vista interno ao direito (jurídico), do ponto de vista externo ao direito (ético-político ou sociológico).

2.3.3 Tese científica da separação

A tese científica da separação é o aspecto mais destacado do positivismo jurídico contemporâneo e sustenta a independência recíproca entre os juízos morais e os juízos jurídicos. A ideia é que os juízos de moralidade política não são condições necessárias nem suficientes para os juízos de determinação da existência e do conteúdo do direito.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 800.

⁵⁷ Ibid., p. 797.

⁵⁸ Ibid., p. 797.

A tese científica da separação está na base do garantismo penal. Ferrajoli compreende o direito como uma instituição social autoritativa, decorrente de convenções jurídicas, nas quais a moral figura como um dado meramente contingente.

Ao conceituar o positivismo jurídico, Ferrajoli o concebeu como

uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça.⁵⁹

Além disso, o autor compromete-se, nitidamente, com a tese científica da separação ao afirmar que “a juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva da sua juridicidade”,⁶⁰ ou seja, “a existência ou a validade de uma norma não implicam, de modo algum, a justiça, da mesma forma como a sua justiça não implica, de modo algum, a sua validade”.⁶¹ É obvio que nessa afirmação está, ao menos, pressuposta a possibilidade de uma distinção entre o juízo jurídico – isto é, o juízo de determinação da existência e do conteúdo do direito – e os juízos morais acerca do direito.

Há, além disso, uma autonomia recíproca – no sentido da tese metacientífica da separação – tanto do direito em relação à moral, quanto da moral em relação ao direito.⁶² Por essa razão,

o direito não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional -, ou ainda de valores ético-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente.⁶³

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 14.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 14.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. Estado laico y ética laica. Laicidad y derecho penal. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 253; FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y bioética. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 381-382.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 204.

Ainda se dirá mais sobre o positivismo jurídico em geral e sobre as características do positivismo jurídico de Ferrajoli ao longo deste trabalho. Mas o que se disse até aqui já basta para se ter uma ideia da importância do positivismo jurídico na metodologia garantista.

2.4 O núcleo normativo do garantismo penal

Ao lado da metodologia juspositivista, o garantismo possui algumas pré-compreensões valorativas sobre o direito (penal) e a democracia constitucional que são responsáveis por dar sentido e unidade a todo seu edifício teórico. Sem esses valores políticos de fundo, o garantismo penal simplesmente não faria sentido.

É claro que, por se tratar de uma interpretação genuína da prática jurídica nos sistemas penais democráticos contemporâneos, o garantismo nada mais faz do que apropriar-se de valores amplamente difundidos e aceitos pela comunidade jurídica em geral. Mas isso não faz desses valores menos morais nem do garantismo uma concepção menos valorativa ou normativa.

Os aspectos normativos do garantismo penal expressam-se, especialmente, nos seguintes marcadores: (i) na defesa de uma concepção político-liberal no tocante a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual; (ii) na atribuição de um determinado propósito geral ao direito; (iii) na atribuição de um propósito específico ao Direito Penal; e (iv) na valorização do Estado constitucional de direito como um arranjo institucional superior ao antigo Estado legislativo de direito.

Para os propósitos deste trabalho, vou chamar o conjunto dessas valorações políticas de *núcleo normativo do garantismo penal*. Na sequência, vamos ver do que se trata cada uma delas.

2.4.1 Uma doutrina liberal do Direito Penal

O garantismo se apoia politicamente no postulado liberal da não-intervenção estatal nas concepções de vida boa de seus cidadãos, segundo o qual a todo indivíduo

deve ser assegurado um espaço de autodeterminação da própria existência totalmente livre de intervenções paternalistas por parte do Estado.⁶⁴

A filosofia política garantista, portanto, está moralmente orientada a impedir que o Estado se valha de expedientes jurídicos para intervir diretamente na vida moral das pessoas. Trata-se da clássica noção de “neutralidade liberal”, pela qual o Estado e o direito “não devem imiscuir-se na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo seus estilos de vida, suas crenças ideológicas ou religiosas, suas opções políticas ou culturais”.⁶⁵

Essa ideia nuclear da concepção liberal foi explicitamente acolhida por Ferrajoli quando este aderiu à já mencionada dimensão prescritiva ou axiológica da tese da separação entre direito e moral.⁶⁶ Considerada em seu sentido liberal, a tese da separação entre direito e moral “equivale a um limite ao poder dos legisladores e à sua invasão na vida moral das pessoas”.⁶⁷ Para tanto, é necessário que as questões referentes à vida boa, como as concepções morais e religiosas, sejam deixadas – o quanto possível – de fora da esfera pública das decisões políticas, vale dizer, não se pode conceber o direito “como instrumento de *declamação* da moral”.⁶⁸ Como enfatiza o autor:

⁶⁴ Como há muito ensinava Stuart Mill “sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano” (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 40).

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013, p. 304. Tradução do autor. Na versão espanhola: no deben inmiscuirse en la vida moral de los ciudadanos, defendiendo o impidiendo sus estilos de vida, sus creencias ideológicas o religiosas, sus opciones políticas o culturales. Em obra sobre o Direito Penal o autor arremata: “o direito penal não possui a tarefa de impor ou de reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 208).

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013, p. 303-308; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25-26 e p. 31-33; FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y bioética. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 379-382; FERRAJOLI, Luigi. Estado laico y ética laica. Laicidad y derecho penal. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 252-255.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 26.

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. La cuestión del embrión entre derecho y moral. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. In FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del

Segundo esta tese, o direito não é – não deve ser, pois a isto não consente a razão jurídica nem permite a razão moral – um instrumento de reforço da moral. Seu fim não é oferecer um braço armado à moral, ou melhor, devido às diversas concepções morais presentes na sociedade, a uma determinada moral.⁶⁹

Ainda segundo o autor, a única função que se pode legitimamente esperar do Estado é que ele garanta “a igualdade, a segurança e os mínimos vitais” e que o faça “mediante a estipulação e a garantia dos direitos fundamentais de todos no pacto constitucional”.⁷⁰

No âmbito penal, o liberalismo político é tão decisivo que o garantismo penal foi concebido por Ippolito como uma “teoria *liberal* do direito penal”.⁷¹ O postulado político do liberalismo está, por exemplo, na base de sustentação das garantias da lesividade e da materialidade, edificadas no marco da tradição política liberal.⁷²

garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 519, grifei. Em outro lugar, diz o autor: “o direito, e em particular o direito penal, não apenas não é, mas nem sequer deve coincidir com a moral. Esta também pode parecer uma tese moralmente contrária à intuição; mas na realidade é uma tese que limita e minimiza o papel e o âmbito do direito penal. Com base nela, o direito penal não deve ser um instrumento de afirmação ou fortalecimento da moral” (FERRAJOLI, Luigi. La ética de la jurisdicción penal (apuntes para una definición de la deontología de los magistrados). Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 423).

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. La cuestión del embrión entre derecho y moral. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. In FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 508. Tradução do autor. Na versão espanhola: Según esta tesis, el derecho no es – no debe ser, pues no lo consiente la razón jurídica ni lo permite la razón moral – un instrumento de reforzamiento de la moral. Su fin no es ofrecer un brazo armado a la moral, o mejor, debido a las diversas concepciones morales presentes en la sociedad, a una determinada moral.

⁷⁰ Ibid., p. 509. Tradução do autor. Na versão espanhola: Su único deber [del Estado] es garantizar la igualdad, la seguridad y los mínimos vitales. Y puede hacerlo mediante la estipulación y la garantía de los derechos fundamentales de todos en el pacto constitucional.

⁷¹ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36, grifei.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013, p. 304-305. Historicamente, este limite surge no pensamento penal iluminista e foi expressamente consagrado no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não lesione aos demais”. No entanto, a formulação da doutrina do *harm principle*, segundo Hirsch, deve-se a Stuart Mill (HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 34-37). Mill assim enunciou o princípio: “o único fim para o qual o gênero humano está autorizado, individual ou coletivamente, a intervir sobre a liberdade de ação de algum de seus pares é a autoproteção. Que o único propósito com vistas ao qual o poder pode ser exercido legitimamente sobre algum membro de uma

Desde o movimento de secularização que norteou o paradigma jurídico da Ilustração, compreende-se que ninguém deve ser punido em virtude de alguma “interioridade pecaminosa” ou “maldade interna”, mas apenas por ter dado causa a eventos *danosos* a legítimos interesses alheios.⁷³

A garantia da lesividade (*nulla necessitas sine injuria*) impõe, como condição necessária para a criminalização, a existência de uma ofensa (lesão ou risco sério de lesão), abstrata e concreta, a um bem jurídico penalmente protegido. A garantia da lesividade exclui do processo de criminalização duas classes de comportamentos: (i) proíbe a criminalização de comportamentos autolesivos ou, como prefere Batista, de comportamentos que não transcendem o âmbito do próprio autor, vez que não atingem

comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedir que ele produza danos a outras pessoas. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é fundamento suficiente” (MILL, John Stuart. **On liberty**. Editado por David Bromwich e George Kateb. New Haven; London: Yale University Press, 2003, p. 80, grifei. Tradução do autor. No original: That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant). Cf., também, a tradução para o português em MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016, p. 39-40.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 427-428; FERRAJOLI, Luigi. **Derecho penal mínimo y bien jurídico**. Tradução de Walter Antillón M. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e presentación de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1., p. 193-194. Sobre o processo de secularização que marcou o pensamento ilustrado, D’Avila afirma que “não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada” (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 60). No mesmo sentido, Salo de Carvalho para quem, se antes do processo de secularização a pessoa era punida em razão do que ela era, “o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição da conduta do infrator que resultou em dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito” (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 8). Ferrajoli, por seu turno, consignou que a cultura penal iluminista via “no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 428). Sobre a exigência de dano a direito alheio como condição para a intervenção penal, BECCARIA já afirmava que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano provocado à nação” (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 52-53), e, especialmente, KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru (SP): Edipro, 2008, p. 76-77. Sobre a doutrina kantiana do direito, cf. GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 128-147. Ferrajoli expressamente constatou que o princípio da lesividade vincula o legislador penal à máxima kantiana de que “a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 429).

direito fundamental ou interesse *alheio*;⁷⁴ e (ii) proíbe a criminalização de comportamentos moralmente desviados que não afetam direito fundamental ou interesse alheio, estando aqui o cerne do princípio da lesividade: impedir a incriminação de comportamentos considerados imorais que não afetam bem jurídico de outrem.⁷⁵

Por sua vez, a garantia penal da materialidade (*nulla iniuria sine actione*) enuncia que não pode haver lesão a bem jurídico sem uma conduta materializada em um comportamento exterior. Este princípio é de suma importância para o garantismo penal pois exige que o sistema penal trabalhe apenas com comportamentos externos e específicos, trazendo para a dogmática penal a noção fundamental de *Direito Penal do ato (ou do fato)*. Além disso, a existência de um comportamento externo, passível de observação empírica, é condição de possibilidade de diversas outras garantias penais e processuais, razão pela qual Ferrajoli afirma que “o princípio de materialidade da ação é o coração do garantismo penal, que dá valor político e consistência lógica e jurídica a grande parte das demais garantias”.⁷⁶

Ferrajoli reconhece, pois, a existência de uma importante relação entre a tese liberal da separação e os princípios da lesividade/materialidade. Segundo o autor, a tese

⁷⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 92.

⁷⁵ Defendemos essa bipartição das consequências normativas da garantia da lesividade em RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)**, São Paulo, ano 26, vol. 139, p. 69-108, jan. 2018, p. 82-87. Ali ressaltamos que Nilo Batista, talvez por não tratar separadamente o princípio da materialidade na obra consultada, acrescentou mais duas consequências ao princípio da lesividade, a saber: a proibição da criminalização de atitudes internas e a proibição da criminalização de estados ou de condições existenciais. No entanto, como ressaltamos no estudo citado, estas duas consequências parecem mais bem localizadas como corolários do princípio da materialidade, já que ofendem a ideia de um Direito Penal do fato. Sobre o tema, cf. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 92. Vale ainda lembrar a corrente observação de que “sob nenhum ponto de vista a moral em sentido estrito pode ser considerada um bem jurídico” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 401).

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 444. O autor (Ibid., p. 442) ainda nos lembra de uma bela passagem de Schopenhauer sobre o tema: “por seu turno, vontade e disposição enquanto tais não são de maneira alguma assuntos de Estado, mas apenas o ATO (seja este meramente intentado ou praticado) e este o é em virtude de seu correlato, vale dizer, o SOFRIMENTO da outra parte. Para o Estado, portanto, o ato, a ocorrência é a única coisa real; a disposição íntima, a intenção é investigada tão-somente na medida em que, a partir dela, conhece-se a significação do ato” (SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. Tomo I. Tradução, apresentação, notas e índices de Jair Barboza. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 440). Montesquieu também já havia denunciado a arbitrariedade da punição de atos interiores: “Um certo Mársias sonhou que cortava o pescoço de Dionísio. Este mandou matá-lo, dizendo que não teria sonhado com isto à noite se não o tivesse pensado de dia. Tratava-se de uma grande tirania, pois, ainda que o tivesse pensado, não o tinha tentado. As leis só se encarregam de castigar as ações exteriores” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 207).

prescritiva ou axiológica da separação entre o direito e a moral “equivale à estipulação do *principio da lesividade* como único critério de justificação das proibições jurídicas, e em particular das normas penais [...]”.⁷⁷

Como se verá, esse modo (essencialmente político) de ver as coisas está na base da posituação das garantias constitucionais da materialidade e da lesividade e terá importantes impactos na compreensão das funções do Direito Penal. Entre outras coisas, como acentuou Ferrajoli, a tese prescritiva ou liberal da separação entre direito e moral irá: (i) impor limites àquilo que pode ser convencionalmente estabelecido como delito pelo legislador (o legislador só pode criminalizar comportamentos externos que lesionem ou coloquem em perigo bens jurídicos alheios); (ii) impedir que os juízos morais feitos pelo magistrado sobre a personalidade do acusado tenham relevância jurídica no processo penal; e (iii) impedir que se atribua à sanção criminal conteúdos morais ou quaisquer fins de transformação moral do apenado.⁷⁸

2.4.2 O propósito geral do direito

Outro componente fundamental do núcleo normativo do garantismo é o propósito que a filosofia política garantista atribui ao direito. Essa compreensão do sentido ou propósito do direito é tão fundamental que irá, a um só tempo, aparecer no conceito ferrajoliano de garantismo e funcionar como razão para que os aplicadores do direito o observem rigorosamente. Em uma palavra: o propósito atribuído pelo garantismo ao direito irradia-se para o conceito de garantismo e ajuda a explicar a normatividade do direito.

Ferrajoli irá buscar na tradição iluminista os fundamentos políticos para a atribuição de um propósito ao Direito e ao Estado. De fato, a ideia nuclear e estruturante do projeto garantista foi recolhida por Ferrajoli do pensamento penal da Ilustração, razão pela qual é correto afirmar que o garantismo contemporâneo caracteriza-se como uma *filosofia neoiluminista do direito*.⁷⁹

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y bioética. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2., p. 382.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 205-209.

⁷⁹ Mariangela Ripoli e Dario Ippolito consideraram o projeto jurídico-penal de Ferrajoli como uma teoria *neoiluminista* ou *neoilustrada* do Direito Penal (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli.

Foi na lida com o poder punitivo estatal – que sempre serviu de “laboratório político” e termômetro dos níveis de autoritarismo de uma determinada comunidade⁸⁰ – que os juristas da ilustração perceberam, com clareza, o nexos fundamental que existe entre a imposição de limites jurídicos ao poder estatal, de um lado, e a proteção dos direitos fundamentais, de outro. É daí que Ferrajoli recupera o “paradigma do poder limitado”⁸¹, segundo o qual a proteção das liberdades precisa ser assegurada com a introdução de deveres e limites jurídicos impostos ao poder público e aos poderes em

Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 36 e 37; IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados-MS, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011, p. 53, 57 e 59; RIPOLI, Mariangela. Derecho y moral: la neoilustración penal de Luigi Ferrajoli. Tradução do italiano de Pablo D. Eiroa. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008, p. 161-174). Especificamente em relação ao Direito Penal, Ferrajoli advertiu que o principal objetivo de “Direito e razão” era o de promover “a *revisão teórica do modelo garantista de legalidade penal e processual* o qual fora traçado pelo pensamento iluminista: das suas bases epistemológicas, dos seus critérios de justificação ético-política e das técnicas normativas idôneas a assegurar-lhe um satisfatório grau de efetividade” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 17, grifei). O garantismo de Ferrajoli foi apontado por Prieto Sanchís como a “mais fecunda projeção aos nossos dias da filosofia jurídica ilustrada” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 8). Ainda segundo este autor, o garantismo penal de Ferrajoli constitui a “mais consequente realização do programa ilustrado” (Ibid., p. 8, pé de página). É também a opinião de Ippolito, para quem “o garantismo penal, germinado na cultura jurídica do Iluminismo, encontrou a sua maior expressão teórica na reflexão de Luigi Ferrajoli, o qual nos últimos 20 anos articulou e expandiu o paradigma garantista, correlacionando-o às diversas dimensões da democracia constitucional” (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo-RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 34). Zaffaroni, por seu turno, afirmou que Ferrajoli, em sua obra *Direito e razão*, “nos devuelve el derecho penal liberal, con la imagen más refinada que de este se haya construido en el siglo actual” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El renacimiento del derecho penal liberal o la “cruz roja” judicial. Tradução de Renato Luis Vannelli-Viel. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008, p. 392). E mais adiante sustenta: “el gran mérito de *Derecho y razón* consiste en que revitaliza el discurso del derecho penal liberal en términos extremadamente útiles en la actualidad” (Ibid., p. 392).

⁸⁰ É de Goldschmidt a conhecida ideia de que o sistema processual penal de um país funciona como uma espécie de termômetro dos níveis de autoritarismo irradiados da sua Constituição: “Os princípios da política criminal de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição” (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**: conferências realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução de Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67). Aury Lopes Jr. também recorda esta lição do processualista alemão: “Como aponta J. GOLDSCHMIDT, os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um *termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição*” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60).

⁸¹ “Il paradigma illuministico del potere limitato” é o título do capítulo 1 de IPPOLITO, Dario. **Diritti e potere**: indagini sull’Iluminismo penale. Roma: Aracne, 2012, p. 21. Trata-se de um paradigma de filosofia política que, embora tenha sido objeto constante de revisões, continua a ser o cerne do garantismo contemporâneo. Em relação às revisões, pode-se exemplificar com a observação de Prieto Sanchís de que hoje não se tem mais a mesma fé na legislação que tinham os ilustrados. Segundo o autor, os ilustrados depositaram “una fe en la legislación que tal vez nunca se ha vuelto a conocer en los mismos términos” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 15).

geral. Ao direito incumbe, pois, limitar o poder a fim de incrementar a liberdade e efetivar os direitos fundamentais.⁸²

O *paradigma iluminista do poder limitado*, portanto, aglutina duas ideias fundamentais para a filosofia política do garantismo contemporâneo: (i) envolve um juízo de valor sobre o poder, que, por sua vez, irá desaguar em (ii) uma concepção sobre a relação entre direito e poder nas sociedades contemporâneas.

No que tange ao primeiro ponto, o garantismo reeditou uma “filosofia da suspeita” em relação ao poder, que era um traço bem característico do projeto jurídico da Ilustração.⁸³ O garantismo, portanto, avalia *negativamente* o acúmulo de poder, concebendo-o como um algo moralmente e politicamente ruim. É fácil perceber como essa avaliação é imediatamente ligada a uma concepção sobre a relação entre direito e poder. Ferrajoli não afirma exatamente que todo poder é um mal: ele afirma que todo poder *desregulado* o é.⁸⁴ Daí a sua preocupação em tematizar o que ele tem chamado de “poderes selvagens”: são selvagens, segundo o autor, todos os poderes cujo campo de manifestação está marcado pela não-incidência de limites e vínculos jurídicos.⁸⁵ Para

⁸² Para os ilustrados, evidentemente, a questão era salvaguardar os direitos naturais por intermédio da elaboração de convenções jurídicas garantistas aptas a limitar o poder estatal. Como observa Schioppa, Montesquieu foi responsável por enunciar “a célebre fórmula segundo a qual a liberdade aumenta quando o poder é limitado [...]” (SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. Revisão de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 282).

⁸³ Assim, PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 46. Como observa Gascón Abellán, “a teoria geral do garantismo arranca da ideia – já presente em Locke e em Montesquieu – de que do poder se deve sempre esperar um potencial abuso que é preciso neutralizar fazendo do direito um sistema de garantias, de limites e vínculos ao poder com vistas à tutela dos direitos” (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 22. Tradução do autor. No original: la teoría general del garantismo arranca de la idea – presente ya en Locke y en Montesquieu – de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos).

⁸⁴ Com relação especificamente ao Direito Penal, Prieto Sanchís interpreta de forma mais forte a visão negativa de Ferrajoli em relação ao poder: “como uma manifestação consequente da Ilustração, para o garantismo o Direito e sua força, é dizer, fundamentalmente o Direito penal, representam um mal, não um bem moral; talvez um mal necessário, mas um mal ao fim e ao cabo que conserva sempre um resíduo de ilegitimidade e, por tanto, uma necessidade de justificação diante de uma instância superior, que é justamente a moral dos direitos humanos, sempre crítica e externa ao Direito positivo” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 28. Tradução do autor. No original: como manifestación de la Ilustración consecuente, para el garantismo el Derecho y su fuerza, es decir fundamentalmente el Derecho penal, representan un mal, no un bien moral; acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo que conserva siempre un residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral de los derechos humanos, siempre crítica y externa al Derecho positivo).

⁸⁵ Com a expressão “poderes selvagens” Ferrajoli pretende aludir, como ele mesmo esclarece, “àquela ‘liberdade selvagem e desenfreada’ da qual KANT fala na *Metafísica dos costumes*, como condição desregulada própria do Estado de natureza, isto é, na ausência do direito, e oposta àquela própria do ‘Estado

Ferrajoli todo poder em estado selvagem é *tendencialmente arbitrário*: “o poder desregulado, isto é, o poder desvestido de limites e vínculos impostos pelo direito, é em si um mal”.⁸⁶

o poder conserva sempre algo de irredutivelmente selvagem, existe em geral uma relação de virtual e permanente oposição entre direito e poder. O poder – todos os poderes, sejam públicos ou privados – tende com efeito, ineludivelmente, a se acumular em forma absoluta e a liberar-se do direito.⁸⁷

Com isso se chega a uma visão sobre a *função* do direito nas sociedades contemporâneas: o direito existe essencialmente para ser um instrumento de contenção do poder e do arbítrio. Sendo o poder tendencialmente arbitrário, é necessário que ele seja juridicamente limitado, pois “somente o artifício jurídico pode limitar os abusos”.⁸⁸

Ademais, o direito não arrosta o poder gratuitamente; ele o faz com um claro propósito. A questão é que os poderes selvagens corroem os “direitos fundamentais”⁸⁹ – especialmente dos indivíduos e dos grupos mais frágeis – e essa é a razão pela qual precisam ser limitados.

Em síntese, o direito possui um propósito geral bem delimitado, no sentido de que ele possui um “*porque*” e um “*como*”: ele existe para proteger os direitos fundamentais

jurídico’ ou de direito” (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y poderes salvajes*. Tradução de Alexei Julio e Gerardo Pisarello. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 377). Há em Ferrajoli também uma tipologia dos poderes selvagens. O autor compreende como tal, de um lado, não apenas os poderes públicos, mas também os poderes privados; de outro, tanto as manifestações de poder que violam a regulação jurídica (poderes selvagens ilegais) e que devem, portanto, ser arrostadas pela via jurisdicional, quanto aquelas manifestações que ficaram de fora da regulação jurídica (poderes selvagens extralegais) e que devem ser reguladas legislativamente (Ibid., p. 380-383).

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 24. Ainda conforme o autor, “é um dado de ‘experiência eterna’, como escreveu Montesquieu, que os poderes, diante da ausência de limites e controles, tendem a concentrar-se e a acumular-se em formas absolutas: a transmutar-se, na ausência de regras, em poderes selvagens” (FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15).

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y poderes salvajes*. Tradução de Alexei Julio e Gerardo Pisarello. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 377-378. Tradução do autor. Na versão espanhola: el poder conserva siempre algo de irredutiblemente salvaje, existe en general una relación de virtual y permanente oposición entre derecho y poder. El poder – todos los poderes, sean éstos públicos o privados – tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 24.

⁸⁹ FERRAJOLI fala em “direitos fundamentais”, alertando que utiliza a expressão no “sentido literal de que eles ‘fundam’ a legitimidade externa do direito e do Estado” (FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 295).

de todos e de cada um e o faz através da imposição de limites e vínculos ao exercício do poder.

Disso resulta que o direito não pode justificar-se por si mesmo, mas apenas com base em *fins* que se encontram fora dele, isto é, um sistema jurídico positivo só pode ser avaliado moralmente a partir de um ponto de vista crítico proveniente de fora do sistema jurídico avaliado (papel da filosofia política garantista). O direito não é – e não deve ser – compreendido como um fim em si mesmo, como se fosse uma espécie de sedimentação da moral objetiva ao estilo hegeliano, sob pena de afastar a própria possibilidade de sua crítica moral.⁹⁰

É, portanto, tarefa da filosofia política garantista explicar, a partir de um ponto de vista externo ao direito positivo, quais são os seus *fins justificadores*.⁹¹ Segundo Ferrajoli, esses fins encontram-se na “moral dos direitos humanos”⁹² e apenas a proteção destes últimos é capaz de legitimar o direito.

Logo, dizer que o direito, segundo o garantismo, possui caráter instrumental significa que ele consiste em um engenhoso *artificio* criado por seres humanos para a concreção de um determinado fim humanamente valioso, a saber, a tutela dos direitos

⁹⁰ O fato de o direito não possuir valor moral somente pelo fato de ser válido é um pressuposto da crítica moral do direito. Essa última se perde quando o direito passa a ser compreendido como a posituação da moral correta ou quando se sustenta que o direito deve ser identificado a partir dela. Para o autor, esse tipo de concepção tende ao autoritarismo, já que se “a moral é uma só, como expressão de Deus ou do Estado, e, portanto, o ‘bem’ coincide com o ‘verdadeiro’, não se justifica nenhuma tolerância jurídica ou moral com concepções diversas de bem; do mesmo modo que não se justifica a tolerância teórica para uma tese falsa como ‘ $2 + 2 = 5$ ’” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. v. 2. p. 305. Tradução do autor. Na versão espanhola: si la moral es una sola, como expresión de Dios o del Estado, y, por tanto, el «bien» coincide con lo «verdadero», no se justifica ninguna tolerancia jurídica o moral de concepciones diversas del bien; del mismo modo que no se justifica la tolerancia teórica para una tesis falsa como « $2 + 2 = 5$ ». Segundo Ferrajoli, é a equação entre “bem” e “verdade” que se encontra na origem de toda intolerância (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos fundamentales y bioética**. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2. p. 388).

⁹¹ Importa dizer que, segundo Ferrajoli, o Direito é heteropoiético, no sentido de que o seu fundamento de legitimação só pode ser encontrado fora dele. O Direito só se justifica enquanto empenhado na proteção de direitos humanos, isto é, o seu fundamento de legitimidade lhe é transcendente e, portanto, ele só pode ser justificado a partir de um ponto de vista ético-político externo. Não deve ser visto como um sistema autopoiético porque só faz sentido enquanto *meio* para realização de algo que lhe é exterior. Cf. ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 23-24; PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 21.

⁹² A expressão é de PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 28.

humanos.⁹³ Ele possui a missão fundamental – iniciada com a criação do Estado de Direito – de submeter todos os poderes (públicos e privados) a uma normatização limitadora, com vistas à tutela dos direitos humanos.⁹⁴

A relevância dessas valorações políticas para uma concepção garantista de direito pode ser sentida no modo como Ferrajoli define o garantismo, já que os seus argumentos funcionais a respeito do direito vão ser encampados por seu conceito mais amplo de garantismo.

Segundo o autor, garantismo designa “um modelo de direito destinado à garantia dos direitos subjetivos”,⁹⁵ é dizer, o garantismo pode ser definido como uma concepção de direito que tematiza, especialmente, os limites e os vínculos jurídicos necessários à contenção do arbítrio e à racionalização do poder estatal, com vistas à tutela dos direitos fundamentais.⁹⁶

⁹³ Analisando a teoria de Ferrajoli, Abellán acentuou que para o autor o Estado não passa de um *artificio*, de uma *convenção* que só estará justificada na medida em que se orienta para a proteção dos direitos que justificaram a sua criação (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 24).

⁹⁴ Segundo Ferrajoli, ao menos desde a Idade Moderna, o Direito assumiu o encargo de regular e, portanto, de conter o poder, passando a ser compreendido como “uma técnica dirigida a limitar, disciplinar e, por conseguinte, minimizar o poder” (FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y poderes salvajes. Tradução de Alexei Julio e Gerardo Pisarello. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 378). E mais adiante, nos diz: “é esta, precisamente, a natureza do direito moderno e do Estado de direito. Princípio da legalidade, divisão de poderes, sujeição de todos os poderes à lei [...] não são senão as técnicas dirigidas a garantir a limitação e a regulação do poder, de outro modo absoluto” (Ibid., p. 378). Assim, “toda a história moderna do direito pode ser lida como a história desta larga e difícil obra de minimização do poder, de uma progressiva substituição do governo dos homens pelo governo das leis [...]” (Ibid., p. 379). Trata-se de “um processo lento, disputado e todavia largamente inacabado de limitação do poder por obra do direito” (Ibid., p. 380).

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Cos’è il garantismo. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014. p. 129. No original: “con ‘garantismo’ si intende, conseguentemente, un modello di diritto finalizzato alla *garanzia* dei diritti soggettivi”. A mesma passagem encontra-se em outro texto: o garantismo designa “um modelo de direito orientado a *garantir* direitos subjetivos” (FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 347. Tradução do autor. Na versão espanhola: un modelo de derecho orientado a *garantizar* derechos subjetivos).

⁹⁶ Segundo Ferrajoli “por ‘garantismo’ se entenderá, pois, nessa acepção mais ampla, um modelo de direito fundado sobre a rígida subordinação de todos os poderes à lei e sobre os vínculos impostos a estes para garantia de variados direitos, e, antes de tudo, dos direitos consagrados nas constituições” (FERRAJOLI, Luigi. Cos’è il garantismo. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 131. Tradução livre. No original: con “garantismo” s’entenderà quindi, in questa più larga accezione, un modello di diritto fondato sulla rígida subordinazione alla legge di tutti i poteri e sui vincoli loro imposti a garanzia dei tanti diritti, primi tra tutti i diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni). E, em outro ponto do mesmo texto, o autor afirma: “in questa nozione allargata, il garantismo designa l’insieme dei limiti e dei vincoli imposti al sistema dei poteri e idonei ad assicurare la massima effettività alle promesse costituzionali” (Ibid., p. 132).

Aliás, o próprio termo “garantismo” remete a essas valorações políticas de fundo: a palavra constitui um neologismo que deriva da palavra “garantia”, a qual, por sua vez, corresponde, no léxico de Ferrajoli, a um “conjunto de limites e vínculos impostos aos poderes públicos para a tutela dos *direitos fundamentais*”.⁹⁷ Segundo o autor, *garantia* equivale a *dever*, isto é, garantias são “as obrigações ou as proibições correlativas a direitos subjetivos”⁹⁸ e, portanto, estabelecer uma garantia é criar um dever jurídico para alguém com o fim de assegurar o exercício de um direito a ele conexo. Por essa razão, o respeito aos *direitos fundamentais* passa pelo respeito às *garantias*, já que estas últimas existem justamente para assegurar a efetividade dos primeiros.

Como acentua Ferrajoli,

todos os direitos fundamentais, de fato, exigem leis de atuação, isto é, a introdução de garantias eficazes e de adequadas funções e instituições de garantia, na ausência das quais estão destinados a permanecer em larga medida sem efetividade.⁹⁹

Em síntese, essa noção mais geral de garantismo reflete a compreensão política de que a função primordial do direito é atuar como uma técnica de limitação do poder através da introdução e da efetivação de garantias (deveres) necessárias para a proteção dos direitos fundamentais.

Além disso, como o direito é valorado como instrumento vocacionado à proteção de direitos fundamentais, o respeito às regras jurídicas também se justifica por essa necessidade protetiva. Em outros termos, o recurso a esse argumento funcional serve para justificar a normatividade do direito e dar um tom especialmente dignificante à ideia da juridicidade: devemos respeitar rigorosamente os preceitos jurídicos por se tratar de um passo necessário para a proteção de direitos humanos fundamentais.

Não por acaso, o garantismo, desde seu nascedouro, caracterizou-se por ser uma teoria que assume um “paradigma forte da legalidade”, isto é, por ser uma teoria que se

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Cos'è il garantismo. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 129. Tradução do autor. No original: con “garanzie” si intende anche, e direi prevalentemente l'insieme dei limiti e dei vincoli imposti ai pubblici poteri a garanzia dei diritti fondamentali.

⁹⁸ Ibid., p. 129. Tradução do autor. No original: più in generale, le garanzie possono essere ridefinite, in sede di teoria del diritto, come gli obblighi o i divieti correlativi a diritti soggettivi [...].

⁹⁹ Ibid., p. 130. Tradução do autor. No original: Tutti i diritti fondamentali, infatti, richiedono leggi di attuazione, cioè l'introduzione di efficaci garanzie e di adeguate funzioni e istituzioni di garanzia, in assenza delle quali sono destinati a rimanere in larga misura ineffettivi.

caracteriza por respeitar, no máximo grau possível, a normatividade das garantias: trata-se, segundo Ferrajoli, de uma teoria “dos direitos fundamentais levados a sério”.¹⁰⁰

2.4.3 Os propósitos específicos do Direito Penal

Se o propósito geral do direito, tematizado no tópico anterior, fosse simplesmente traduzido para o âmbito penal teríamos como resultado algo mais ou menos assim: o Direito Penal é dotado de um conjunto de garantias que são responsáveis pelo estabelecimento de limites ao poder punitivo estatal, com o propósito de resguardar direitos individuais.

Um modelo garantista de Direito Penal, a um só tempo, legitima o exercício do poder punitivo e lhe impõe limites. É dizer, o garantismo admite a necessidade do poder de punir, mas exige que o seu exercício se dê dentro de determinados limites jurídicos, que funcionam como garantias dos direitos individuais das pessoas a ele submetidos. Trata-se, uma vez mais, do paradigma iluminista que concebe o Direito Penal como um sistema dotado de garantias oponíveis ao poder punitivo.

Ferrajoli, porém, não se restringiu a uma mera tradução do seu argumento funcional para o âmbito penal. Ele extraiu de reflexões de moralidade política, típicas do Direito Penal, os propósitos específicos desse ramo do direito. Como se verá na sequência, são os propósitos por ele atribuídos ao Direito Penal que darão sustentação ao seu programa garantista de um Direito Penal mínimo, ao afastar tanto o maximalismo quanto o abolicionismo penal.

2.4.3.1 O duplo propósito do Direito Penal

A questão dos propósitos do Direito Penal passa pela antiga e desgastada questão dogmática dos fins da pena.¹⁰¹ Ao colocar a tradicional pergunta “por que punir?”, o interrogante abandona o nível de determinação daquilo que é o Direito Penal (teoria

¹⁰⁰ As expressões “paradigma forte da legalidade” e “direitos fundamentais levados a sério” foram utilizadas como expressões designativas de uma concepção garantista do direito em: FERRAJOLI, Luigi. *Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”*. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 304.

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 351.

jurídica) e passa para o campo de uma filosofia política do Direito Penal, onde o garantismo se torna “uma doutrina normativa sobre o dever ser do Direito Penal *desde um ponto de vista axiológico externo*”.¹⁰²

No tocante à teoria dos fins da pena, o garantismo se insere no contexto geral de rejeição do retributivismo que é um dos traços mais incisivos do Direito Penal contemporâneo.¹⁰³

Ferrajoli se opõe às doutrinas retributivistas porque elas reivindicam a necessidade *moral* da sanção penal¹⁰⁴ e, ao fazê-lo, fornecem uma justificação *apriorística e totalizante* para a intervenção penal do Estado. Como o critério retributivo de legitimação da intervenção penal é exclusivamente moral (dissociado de quaisquer elementos que façam referência a um determinado sistema penal concreto), estas doutrinas não são capazes de oferecer critérios de deslegitimação *a posteriori* de sistemas

¹⁰² Ibid., p. 355. Tradução do autor. Na versão espanhola: Como *filosofía política*, el garantismo es una doctrina normativa sobre el deber ser del derecho penal *desde un punto de vista axiológico externo*. É nesse nível argumentativo que o autor se compromete com uma abordagem filosófica que procura fornecer os critérios ético-políticos de legitimação da intervenção punitiva estatal. Em uma palavra, enquanto filosofia política do direito penal, o garantismo lida com o problema da justificação/legitimação externa do direito penal (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 197-199). Por “justificação ou legitimação externa”, Ferrajoli compreende a “legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico” (Ibid., p. 199).

¹⁰³ Segundo Silva Sanchís, a partir dos anos 60 é possível identificar uma crise geral das perspectivas retributivistas no âmbito da cultura penal, já que a visão retributiva da pena, fundada em uma ideia metafísica de justiça, torna totalmente prescindível o recurso a considerações empíricas para a justificação da intervenção penal (SILVA SANCHIS, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992, p. 14-15). Para o autor, nos anos 60 muitos setores começaram a rechaçar “que o Direito penal se justifique pela realização da justiça, finalidade metafísica que, ao excluir de antemão toda constatação empírica, manteria a incolumidade do mecanismo punitivo, isolando-o das transformações sociais” (Ibid., p. 14-15. Tradução do autor. No original: Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social). No mesmo sentido, ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 15-47.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 349-350. Segundo o autor, as doutrinas retributivistas sobre os fins da pena “se satisfazem com a ideia de que a pena-retribuição possui um valor intrínseco enquanto fim em si própria” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 239). Para ele, estas concepções resultam “de uma concepção supersticiosa e vingativa da relação entre delito e pena” (FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 350).

penais concretos. São, ao contrário, capazes de justificar a existência de todo e qualquer ordenamento jurídico-penal concreto, por mais autoritário que sejam.¹⁰⁵

Logo, o fundamento da pena, conforme veiculado pelo pensamento penal secular e utilitarista da Ilustração, deve situar-se na sua finalidade *preventiva*,¹⁰⁶ afastada desde logo a ideia de que a pena seja uma forma de castigo ou algo decorrente de um imperativo moral ou religioso, que, de resto, violaria a tese liberal ou prescritiva da separação entre direito e moral.¹⁰⁷

As doutrinas relativas da prevenção costumam ser divididas em quatro núcleos, com base no cruzamento de dois critérios de classificação.¹⁰⁸ É assim que se fala em

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 240. Na verdade, esta característica (justificação apriorística e geral do Direito Penal) é, segundo Ferrajoli, compartilhada por todas as teorias tradicionais da pena, que ao justificar a intervenção penal em abstrato, tornam-se doutrinas irrefutáveis diante de argumentos sobre o que ocorre no plano fático. Ainda segundo o autor, o paradigma de justificação garantista, ao contrário, é capaz de promover a justificação, bem como a crítica, de sistemas penais concretos, a partir do cotejo entre o modelo normativo e aquilo que se passa no plano da realidade. Um determinado sistema penal concreto, como o brasileiro, por exemplo – ou mesmo uma norma específica do Direito Penal brasileiro – somente estará legitimado se amoldar-se efetivamente ao modelo das garantias penais e processuais (FERRAJOLI, Luigi. **Garantias y derecho penal**. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 350-351).

¹⁰⁶ As teorias preventivas sobre os fins da pena são justificações utilitaristas (ou relativas) que tratam a pena enquanto meio para a realização de fins que dizem respeito ao futuro (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 240). Segundo o pensamento utilitarista da Ilustração penal, as penas “são preços necessários para impedir males maiores, e não homenagens à ética ou à religião, ou, ainda, ao sentimento de vingança” (Ibid., p. 242).

¹⁰⁷ Após mapear e criticar a origem religiosa da doutrina da retribuição desde a Antiguidade, Ferrajoli afastou também as versões laicas de Kant e Hegel, da retribuição ética e jurídica, respectivamente. Segundo ele, a doutrina kantiana da retribuição ética possui o defeito irremediável de atribuir *de per se* valor moral à pena, valor que deveria arrostar o desvalor moral ontologicamente associado ao delito (moralismo ou substancialismo jurídico). Por sua vez, a doutrina hegeliana da retribuição jurídica atribui *de per se* valor moral à ordem jurídica como um todo, que precisa ser reintegrada no caso de sua violação (legalismo ou formalismo ético) (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 239-240). Em ambos os casos, observa Ferrajoli, há uma crença na existência de um nexos necessário entre a culpa e a punição, ou melhor, entre “a subjetividade maldosa e culpada do réu” e a pena enquanto castigo reparador. Uma vez que aquilo que está feito não pode ser desfeito, a pena só pode ser considerada “retribuição”, “reparação”, “reintegração” em um sentido mágico ou metafísico, uma vez que “responder ao mal com o mal não significa eliminá-lo, nem repará-lo, mas, quando muito, dobrá-lo” (Ibid., nota 46, p. 270 e p. 237).

¹⁰⁸ A prevenção pode ser dividida em *geral e especial*, com base no “*quem*” da prevenção, isto é, consoante um critério de classificação que toma em consideração o destinatário da medida preventiva. A prevenção é geral quando o objetivo preventivo se dirige a toda coletividade, a todas as pessoas que se encontram submetidas às leis penais, isto é, procura-se impedir que alguém (qualquer pessoa) venha a praticar delitos. A prevenção, por outro lado, é especial quando ela se volta para o condenado por uma infração penal já praticada, pretendendo impedir que ele venha a praticar novos delitos. O outro critério de classificação refere-se ao “*como*” da prevenção, distinguindo a prevenção em *positiva e negativa*. Aqui o que interessa é o modo como o Estado pretende prevenir a ocorrência de novos delitos. A prevenção é positiva quando pretende promover uma espécie de *transformação* (moral) dos destinatários da medida preventiva; é, por

prevenção geral positiva, em prevenção geral negativa, em prevenção especial positiva e em prevenção especial negativa.

Estando radicado em uma concepção liberal e positivista de direito, o garantismo rejeita as teorias que pretendem fundamentar o Direito Penal na *prevenção positiva*, seja ela geral ou especial, por compreendê-las como fruto de uma inaceitável confusão entre direito e moral.

Assim, as ideologias do tratamento ou da ressocialização (prevenção especial positiva) costumam partir de determinadas premissas sobre a natureza diferenciada do delinquente (antropológica, biológica ou social) e terminam por pretender a sua cura médica, moral ou espiritual, o que implica em uma intromissão não-liberal e inaceitável em sua interioridade moral.¹⁰⁹ Além disso, ao pressupor algum tipo de anormalidade no delinquente, estas teorias acabam se projetando mais para o tipo de autor do que para natureza e gravidade do fato delituoso.¹¹⁰

Já a ideia de que a missão do Direito Penal é reforçar valores morais, laços de solidariedade social ou a fidelidade ao direito (prevenção geral positiva) constitui nítida afronta à separação positivista entre direito e moral, ao pressupor que as leis penais formam algo como um “código moral mínimo”, incorrendo naquilo que Ferrajoli denomina falácia legalista, que consiste em que acreditar que a lei, pelo só fato de ser lei, é moralmente correta. Este tipo de concepção termina, assim, por legitimar, de forma apriorística, os sistemas jurídico-penais concretos, ao atribuir-lhes a função de pedagogia moral.¹¹¹

outro lado, negativa, quando pretende prevenir crimes através da *dissuasão* ou da *neutralização* das pessoas a quem se dirige a prevenção (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 245).

¹⁰⁹ Ibid., p. 252-254. O autor afirma que “na medida em que seja realizável, a finalidade da correição coativa da pessoa constitui, portanto, uma finalidade moralmente inaceitável como justificação externa da pena, além de violar o primeiro direito de todo e qualquer homem, que é a liberdade de ser ele próprio e de permanecer como é” (Ibid., p. 254). As três principais vertentes da prevenção especial são: (i) as doutrinas moralistas da emenda (doutrina da *poena medicinalis*); (ii) as doutrinas terapêuticas da defesa social (o positivismo criminológico italiano e o modelo soviético); e (iii) as doutrinas teleológicas da diferenciação da pena (como o programa de Marburgo de Von Liszt) (Ibid., p. 247-251).

¹¹⁰ Ferrajoli afirma que todas as vertentes da doutrina da prevenção especial positiva “dizem respeito não tanto ao crime, mas ao réu, não aos fatos, mais aos seus autores, diferenciados segundo as suas características pessoais antes mesmo que pelas suas ações delitivas” (Ibid., p. 247). E mais adiante: “em todos estes casos, frise-se, é a pessoa do delinquente, mais que o fato delituoso – o pecador mais que o pecado, o doente mais do que o sintoma –, a ser colocada em primeiro plano para fins de qualidade e quantidade da pena” (Ibid., p. 252). Além disso, todas elas apoiam também o uso do Direito Penal para “transformar as personalidades desviantes” (Ibid., p. 247).

¹¹¹ Para o autor, “as recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral” e situam-se no filão que Ferrajoli denomina “legalismo ou estatalismo ético”

Por outro lado, no campo da prevenção negativa, é de se rejeitar a doutrina da prevenção especial negativa. Ela aparece no mesmo contexto penal autoritário em que se alastraram as doutrinas da prevenção especial positiva e foi idealizada para operar ao lado desta, de acordo com a crença no caráter corrigível ou incorrigível do condenado. Assim, enquanto o *tratamento* era o meio destinado ao *corrigível* (prevenção especial positiva), a *neutralização/eliminação* era o que restava aos *incorrigíveis* (prevenção especial negativa).¹¹² A ideia de neutralização do condenado vai muito além da mera tentativa de dissuadir o agente da prática do comportamento delituoso, chegando à perigosa ideia de inabilitar *faticamente* o réu para o cometimento de novos delitos, o que, historicamente, foi a porta de entrada para diversas modalidades de penas cruéis e desumanas, como a mutilação, a segregação perpétua, a pena de morte, a castração química etc.

Resta, portanto, a teoria da prevenção geral negativa como critério a partir da qual se torna possível aferir a legitimação/deslegitimação do Direito Penal, no marco de uma teoria garantista do Direito Penal. Ferrajoli inicia, portanto, sua formulação sobre os propósitos do Direito Penal a partir da ideia de *ameaça legal*, segundo a qual a cominação legal da pena exerce sobre as pessoas em geral uma eficácia dissuasória, por formar um contramotivo (psicológico) destinado a superar os motivos para a infração da norma.¹¹³

(FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 256). Elas representam, assim, “uma ideologia de legitimação apriorística, tanto do direito penal como da pena” e ao diluir o indivíduo no sistema social, torna-se solidária com modelos de direito penal máximo e ilimitado (Ibid., p. 256).

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 246-247. Nesse ponto, as doutrinas retributivas e as doutrinas da prevenção especial (positiva e negativa) se assemelham, já que “na base de ambos os tipos de justificação existe, de forma mais ou menos explícita, uma concepção do delito – e, antes mesmo do delinquente – como mal em si próprio, ontologicamente pecado ou doença” (Ibid., p. 255).

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 258-261. Deve-se advertir que a doutrina ferrajoliana da prevenção não se confunde com as tradicionais doutrinas da prevenção geral negativa: ela é construída justamente a partir de uma crítica dessas concepções. Uma das versões mais tradicionais da doutrina da prevenção geral negativa foi aquela da *pena exemplar*, defendida em geral pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual a punição do infrator deve servir como uma espécie de *exemplo* para os demais cidadãos. Essa concepção é totalmente afastada por Ferrajoli como moralmente inadmissível (Ibid., p. 257-258). Basicamente, ela não ultrapassa a objeção kantiana, segundo a qual “nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos” (Ibid., p. 257-258). A versão mais avançada da doutrina da prevenção geral negativa, a teoria da ameaça legal, foi aquela construída, pouco depois, por nomes como Feuerbach, Romagnosi, Pagano e Schopenhauer. Para Ferrajoli, a cominação legal da pena possui caráter dissuasório, uma vez que “a pena nada mais é do que o efeito (desincentivador) estabelecido pela lei penal para dissuadir a sua própria infração ou, ainda, garantir-lhe a eficácia” (Ibid., p. 258).

Embora também vislumbre defeitos na teoria da prevenção geral negativa, Ferrajoli admite que ela escapa de alguns problemas em que comumente incorrem as doutrinas alternativas sobre a justificação da pena:

a função preventiva geral, em razão do caráter abstrato da previsão legal quer dos delitos, quer das penas, enfocam o delito e não o delinquente individualmente, protegendo estes de tratamentos desiguais e personalizados com fins corretivos de emenda ou de terapia individual ou social ou para fins políticos de repressão exemplar.¹¹⁴

A prevenção geral negativa em Ferrajoli não é, contudo, uma peculiaridade do Direito Penal. O autor ressalta que esse modo de ver as coisas em nada difere daquela tarefa que é atribuída a toda norma jurídica de natureza sancionatória.¹¹⁵ Logo, a doutrina da ameaça legal

tem o predicado – mas também a limitação – da banalidade. Dizer que a proibição penal tem a função de dissuadir equivale a dizer que uma prescrição possui a função de persuadir. Esta é, de um modo geral, a função pragmática própria de todas as normas, ou seja, orientar os comportamentos, estabelecendo efeitos jurídicos agradáveis ou desagradáveis em razão de omissão diante dos mesmos.¹¹⁶

Mas, conquanto seja uma condição necessária, a prevenção geral negativa ainda não é condição suficiente para a justificação da pena no marco do Direito Penal mínimo.¹¹⁷ Afirmar que a ameaça legal da pena está voltada à dissuasão da prática de um comportamento ainda não é suficiente para responder à pergunta “por que punir?” desde um ponto de vista axiológico externo ao próprio direito positivo.¹¹⁸ Se a reflexão fosse encerrada por aqui, se poderia cometer o equívoco de confundir a doutrina axiológica de justificação com a efetiva justificação do sistema penal concreto e, assim, imaginar que qualquer pena previamente cominada em lei está legitimada de forma apriorística e

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 259.

¹¹⁵ Na realidade, Ferrajoli observa que a pena enquanto efeito jurídico em nada difere “de qualquer outro tipo de efeito jurídico, cuja previsão por parte de uma norma primária possui sempre o objetivo de assegurar a eficácia da norma secundária que disciplina o ato ao qual aquele é imputado” (Ibid., p. 258).

¹¹⁶ Ibid., p. 258.

¹¹⁷ Ibid., p. 261.

¹¹⁸ Ibid., p. 259-260.

plena.¹¹⁹ É preciso, portanto, buscar uma resposta ao “por que punir?” fora dos limites das leis penais positivas, isto é, em uma reflexão típica de moralidade política.

Historicamente, as doutrinas preventivas imputavam ao Direito Penal o único objetivo de *evitar a prática de delitos*, uma vez que estavam fundadas na ética utilitarista da Ilustração, segundo a qual o Estado e o direito deveriam voltar-se para a máxima satisfação do maior número de pessoas. Por isso, o utilitarismo penal da Ilustração perseguia apenas o interesse ou a utilidade de uma maioria não-desviada, passando por cima da necessidade de tutela dos interesses daquela minoria desviada que é comumente selecionada pelo sistema penal.¹²⁰ Por esta razão, Ferrajoli chamou a filosofia utilitarista da Ilustração de “um utilitarismo partido ao meio”.¹²¹

Obviamente, essa concepção unilateral de defesa social – que atribui ao Direito Penal uma única finalidade – justifica o incremento da violência penal até o infinito. O raciocínio defeituoso seria mais ou menos o seguinte: como as penas atualmente existentes não conseguem “resolver” o problema da criminalidade – e o fato é que nenhuma pena jamais conseguiu – a finalidade preventiva exigiria a promoção de um contínuo incremento das penas, tanto em termos qualitativos, quanto em termos quantitativos.¹²²

Ferrajoli critica justamente esta visão unilateral do utilitarismo iluminista, sustentando a necessidade de inserir um segundo objetivo justificante ao Direito Penal: “o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”, vale dizer, é preciso prevenir também a “reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, *punitiva mas não penal* – que na ausência das penas poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele”.¹²³ Com isso se pensa não apenas na prevenção de futuros

¹¹⁹ Para a distinção ferrajoliana entre as doutrinas axiológicas de justificação e a justificação propriamente dita de um sistema penal concreto, cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 301-303.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 242-245. Para ele, o objetivo justificante proposto pelas doutrinas da prevenção negativa é unilateral, isto é, visa “*somente* a máxima utilidade possível dos não desviantes e não *também* o mínimo sofrimento necessário dos desviantes” (Ibid., p. 307). Logo, a tradição descuroou da prevenção de reações arbitrárias ou excessivas, para a proteção da minoria desviante ou assim considerada (Ibid., p. 244). E acrescentou: “tal fato faz do moderno utilitarismo penal um utilitarismo bipartido, voltado somente para a utilidade da maioria e, conseqüentemente, exposto à tentação da autolegitimação e a desdobramentos autoritários em direção a modelos de direito penal máximo” (Ibid., p. 245).

¹²¹ Ibid., p. 308.

¹²² Ferrajoli falou no “argumento idiota” de que “cada delito cometido demonstra, a rigor, que a pena prevista para o mesmo não foi de molde a preveni-lo e que, portanto, teria sido necessária uma maior” (Ibid., p. 308).

¹²³ Ibid., p. 308-309.

delitos (máximo bem-estar possível dos não-desviados), mas também na prevenção da violência secundária ou decorrente do crime, isto é, a prevenção de novas hipóteses de violência engatilhadas pelo cometimento do delito (mínimo mal-estar necessário dos desviados).¹²⁴

O garantismo apresenta-se, neste sentido, como um paradigma metateórico que assinala ao Direito Penal uma *dupla função preventiva*: (i) de um lado, a missão tradicionalmente atribuída ao Direito Penal de prevenir a ocorrência de crimes por meio da imposição legal de penas preestabelecidas para comportamentos previamente descritos; (ii) de outro, a função de minimizar a violência que explode como reação ao crime, seja essa violência social (vingança privada) ou institucional (todas as formas de arbítrio das agências penais).

O direito penal, poderíamos dizer, se justifica se e somente se, além de prevenir os delitos – coisa que conseguiriam fazer igualmente bem os sistemas policiais desregulados e os de justiça privada selvagem –, consegue também minimizar a violência das reações frente aos delitos. Se e apenas se, em consequência, consegue ser instrumento de defesa e garantia de todos: da maioria não desviada, mas também da minoria desviada.¹²⁵

Isso é perfeitamente apreendido pela imagem do garantismo como *a lei do mais fraco*. Ela mostra como o Direito Penal pretende proteger aquele que, em um e outro momento, revela-se a parte mais débil da relação: antes da prática delitativa, incumbe ao Direito Penal proteger (com a função de prevenção geral das penas) as *vítimas do crime*, já que, neste momento, a sociedade aparece como vulnerável diante do crime; por seu turno, durante a persecução e a execução penal, a proteção jurídico-penal se volta para o *imputado* ou *condenado*, porque, neste momento, é ele a pessoa exposta à violência de todo o corpo social.¹²⁶

¹²⁴ Ibid., p. 312-313.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 349. Tradução do autor. Na versão espanhola: El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos – cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje –, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 311-312; FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 350.

O Direito Penal, portanto, só se justifica enquanto técnica de redução geral da violência interpessoal, ou seja, enquanto instrumento de redução da violência social provocada, direta ou indiretamente, pelo fenômeno delitivo. Assim, incumbe ao Direito Penal tutelar “não apenas a pessoa do ofendido, mas, do mesmo modo, o delinquente contra reações informais, públicas ou privadas”.¹²⁷

Especialmente a realização dessa *segunda finalidade justificante* do Direito Penal (prevenção da violência pós-delitiva) exige a implementação, no plano jurídico interno, do modelo garantista de Direito Penal, já que somente a previsão e a efetivação das garantias penais e processuais é capaz de assegurar a consecução de um dos fins do Direito Penal:

Existe, pois, uma correspondência biunívoca entre justificação externa ou ético-política e garantismo penal. Um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade. E atinge tal objetivo à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Estas *garantias* se configuram, portanto, como outras *condições de justificação* do direito penal, no sentido que somente a atuação destas vale para satisfazer-lhes os objetivos justificantes.¹²⁸

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 309. E em outro texto: “em um Estado democrático de direito não deveria haver mais violência legal do que a estritamente necessária para controlar outras formas de violência, evidentemente ilegais, mais graves e vexatórias ou, o que é o mesmo, que a violência das penas – juridicamente falando – só estará legitimada enquanto previna a violência maior que produziriam os delitos que se cometeriam em sua ausência” (FERRAJOLI, Luigi. *La legalidad violenta*. Tradução de Benjamín Rivaya García. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 169. Tradução do autor. Na versão espanhola: en un Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias o, lo que es lo mismo, que la violencia de las penas – juridicamente hablando – sólo quedará legitimada en tanto en cuanto [sic] prevenga la mayor violencia que producirían los delitos que en su ausencia se cometerían).

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 318. Segundo o autor, existe um nexó indissolúvel entre as garantias e a justificação externa do Direito Penal, quando esta reclama aquele segundo objetivo, isto é, a prevenção da violência posterior e resultante do crime. Logo, como um dos objetivos do Direito Penal é “regular e minimizar a violência punitiva”, as garantias despontam como “fontes de justificação do direito penal”, porque é somente através da efetivação destes mecanismos de proteção dos direitos de liberdade é que se pode dizer que um determinado sistema penal se encontra justificado (FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 349). E continua: “as garantias, com efeito, [...] não são mais do que as técnicas encaminhadas a minimizar a violência e o poder punitivo; é dizer, a reduzir o quanto possível, a esfera dos delitos, os espaços de arbitrio judicial e a afluência das penas” (Ibid., p. 350. Tradução do autor. Na versão espanhola: las garantías, en efecto [...] no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva; es decir, a reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la afluencia de las penas). Assim, também em FERRAJOLI, Luigi. *Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo*. Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. In: FERRAJOLI, Luigi.

Acrescente-se, por fim, que esses dois objetivos juntos fornecem um critério tanto para o *limite mínimo* quanto para o *limite máximo* das penas: a ideia de prevenção de futuros delitos nos fornece uma medida mínima aquém da qual a pena se torna preventivamente ineficaz. Por outro lado, a prevenção da violência resultante do delito representa um critério, ainda que fluído, para o máximo de pena justificável: a pena estatal legítima deve ser sempre menor do que aquela que resultaria do exercício arbitrário das próprias razões, isto é, da violência que existiria em uma sociedade em que não houvesse o monopólio estatal da punição.¹²⁹ Na visão de Ferrajoli, “a pena é justificada como *mal menor* – ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência”.¹³⁰

2.4.3.2 A justificação externa do Direito Penal mínimo

Ao atribuir esse duplo propósito ao Direito Penal, o garantismo legitima um programa (político-criminal) de Direito Penal mínimo. De um lado, o garantismo se afasta do abolicionismo penal ao reconhecer a necessidade do sistema penal para a prevenção de crimes. De outro, rejeita todas as formas de maximalismo penal ao sustentar que a pena deve ser somente aquela suficiente para evitar a violência pós-delitiva.

Como se sabe, os principais teóricos abolicionistas, ainda que partindo de inspirações e marcos teóricos bastante diversos, rejeitam a legitimidade da intervenção punitiva do Estado e, em consequência disto, defendem a extinção do sistema penal e de tudo a ele relacionado.¹³¹

Ao assumir um ponto de vista axiológico externo ao Direito Penal positivo como base para uma crítica do sistema penal enquanto mecanismo seletivo de opressão e

Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 490.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 310.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 312.

¹³¹ Ferrajoli considerou “abolicionistas” as doutrinas axiológicas que possuem estas características em comum, isto é, que não encontram legitimação alguma para o Direito Penal e que, por isso, almejam a sua extinção (*Idib.*, p. 231). Sobre a variabilidade de pressupostos teóricos do abolicionismo é possível citar, com Vera Andrade, a vertente estruturalista de Foucault, a vertente materialista (marxista) de Thomas Mathiesen e a vertente fenomenológica de Louk Hulsman e a fenomenológico-historicista de Nils Christie (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006. p. 166-167).

imposição de sofrimentos, as doutrinas abolicionistas tiveram o inegável mérito de inspirar a luta pela humanização do sistema penal e de dar “novos ares” ao pensamento criminológico contemporâneo, dialogando com diversos setores da chamada criminologia crítica.¹³²

Mas o garantismo se afasta do abolicionismo ao responder de forma positiva e condicional à questão da necessidade da pena. Conforme o garantismo contemporâneo, a imposição de pena, desde que respeitadas determinadas condições (o modelo das garantias), é uma necessidade. Ferrajoli assume, portanto, que é possível formular critérios que justificam a necessidade de *alguma* intervenção penal estatal (ainda que somente dentro de determinados limites e parâmetros).¹³³

Nesse sentido, o garantismo é uma *teoria reformadora* do Direito Penal, que sustenta a necessidade de sua adequação teórica e legislativa ao programa de “Direito Penal mínimo”,¹³⁴ distinguindo-se, pois, nitidamente, do abolicionismo que defende a completa eliminação dos sistemas penais.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 235; SILVA SANCHIS, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992. p. 18-20. Por isso, Crespo lamentou o fato de que o protagonismo tenha saído do debate entre minimalistas e abolicionistas para o debate sobre a expansão do Direito Penal: “sin embargo, el debate sobre la legitimidad del Derecho Penal, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar “modernización del Derecho Penal” (CRESCO, Eduardo Demetrio. Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª Época, n. 14, p. 87-115, 2004. p. 88).

¹³³ Ferrajoli, portanto, justifica “a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à deviação socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 231-232).

¹³⁴ *Ibid.*, p. 231. Ferrajoli sustentou que o “direito penal mínimo” é um “programa reformador: de reforma y reconstrucción racional completa del sistema penal, procesal y penitenciario en función de la tutela de los bienes y derecho fundamentales que bien podemos identificar como aquellos sancionados en la Constitución republicana” (FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 490-491). Para ele, são reformadoras “as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflictivas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 231). Por isso, “‘garantismo’ e ‘direito penal mínimo’ são [...] termos sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de direito penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **Garantías y derecho penal**. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 348. Tradução livre).

Quero dizer que a única justificação racional que se pode oferecer do direito penal, como alternativa às hipóteses abolicionistas, é a que permita reduzir, ou seja, minimizar, a quantidade e qualidade da violência na sociedade: não só a violência dos delitos, mas também a violência das reações frente aos delitos.¹³⁵

Para tanto, é preciso comparar, hipoteticamente, os níveis de violência existentes em sociedades *com* e *sem* o Direito Penal. O abolicionismo sustenta que a intervenção penal estatal provoca mais danos do que haveria em uma sociedade *sem* Direito Penal, razão pela qual o sistema penal deveria ser abolido em sua integralidade. O garantismo, por seu turno, sustenta a necessidade de um sistema penal juridicamente limitado e vinculado como a maneira mais pacífica e racional de lidar com os conflitos sociais que assumem relevância penal.

Para o garantismo, “o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva” e a pretensão abolicionista de eliminá-lo só pode ser compreendida uma “utopia regressiva”.¹³⁶ A abolição do Direito Penal não seria suficiente para abolir as milenares práticas sociais punitivas, mas apenas o controle formal ou institucional destas práticas, o que resultaria em um nível bem maior de violência geral.¹³⁷

¹³⁵ Ibid., p. 349. Tradução do autor. Na versão espanhola: quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea, minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 317. Como conclui o autor, “os sistemas punitivos modernos – graças às suas contaminações policialescas e à quebra, mais ou menos excepcional, das suas formas garantistas – para uma transformação em sistemas de controle sempre mais informais e sempre menos penais, de tal modo que a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas ou garantias que o distinguem de outras formas de controle social mais ou menos selvagens e disciplinares, é o verdadeiro problema penal da nossa época. Talvez a verdadeira utopia de hoje não seja a alternativa ao direito penal, mas, sim, o próprio direito penal e as suas garantias, não o abolicionismo, mas o garantismo, mesmo se inevitavelmente parcial e imperfeito” (Ibid., p. 318). Para uma resposta abolicionista ao garantismo penal, cf. BADARÓ, Tatiana. Garantista vs. abolicionistas: as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo penal e as réplicas abolicionistas ao garantismo penal. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 713-736, 2018.

¹³⁷ Crespo escreveu que “el abolicionismo ha sido objeto, no sin razón, de *críticas de signo garantista*: abolir el Derecho Penal puede significar al mismo tiempo abolir sus límites, lo cual puede conducir a la instauración de una sociedad disciplinaria de controles ilimitados” (CRESPO, Eduardo Demetrio. Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª Época, n. 14, p. 87-115, 2004. p. 96). Não obstante, o autor observa que é preciso aprofundar a investigação para indicar a que garantias concretamente se está renunciando e quais seriam as vantagens da alternativa abolicionista (Ibid., p. 96). Além disso, como destaca Ferrajoli, em muitos casos, as doutrinas abolicionistas incorrem em falácia naturalista, ao defender a exclusão de uma doutrina normativa do Direito Penal (como as garantias penas e processuais) com base em teorias assertivas sobre o que de fato ocorre (a inefetividade das garantias, por exemplo), vale dizer, pretendem fazer decorrer, sem mais, juízos de valor de asserções sobre o ser (FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. Tradução de Roberto Bergalli com a colaboração de Héctor C. Silveira e José L. Domínguez. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 120).

Por outro lado, enquanto teoria liberal do Direito Penal mínimo, o garantismo penal opõe-se a todas as concepções maximalistas do Direito Penal, como, por exemplo, o Direito Penal do inimigo.¹³⁸ Em linhas gerais, Ferrajoli considera que, do ponto de vista da justificação externa do Direito Penal, as concepções maximalistas incorrem na já criticada concepção preventiva unilateral (prevenção da violência do crime), desconsiderando a necessidade de prevenir, também, a violência desencadeada pelo crime, inclusive, a estatal.

As concepções maximalistas seguem, portanto, no sentido oposto àquele trilhado pelo garantismo, porque enquanto este sustenta a necessidade de redução da violência geral na sociedade, as vertentes maximalistas defendem o incremento do nível de violência estatal como forma de prevenir a violência delitiva. Ademais, do ponto de vista jurídico interno, a perspectiva do *Direito Penal máximo* comumente representa uma quebra ou ruptura com o completo sistema de garantias penais e processuais que constituem o modelo garantista de Direito Penal previsto nos sistemas jurídicos dos Estados democráticos de direito.¹³⁹

2.4.4 Garantismo, constitucionalismo rígido e democracia

Por fim, o garantismo penal só faz sentido em um Estado constitucional de direito, no qual o poder das maiorias ocasionais – muitas vezes conduzidas por ondas revanchistas

¹³⁸ Jakobs recorreu às doutrinas do contrato social para propor um modelo dual de sistema penal baseado na distinção entre “cidadão” e “inimigo”. A diferença é que enquanto ao primeiro se assegura um sistema penal dotada de todas as garantias convencionadas no pacto social, em relação ao segundo a maior parte dessas garantias poderia ser dispensada (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Civitas, 2003). Sobre o tema, conferir GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 7, p. 211-247, Dez. 2005.

¹³⁹ Para uma referência crítica ao “direito penal máximo” e aos recentes fatores da ampliação do Direito Penal na Itália, ver FERRAJOLI, Luigi. Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo. Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal.** Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 491-500. Ressaltando o caráter do garantismo como ideia regulativa da realidade, Morais da Rosa assevera que “cada sistema concreto poderá ser avaliado como *de uma tendência* ao ‘direito penal mínimo’ ou ‘direito penal máximo’, conforme satisfaça as condições antes indicadas, investindo-o de *racionalidade e certeza*, na melhor tradição liberal. Garantismo e racionalidade encontram-se, pois, imbricados na pretensão de construir a legitimidade do sistema punitivo, mediante o estabelecimento de uma tecnologia apta e democraticamente sustentada pelos Direitos Fundamentais” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 123). E mais adiante sustenta: “para o modelo *penal mínimo*, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é que poderá se impor uma sanção, levando a sério a ‘presunção de inocência’. De outra face, o modelo *penal máximo* golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados” (Ibid., p. 124).

ou punitivistas – encontra-se limitado por Constituições rígidas. Ferrajoli, portanto, desenvolve uma concepção normativa ou valorativa sobre o constitucionalismo e a democracia que é verdadeira condição de existência do garantismo penal.

Diversamente de outros autores positivistas, como Kelsen, Hart e Shapiro, Ferrajoli não assumiu a tarefa de elaborar uma teoria capaz de explicar universalmente o direito, isto é, uma teoria apta a elucidar todas as possibilidades de configuração do fenômeno jurídico – o direito de qualquer povo, em qualquer época. A teoria ferrajoliana se presta, antes, a explicar aquele tipo de ordenamento jurídico “nascido com as modernas Constituições”,¹⁴⁰ que constitui a referência, na linguagem técnico-jurídica, da expressão *Estado Constitucional de Direito*. Daí sustentar Moraes da Rosa que “a Teoria Garantista representa ao mesmo tempo o resgate e a valorização da *Constituição* como documento *constituente* da sociedade”.¹⁴¹

O autor destaca que, no desenvolvimento do Estado de Direito moderno, o advento do constitucionalismo rígido provocou uma alteração paradigmática com profundos impactos em diversos setores da cultura jurídica: trata-se da passagem do *Estado legislativo de direito* para o *Estado constitucional de direito*, uma modificação substancial da estrutura do Estado de Direito, que afetou drasticamente a nossa compreensão do direito e da política.¹⁴²

Segundo Ferrajoli, é possível vislumbrar, na experiência histórica, três modelos de Estado ou de Direito que equivalem a três distintos paradigmas teóricos: o paradigma jurisprudencial, o legislativo e o constitucional.¹⁴³

O modelo do direito jurisprudencial pré-moderno é marcado negativamente pela ausência de monopólio da fonte de produção normativa. Baseado em uma releitura do antigo direito romano e do direito comum (*common law*), esse paradigma possuía a dificuldade adicional de determinação da regra aplicável ao caso, em virtude da multiplicidade das fontes normativas existentes.¹⁴⁴

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 790.

¹⁴¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 92.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del derecho, México D.C., n. 16, abr. 2002.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 17.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 18.

O segundo modelo, legislativo ou paleo-positivista, inicia-se justamente com o monopólio estatal da produção normativa, isto é, pelo estabelecimento do princípio da legalidade no Estado moderno.¹⁴⁵ Esse arranjo moderno do Estado de Direito (*rule of law*) é denominado por Ferrajoli de “Estado legislativo de direito”.

Nesta formulação, graças aos princípios da separação de poderes e da legalidade, conseguiu-se estabelecer limites jurídicos aos Poderes Executivo e Judiciário, pois ambos passaram a estar submetidos à lei. No entanto, o Poder Legislativo permanecia sendo essencialmente um poder absoluto, já não havia nenhum componente jurídico capaz de limitar a vontade parlamentar, isto é, não havia controle sobre a vontade do legislador no tocante ao conteúdo das normas que decidia elaborar (“supremacia do legislativo”). A vontade parlamentar, que se expressava por meio de uma forma adequada (processo legislativo), tornava-se automaticamente uma lei válida, pois não havia normas jurídicas superiores às leis com as quais se pudesse contrastar o seu conteúdo.¹⁴⁶

Fazia-se, ainda, necessário um aperfeiçoamento do Estado de direito (e da legalidade) para adequá-lo ao seu declarado propósito de submeter *todos* os poderes à lei. Esse aperfeiçoamento se deu com o advento do *Estado constitucional de direito*, que se estabeleceu, de forma generalizada, após a segunda guerra mundial. O terceiro modelo de direito, o modelo constitucional ou neopositivista, se sustenta na rigidez constitucional e logra submeter também o legislador ao direito.¹⁴⁷ A Constituição rígida é colocada como norma superior à lei e seu conteúdo deve ser rigorosamente observado pelo legislador, sob pena de invalidação das suas leis. Trata-se, como leciona Ferrajoli, de um avanço da legalidade necessário para o aperfeiçoamento do Estado de Direito: se o *rule of law* exige

¹⁴⁵ Ibid., p. 18-19.

¹⁴⁶ Ibid., p. 19-20; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

¹⁴⁷ A característica da rigidez indica que as normas constitucionais, hierarquicamente superiores às leis ordinárias, só podem ser alteradas – quando o podem – por procedimentos especiais previstos na própria constituição. A rigidez constitucional, assim, “demanda para alteração dos preceitos constitucionais um procedimento mais difícil do que aquele exigido para elaboração da legislação infraconstitucional” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26). Ferrajoli assim tratou do tema: “¿Qué significa en realidad la «rigidez» de las constituciones? Significa el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma y, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonel. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgarejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Christian Courtis, Marina Gascón Abellán, Nicolás Guzmán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 29).

a submissão de todos os poderes à lei, era preciso submeter também o Legislativo às normas jurídicas.

A ascensão do constitucionalismo rígido, por seu turno, provocou uma guinada paradigmática em pelo menos quatro pontos da cultura jurídica: (i) alterou o sentido das categorias teórico-jurídicas fundamentais da validade e da vigência; (ii) modificou o sentido da democracia; (iii) transformou as atribuições jurisdicionais; (iv) e modificou igualmente as atribuições da ciência jurídica.¹⁴⁸

Em primeiro lugar, o advento do constitucionalismo rígido tornou necessária a bipartição, no plano jurídico-teórico, dos conceitos de *vigência* e *validade*, a fim de dar conta do fenômeno do “direito vigente inválido”.¹⁴⁹ Com o advento das Constituições rígidas, passa a existir a possibilidade conceitual de normas jurídicas vigentes, mas (constitucionalmente) inválidas.

Logo, a teoria do direito precisou reorientar a distinção entre vigência e validade, tomando por base a diferença existente entre observância da forma constitucionalmente preestabelecida para a elaboração normativa (vigência) e a adequação do conteúdo normativo às estipulações substanciais da Constituição rígida (validade).¹⁵⁰

A *vigência* confunde-se, pois, com a própria existência da norma jurídica e tem relação com a observância dos parâmetros formais de sua elaboração. Uma norma existe ou vige quando é elaborada de acordo com as metanormas sobre competência e processo legislativos. Logo, no discurso teórico sobre a vigência não interessa o conteúdo da norma elaborada, mas apenas por “quem” e “como” ela foi elaborada, ou seja, o seu “ser”.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 54.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del derecho, México D.C., n. 16, abr. 2002, p. 10-11.

¹⁵⁰ Em “Direito e razão” Ferrajoli pretendeu contrapor “juízo de vigência” e “juízo de validade” a partir da ideia de que o primeiro, por estar relacionado a aspectos formais de elaboração normativa, exigiria apenas um *juízo de fato*, ao passo que o juízo de validade, ligado ao conteúdo das normas jurídicas, exigiria um *juízo de valor* (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 806-808). As limitações dessa abordagem foram apontadas, por exemplo, por Abellán (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”. **Jurídica**: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, n. 31, p. 195-213, 2001, p. 202 e p. 209-211). Ferrajoli abandonou a visão sustentada em “Direito e Razão” e passou a defender que também no juízo de vigência existe valoração, isto é, existem juízos de valor tanto no juízo de vigência (ou de existência), quanto no juízo de validade dos textos normativos – razão pela qual, não é possível sustentar a natureza não-valorativa da teoria jurídica (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25, pé de página).

A *validade*, por seu turno, diz respeito à compatibilidade do “ser” de uma norma com o “dever ser” imposto por outra norma. O juízo de validade requer o exame do conteúdo substancial das normas jurídicas e sua conformidade com o conteúdo das normas superiores. Dizer que uma lei é válida significa dizer que o seu conteúdo normativo se conforma ao conteúdo das disposições normativas hierarquicamente superiores.¹⁵¹

A segunda alteração promovida pelo constitucionalismo rígido diz respeito ao sentido de democracia. No novo paradigma, a democracia não pode mais ser compreendida como vontade absoluta da maioria parlamentar, já que as normas constitucionais, especialmente aquelas conhecidas na doutrina constitucional brasileira como cláusulas pétreas ou de eternidade,¹⁵² se sobrepõem inclusive à vontade da maioria. A democracia deixa de ser compreendida em sua dimensão apenas *formal* e passa a ser entendida também em sentido *substancial*.

O princípio da legalidade foi responsável pelo estabelecimento da primeira articulação do Estado de Direito, ao estabelecer juridicamente quais eram as pessoas ou órgãos competentes (com atribuições legais) para a tomada de decisões políticas e qual procedimento deveria ser utilizado para tanto – aquilo que Ferrajoli referiu-se como normas sobre *quem* deve e *como* se deve decidir.¹⁵³ Trata-se daquilo que Ferrajoli chama de *dimensão formal da democracia*.¹⁵⁴

O avanço do constitucionalismo rígido inaugura um novo paradigma, no qual o poder legislativo passou a submeter-se substancial e materialmente a limites jurídicos.¹⁵⁵ As constituições rígidas não regulam apenas a competência e o procedimento para a tomada de decisões, mas também impõem normas que versam sobre “conteúdo

¹⁵¹ Ferrajoli trabalha também com o conceito de *efetividade* que, entretanto, não é relevante neste momento. A efetividade trata do eterno confronto entre normatividade e realidade. Efetividade na teoria de Ferrajoli consiste na implementação do “dever ser” prescrito pela norma jurídica no “ser” da realidade fática. Vigência, validade e efetividade são os três instrumentos conceituais com os quais o garantismo lida com o problema do déficit entre normatividade e realidade. O garantismo é, portanto, “uma teoria do direito que trata como categorias distintas a “validade”, a “efetividade”, e a “existência/vigência” das normas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 786).

¹⁵² Conhecidas como *cláusulas de eternidade* no direito alemão (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 293).

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 797-798.

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-18.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 17-28.

substantial das decisões políticas”,¹⁵⁶ isto é, normas sobre “o que” se deve e “o que não” se deve decidir.¹⁵⁷

A dimensão formal da democracia, embora continue a ser uma condição necessária para o conceito de democracia, não é mais uma condição suficiente, tornando-se imperioso, portanto, o acréscimo de sua *dimensão substancial*.¹⁵⁸

A característica mais marcante do constitucionalismo rígido é, portanto, a imposição de limites e vínculos jurídicos sobre todos os poderes constituídos, o que ocorre, exemplarmente, com a enunciação dos direitos fundamentais. Assim, por exemplo, enquanto os direitos de liberdade fixam *limites* sobre aquilo que se pode decidir validamente, os direitos sociais impõem *vínculos* apontando para aquilo que não se pode deixar de fazer politicamente.¹⁵⁹

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 797-798.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 797-798. Nas democracias constitucionais há um sem número de questões que podem ser decididas pelas maiorias políticas ao lado de algumas questões retiradas pelo constituinte da deliberação parlamentar, isto é, matérias deixadas de fora da esfera de decidibilidade da maioria ou da maioria simples (FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 353). Para Ferrajoli, “esta esfera do não-decidível” é simplesmente “aquilo que, naqueles contratos sociais em forma escrita que são as constituições, convencionou-se subtrair à vontade da maioria” (FERRAJOLI, Luigi. *Cos’è il garantismo*. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 132. Tradução do autor. No original: Questa sfera del non decidibile [...] altro non è che ciò che in quei contratti sociali in forma scritta che sono le costituzioni si è convenuto di sottrarre alla volontà della maggioranza). No mesmo sentido, Vianna e Semíramis: “regimes democráticos não são uma tirania da maioria em que as maiorias podem impor regras moralistas às minorias. Em regimes democráticos o arbítrio da maioria está limitado por direitos fundamentais elencados na Constituição da República que não podem ser violados ou mesmo restringidos por um simples capricho moralista da maioria” (VIANNA, Túlio. SEMÍRAMIS, Cynthia. *Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos*. In: CORREIA JUNIOR, Rubens (Org.). **Criminologia do cotidiano**: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 325).

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-18.

¹⁵⁹ No Estado constitucional de direito, tutela-se não apenas as garantias liberais negativas (vedações ou prestações negativas), mas também as garantias sociais positivas (prestações positivas), de onde resultam duas formas de violação constitucional: as antinomias e as lacunas (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 793-800). O modelo garantista de direito parte do paradigma clássico do Estado liberal de direito, mas avança em, pelo menos, dois sentidos: (i) em primeiro lugar, não visa submeter apenas os poderes executivo e judicial ao império do direito, mas também o poder legislativo (que passa a estar submetido à Constituição) e os poderes privados, de um modo geral; (ii) em segundo lugar, o novo modelo passa a tutelar não apenas os direitos de liberdade, como também os direitos sociais e, em geral, as novas gerações de direitos fundamentais (FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 356; FERRAJOLI, Luigi. *Cos’è il garantismo*. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 131).

Os direitos fundamentais impostos pelos níveis superiores do ordenamento jurídico funcionam como barreira à vontade da maioria.¹⁶⁰ O poder absoluto da maioria, como ensina a história do totalitarismo, também pode produzir consequências nefastas para as minorias sociais e políticas.

Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado.¹⁶¹

Este tipo de limitação jurídica imposta inclusive à vontade da maioria implica igualmente um modelo específico de democracia: a *democracia constitucional*, que se caracteriza pela construção de um sistema de limites e vínculos que se impõe a todos por meio de um sistema de normas situados no topo da estrutura hierárquica.¹⁶²

Logicamente, o garantismo só faz sentido nas democracias constitucionais. Em democracias que se autocompreendam como prevalência da vontade da maioria não há espaço para o estabelecimento de limites e vínculos ao poder (da maioria), como forma de proteção dos direitos das minorias: as minorias podem ser facilmente estraçalhadas politicamente pela vontade majoritária.¹⁶³

¹⁶⁰ Diz o autor: “o traço distintivo do constitucionalismo rígido, de fato, consiste precisamente neste sistema de vínculos imposto também aos poderes da maioria” (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y poderes salvajes*. Tradução de Alexei Julio e Gerardo Pisarello. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 385). Morais da Rosa observa que “segundo a proposta de Ferrajoli, há de se reconhecer o sentido e o papel dos *Direitos Fundamentais* na dimensão substancial da democracia, em vez da meramente formal. Os *Direitos Fundamentais* se constituem, pois, como vínculos substanciais normativamente impostos, tidos como necessidades de todos, razão de ser do Estado” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90).

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 792.

¹⁶² A “democracia constitucional” é, portanto, o modelo que se opõe à “democracia majoritária ou plebiscitária” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonel. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2013. p. 25-32; FERRAJOLI, Luigi. *Cos'è il garantismo*. **Criminalia: annuario di scienze penalistiche**. Pisa, p. 129-141, 2014, p. 132-133). A teoria garantista da democracia foi especialmente desenvolvida no segundo volume do “*Principia iuris*” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. v. 2: teoría de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. v. 2.).

¹⁶³ Como pontua o autor, “Se o significado de “democracia” equivalesse a “vontade da maioria”, ficaria certamente excluída toda possibilidade de fundar uma axiologia democrática e garantista do Direito Penal. Um Direito Penal “democrático” em tal sentido [vontade da maioria] se orientaria inevitavelmente até formas de Direito Penal máximo, ou seja, maximamente repressivo, carente de limites e de garantias”

O caráter verdadeiramente democrático do garantismo resulta do fato de que as garantias são destinadas a proteger, não “os interesses do maior número”, mas os direitos (humanos e, como tais, universais) de todos e de cada um, inclusive contra a vontade de maiorias ocasionais.¹⁶⁴

Em terceiro lugar, o advento das Constituições rígidas afeta também as atribuições do Judiciário.¹⁶⁵ Doravante os juízes não estão mais cegamente submetidos à lei a despeito de seu conteúdo, porque, com o desenvolvimento das doutrinas sobre o controle de constitucionalidade, passa a ser sua missão também a avaliação da validade das leis em confronto com as normas constitucionais. Os juízes continuam submetidos às leis *válidas*, mas o juízo de validade das leis é feito pelo próprio Judiciário.

As consequências dessa mudança são hoje sentidas por todos no protagonismo judicial que atravessa os mais diversos assuntos do cotidiano nacional. A possibilidade aberta aos juízes, nos sistemas de controle difuso de constitucionalidade, de afastar leis que eles reputam inconstitucionais parece ter conduzido a um processo de depreciação da legalidade infraconstitucional e de seu papel limitador da atividade judicante. Qualquer concepção moral do juiz, que esteja levemente referida a algum preceito constitucional, parece poder sobrepor-se à lei, o que, no âmbito penal, tem trazido à luz o problema da instrumentalização política do processo penal.¹⁶⁶

Por fim, a compreensão do papel da ciência jurídica é também modificada com o constitucionalismo rígido. Esta não pode mais assumir uma postura meramente

(FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 352. Tradução do autor. Na versão espanhola: Si el significado de “democracia” equivaliese a “voluntad de la mayoría”, quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y de garantías).

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Garantías y derecho penal*. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 353; FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del derecho, México D.C., n. 16, abr. 2002, p. 12-16. Em relação principalmente aos direitos de liberdade (direitos individuais), Ferrajoli acentua que com o surgimento do constitucionalismo, os direitos naturais tornaram-se direitos positivos invioláveis e verdadeiras garantias dos cidadãos, oponíveis à vontade da maioria e à utilidade geral (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoría do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 793).

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Contro la giurisprudenza creativa*. **Questione Giustizia**, Roma, n. 4, 2016, p. 14-15.

¹⁶⁶ Falo um pouco sobre o tema em RABELO, Galvão. *Justiça política e garantismo penal: as garantias podem funcionar como fatores de minimização da instrumentalização política do processo penal?* **Revista de Estudos Criminais** (PUCRS) Porto Alegre, ano 17, n. 71, p. 137-158, out./dez. 2018.

contemplativa das leis, pois também passa a ser seu dever denunciar os contrastes entre o seu conteúdo e o conteúdo das normas constitucionais. Não se trata mais somente de criticar o direito a partir do ponto de vista externo da justiça (peculiar ao Estado legislativo de direito), mas, sobretudo, da crítica do direito a partir do próprio direito. O paradigma do Estado constitucional de direito exige uma ciência jurídica crítica para além de contemplativa, com a denúncia constante da inefetividade das normas constitucionais.¹⁶⁷

O positivismo jurídico do século XIX, construído sobre o paradigma do Estado legislativo de direito (supremacia do legislativo), terminou por assumir uma postura muito submissa em relação à lei vigente. Não havendo diversos níveis hierárquicos no plano da legalidade, não havia parâmetros jurídicos (positivados) para a avaliação das normas jurídicas vigentes. O único parâmetro para a avaliação do direito positivo era o direito natural e, como se sabe, o positivismo jurídico surge exatamente como crítica à confusão entre direito positivo e direito natural. A consequência desta configuração do Estado legislativo de direito foi a defesa de uma abordagem meramente contemplativa em relação ao direito positivo, o que culmina com a idealização de uma ciência jurídica meramente descritiva das normas jurídicas positivadas.

Com isto, a cultura jurídica termina por perder aquela postura crítica e reformista que caracterizou o pensamento jurídico iluminista, que, em virtude de seu compromisso com o direito natural, nunca se colocou de forma passiva ante o direito positivo.¹⁶⁸ O positivismo jurídico situado no paradigma do Estado constitucional de direito deve resgatar esta postura crítica, pois incumbe à cultura jurídica a denúncia das antinomias e das lacunas que impedem a efetividade das normas constitucionais.¹⁶⁹

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. *Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho*, México D.C., n. 16, abr. 2002, p. 11-12.

¹⁶⁸ IPPOLITO, Dario. **Diritti e potere**: indagini sull'Illuminismo penale. Roma: Aracne, 2012. p. 11-12; PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 10-13. Segundo Ferrajoli, é comum ao pensamento político iluminista “a concepção (do dever ser) do Estado e do direito positivo, não enquanto fins ou valores em si próprios, mas, sim, como instrumentos de garantia dos conteúdos e dos valores a estes determinados pelo direito natural e aceitos como seus fundamentos externos” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 212). Por isso, ainda segundo o autor, o pensamento iluminista mantém constantemente o ponto de vista externo e conseqüentemente um perfil reformador e projetivo direcionado à legislação (Ibid., p. 212).

¹⁶⁹ No final da década de 80 do século passado, Ferrajoli escrevia que essa abordagem crítica era incomum na ciência e na prática jurídica, nos quais “um equivocado juspositivismo confirma frequentemente comportamentos dogmáticos acrílicos e contemplativos no que diz respeito ao direito positivo” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica,

2.5 Conclusão parcial

O pensamento garantista contemporâneo é alimentado por um denso conteúdo normativo, proveniente, em geral, de suas fontes iluministas. Ele atribui um *propósito* geral ao direito que dignifica a juridicidade. As normas jurídicas destacam-se das demais normas sociais, inclusive, pela grandeza moral de sua missão: a tutela dos direitos humanos. Não são as normas morais, religiosas ou de qualquer outro tipo que devem se opor ao poder, com o fim de assegurar o exercício os direitos subjetivos, mas as normas jurídicas.

Essa abordagem funcional do direito, como se viu, integra o conceito amplo de garantismo proposto por Ferrajoli e justifica até mesmo a normatividade do direito: todos devem considerar as normas jurídicas em suas razões para agir, uma vez que respeitar normas jurídicas significa, conseqüentemente, garantir os direitos subjetivos que elas pretendem resguardar.

A mesma abordagem funcional é utilizada com relação ao Direito Penal. As normas especificamente penais possuem a louvável tarefa (moral) de minimizar os níveis gerais de violência social. A própria existência do sistema jurídico-penal é justificada por razões pacifistas, uma vez que, um sistema penal comprometido com o garantismo irá assegurar a imposição do mínimo de violência necessária e suficiente para prevenir a ocorrência de violências maiores.

É a partir do propósito moral atribuído ao Direito Penal (e da filosofia moral utilitarista que o sustenta) que Ferrajoli chega ao *modelo garantista de Direito Penal*. Em outras palavras, existe uma relação de meio-fim entre a função da pena e o sistema de estrita legalidade: a consecução do propósito moral do sistema penal, consistente na redução da violência envolvida no fenômeno delitivo, impõe a criação de um modelo de Direito Penal baseado em garantias. Esse modelo, por sua vez, pretende racionalizar o processo de criminalização, impondo uma série de limites às agências punitivas, com o objetivo de conter o arbítrio punitivo estatal.

Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 787). É certo também que esse caráter crítico não pode implicar a confusão do ponto de vista externo (ou ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico), isto é, não representa um retorno a assunção de concepções morais como critério de avaliação da validade das normas jurídicas. De fato, a crítica realizada pela teoria jurídica (abordagem jurídica interna) deve tomar por parâmetro avaliativo somente aqueles padrões positivados como norma jurídica de nível hierarquicamente superior.

Além disso, uma parcela significativa dos componentes desse modelo responde diretamente ao postulado da neutralidade liberal. Os axiomas garantistas da materialidade e da lesividade pretendem resguardar o direito à autodeterminação moral das pessoas contra a interferência (criminalizante) dos poderes públicos. O Estado não pode impor, via sistema penal, determinados modos de vida nem escolher os valores morais que devem ser observados por seus cidadãos. O modelo garantista, assim, está também comprometido com uma filosofia política liberal.

Por fim, o sistema garantista de Direito Penal precisa ser dotado de estabilidade suficiente para ser oponível até mesmo à vontade de maiorias políticas ocasionais. Nesse sentido, a proteção dos direitos humanos passa, também, pela imposição de limites a todos os poderes (inclusive, o Legislativo), o que só se alcança com o constitucionalismo rígido. Nesse sentido, o pensamento garantista se sustenta de tal forma sobre o constitucionalismo rígido que a sua própria existência já implica uma valoração positiva os Estados constitucionais de Direito.

De tudo isso, conclui-se que o garantismo penal possui um núcleo normativo que é responsável por dar sentido e unicidade aos seus diversos componentes. Esse conjunto de valorações é responsável por conectar as diversas peças que compõe o pensamento jurídico garantista.

Mas, por outro lado, o garantismo possui um esquema metodológico que, de certo modo, freia esse potencial normativo. O postulado juspositivista da separação entre direito e moral exige que o conteúdo normativo do garantismo permaneça isolado da função de determinação da existência e do conteúdo do direito.

Essa formatação teórica, aparentemente contraditória, enseja algumas dúvidas: seria mesmo possível aprisionar a carga normativa do garantismo penal em um nível totalmente distinto da determinação da existência e do conteúdo do direito? E, ainda que tal represamento fosse possível, esse alheamento à sua própria normatividade seria interessante para o garantismo? Sua base normativa não seria relevante para a resolução de problemas referentes à interpretação da lei penal? Deve a interpretação do Direito Penal permanecer alheia ao propósito garantista de impor limites aos poderes punitivos estatais?

A hipótese que será desenvolvida ao longo desta tese é que o conteúdo normativo do garantismo penal será determinante na resolução de problemas metainterpretativos. O paradigma garantista do poder limitado e as razões de moralidade política que o acompanham revelam a necessidade de contenção da liberdade judicial de interpretação

no âmbito penal como um modo de atender aos propósitos inerentes aos sistemas penais contemporâneos.

Nesse sentido, a separação decorrente do método juspositivista entre esfera normativa e esfera descritiva parece não ajudar em nada quando nos defrontamos com questões metainterpretativas no interior do garantismo. Mas esse não é o caso. A tese juspositivista da separação, quando pensada em termos normativos, consiste, antes, em um meio necessário para a obtenção dos propósitos garantistas que norteiam os sistemas penais. Exatamente por impor limites metodológicos à atuação do juiz penal, a eleição do positivismo jurídico como base metodológica do garantismo justifica-se, inclusive, à luz de seu núcleo normativo.

A questão, pois, pode ser repensada da seguinte forma: como liberar a carga normativa do garantismo penal para a solução de problemas metainterpretativos sem comprometer o postulado metodológico do positivismo jurídico?

3 O NOVO POSITIVISMO JURÍDICO

Para responder à questão com a qual terminamos o capítulo anterior, será preciso fazer uma exposição, tão rápida quanto possível, do estado da arte da teoria positivista do direito contemporânea.

O objetivo deste capítulo é, pois, expor a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico de Hart e o modo como o positivismo pós-hartiano reagiu a essas críticas, subdividindo-se internamente. Nossa atenção recairá nessas diferentes versões do novo positivismo jurídico, procurando destacar as suas diferenças e o seu contexto de surgimento, a fim de compreender os problemas com que cada vertente procura lidar.

Trata-se, pois, de um capítulo preparatório. Conhecer um pouco mais as versões do positivismo jurídico contemporâneo é um passo preliminar para a avaliação, no próximo capítulo, da vertente positivista que melhor se ajusta aos propósitos do garantismo penal. É dizer, nossa análise neste momento já está pré-configurada pela busca de uma versão juspositivista que possa manter-se metodologicamente relevante ao garantismo penal, sem obviar uma resposta ao problema metainterpretativo.

A revisão de literatura proposta neste capítulo é especialmente importante em nosso país, por causa da pouca difusão por aqui daquilo que Sebok chamou de “novo positivismo jurídico”, que surge justamente como reação ao pensamento de Dworkin.¹⁷⁰

3.1 A tradição juspositivista

Antes de passarmos à exposição das principais vertentes do novo positivismo jurídico, é interessante ter uma noção daquilo que aglutina todas essas versões sob o nome “positivismo jurídico”. Trata-se do compromisso que todas essas versões possuem com determinadas premissas basilares (teses) da tradição positivista – embora a própria leitura dessas premissas varie significativamente de uma vertente para outra.

Como se sabe, o positivismo jurídico é uma concepção jurídica que se desenvolveu no século XIX como reação ao jusnaturalismo racionalista do século

¹⁷⁰ Sebok assim coloca a questão: “essa forma moderna do positivismo, que eu vou chamar de “Novo Positivismo Jurídico”, foi proposto por um grupo de acadêmicos nos Estados Unidos, no Canadá e na Inglaterra em reação à abordagem dos direitos fundamentais defendida por Ronald Dworkin” (SEBOK, Anthony J. **Legal positivism in american jurisprudence**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1998. p. 267. Tradução do autor. No original: “This modern form of positivism, which I will call the ‘New Legal Positivism’, has been propounded by a group of scholars in the United States, Canada, and England in reaction to the fundamental rights approach championed by Ronald Dworkin”).

precedente. Expressou-se, naquela ocasião, no afazer da escola da exegese francesa (na tradição continental) e nos trabalhos de Jeremy Bentham e John Austin (no *common law*).

Trata-se, portanto, de uma tradição do pensamento jurídico que tem a seu favor cerca de dois séculos de existência. Apesar de, algumas vezes, ter se voltado, explícita e detidamente, para o problema da *aplicação* do direito positivo – como ocorreu, por exemplo, com a escola da exegese –, o seu mote sempre foi o *conceito* de direito, isto é, a formulação de uma explicação teórica sobre a natureza do direito.¹⁷¹

No século XX, o positivismo se desenvolveu graças, sobretudo, aos trabalhos clássicos de Hans Kelsen e Herbert Hart e manteve-se, enquanto tradição teórica, plenamente ativo até no século atual – tanto nos países de *common law*, onde o debate sobre o positivismo jurídico está em pleno curso, quanto naqueles de tradição continental.¹⁷²

Na sequência, vamos expor sucintamente as principais teses do positivismo jurídico, que formam uma espécie de patrimônio teórico comum às diversas versões do positivismo jurídico contemporâneo. Com base em lista enunciada por Andrei Marmor,¹⁷³ serão mencionadas a tese do caráter instrumental, a tese social, a tese da separação, com o importante acréscimo da tese dos limites do direito de Joseph Raz.¹⁷⁴

3.1.1 O caráter instrumental do direito

Superadas as ideias de imutabilidade e transcendência do direito que eram inerentes à tradição – antiga, medieval e moderna – do direito natural, a criação e a modificação do direito (doravante, sempre positivado) foram confiadas às mãos humanas. E, compreendido como um artefato humano, o direito passa ser a visto como um *meio* para a realização de determinados de determinados *fins*.

¹⁷¹ No sentido de que o positivismo jurídico é uma teoria sobre a natureza do direito, conferir RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 17-18.

¹⁷² Na tradição anglo-americana encontram-se os maiores expoentes do positivismo jurídico contemporâneo. Muitos deles serão mencionados durante essa exposição. Na tradição continental, os defensores do positivismo já não são tão frequentes. Não obstante, há importantes nomes que podem ser lembrados aqui como Michel Troper, na França, Juan Moreso e Prieto Sanchís, na Espanha, Riccardo Guastini, na Itália, entre outros.

¹⁷³ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006.

¹⁷⁴ RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972.

Há cerca de três séculos houve um incremento dessa concepção instrumental do direito, segundo a qual o direito é “um meio de regulação social deliberadamente concebido com o propósito de assegurar certos objetivos desejados”.¹⁷⁵ O ponto foi bem salientado por Kelsen, para quem “o direito não é um fim em si mesmo, mas um meio ou, o que é o mesmo, uma técnica social específica para a realização de fins politicamente determinados”.¹⁷⁶

Os positivistas acolhem a tese da instrumentalidade do direito, mas discrepam quando surge o problema do nível de especificação dos fins do direito. A questão consiste em saber como os teóricos do direito devem lidar com os fins ou propósitos do direito. Essa questão divide o positivismo jurídico *descritivo* e o positivismo jurídico *normativo*.

Os adeptos do positivismo jurídico descritivo não fazem nenhuma exigência moralmente forte em relação a quais devem ser os propósitos do direito ou sobre a correção moral dos meios manejados para a sua realização. Segundo Marmor, é possível afirmar que o direito possui caráter instrumental e simultaneamente sustentar que os fins perseguidos por meio do direito podem ser mais ou menos nobres, como também que os próprios meios jurídicos podem ser mais ou menos corretos de um determinado ponto de vista moral e/ou mais ou menos eficientes em relação à consecução dos fins pretendidos.¹⁷⁷

Já os teóricos mais próximos ao positivismo jurídico normativo tendem a ser um pouco mais incisivos sobre quais são os fins gerais do direito ou sobre qual é o seu propósito moral. De qualquer forma, esse propósito é assinalado em termos bem geral e os meios para a sua concretização não são estabelecidos à luz de algo como uma moral objetivamente correta.

Ferrajoli, por exemplo, atribui um propósito moral (ético-político) bem amplo ao direito, ao concebê-lo como um *artificio* criado por seres humanos para a concreção

¹⁷⁵ RAZ, Joseph. On the nature of law. In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 99. Tradução do autor. No original: Thus grew an instrumental view of the law, which regards it as a means of social regulation by deliberate design with the purpose of securing certain desired goals.

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução do autor. No original: [...] law is not an end in itself, but a means or, what amounts to the same, a specific social technique for the achievement of ends determined by politics.

¹⁷⁷ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 685.

de um fim humanamente valioso, a saber, a tutela dos direitos humanos fundamentais.¹⁷⁸ Na concepção de Ferrajoli, o fim externo perseguido pelo direito é eminentemente abstrato e colhido da própria tradição jurídica iniciada com o advento do Estado de Direito – na qual o Direito é concebido como instrumento de proteção dos direitos humanos. Por outro lado, os meios de que o direito se vale para sua realização são igualmente gerais e extraídos da própria tradição constitucional, a saber, as garantias penais e processuais.

3.1.2 A tese da separação

A tese da separação ou da separabilidade é uma tese constitutiva da identidade do positivismo jurídico, no sentido de que “quaisquer que sejam os outros compromissos do positivismo, eles precisam ser consistentes com a tese da separabilidade”.¹⁷⁹ Trata-se, assim, da premissa mais elementar do positivismo jurídico, que o acompanha desde suas primeiras formulações.¹⁸⁰ Como explicou Hart,

ao final do século dezoito e início do dezenove, os pensadores mais sérios na Inglaterra na área dos problemas jurídicos e sociais, e os arquitetos das grandes reformas, eram os grandes utilitaristas. Dois deles, Bentham e Austin, constantemente insistiam na necessidade de se distinguir, de maneira firme e

¹⁷⁸ Analisando a teoria de Ferrajoli, Abellán acentuou que para o autor o Estado não passa de um *artificio*, de uma *convenção* que só estará justificada na medida em que se orienta para a proteção dos direitos que justificaram a sua criação (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 24).

¹⁷⁹ COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, Mar. 1989. p. 68. Tradução do autor. No original: Let's also recognize that it is the core of positivism in the following sense. Whatever the other tenets of positivism may be, they must be consistent with the separability thesis.

¹⁸⁰ A importância da tese da separação para o positivismo foi atestada por Alexy ao afirmar que “todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*” (ALEXY, Robert. Crítica ao positivismo jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 242). No mesmo sentido, FIGUEROA, Alfonso García. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista: a propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 274. Jules Coleman, por seu turno, viu na tese da separabilidade “o núcleo do positivismo” (COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, Mar. 1989. p. 68). Troper considerou a tese da separação como um denominador comum entre as diversas versões do positivismo jurídico: “no que diz respeito à teoria do direito, os autores a quem chamamos de positivistas [...] defendem teses variadas e, com frequência, incompatíveis entre si. Existe, entretanto, um tema comum, ainda que compreendido de várias maneiras: aquele da separação do direito e da moral” (TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 27).

com o máximo de clareza, entre o direito como ele é e o direito como deveria ser.¹⁸¹

A tese da separação, portanto, carrega a pretensão de que o direito e a moral são esferas normativas distintas e que a *existência* do direito nada tem a ver com a questão (contingente) de sua *correção moral*.¹⁸² Em outras palavras, não existe uma conexão necessária forte entre direito e moral, embora possa haver – e comumente haja – relações contingentes entre essas duas esferas.¹⁸³

É bastante conhecida a enunciação austiniana desta tese:

A existência da lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não é uma questão; se se acomoda ou não a um suposto modelo, é uma questão diferente. Uma lei que realmente existe é uma lei, ainda que não gostemos dela, ou ainda que não esteja conforme ao critério segundo o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação.¹⁸⁴

Essa distinção entre aquilo que o direito *é* e aquilo que o direito *deveria ser*, além de proporcionar clareza teórica, afasta a possibilidade de que o aplicador do direito negue a existência ou a validade de uma norma jurídica toda vez que a considerar distante de um determinado padrão de moralidade.¹⁸⁵ Esse tipo de confusão caracteriza o que

¹⁸¹ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 54.

¹⁸² MacCormick afirmou que “os positivistas negam que o Direito como tal seja essencialmente moral, e afirmam que a existência de uma lei é sempre uma questão conceitualmente distinta daquela do mérito ou demérito moral desta” (MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 40).

¹⁸³ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 80-81.

¹⁸⁴ AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 157. Tradução do autor. No original: The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. E mais adiante para ilustrar a distinção entre direito e moral, Austin utiliza a seguinte imagem: “vamos supor que um ato inócua ou positivamente benéfico tenha sido proibido pelo soberano sob pena de morte; se cometo esse ato, eu serei julgado e condenado, e se me oponho à sentença, afirmando que ela contraria a lei de Deus [...], a Corte de Justiça demonstrará que o meu argumento não é conclusivo, enforcando-me em aplicação da lei cuja validade eu havia impugnado” (Ibid., p. 158. Tradução do autor. No original: Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God, who has commanded that human lawgivers shall not prohibit acts which have no evil consequences, the Court of Justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law of which I have impugned the validity).

¹⁸⁵ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Ferrajoli chamou *falácia jusnaturalista* que consiste na confusão da “validade das normas com sua justiça, impedindo o reconhecimento da existência de normas válidas apesar de injustas”.¹⁸⁶

Ademais, a distinção entre o que o direito *é* e o que o direito *deveria ser* impede que se considere automaticamente um padrão como moralmente correto pelo simples fato de ele ser juridicamente válido. A confusão entre essas esferas equivaleria a eliminar a possibilidade de uma crítica moral do direito.¹⁸⁷ Trata-se, aqui, de evitar a *falácia ético-legalista*, “que confunde a justiça com a validade, impedindo o reconhecimento de normas injustas apesar de válidas”.¹⁸⁸

Impedir essas duas falácias era o que os positivistas ingleses do século XIX tinham em mente ao formular a tese da separação. Como sumarizou Hart,

o que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos por afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica.¹⁸⁹

No positivismo contemporâneo, a tese da separação é formulada de modo significativamente diverso por adeptos do positivismo jurídico *exclusivo* e do positivismo jurídico *inclusivo*. Para os primeiros, a determinação da existência e do conteúdo do direito não depende em absoluto de argumentos morais, ao passo que, para os segundos, nada impede que neste ou naquele sistema jurídico a determinação do direito dependa de considerações morais, desde que seja concebível a existência de um único sistema jurídico, no qual o direito possa ser determinado sem referência a elementos morais.

p. 57-58. A possibilidade de recusar a aplicação de uma norma jurídica em virtude de um determinado escrutínio moral, certamente empodera o aplicador do direito, o qual, no extremo, deixa de estar submetido à lei para estar submetido apenas à moral.

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. v. 1: teoría del derecho. p. 40.

¹⁸⁷ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 57-58.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. v. 1: teoría del derecho. p. 40.

¹⁸⁹ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59-60.

3.1.3 A tese social

A tese social (*social thesis*) ou tese do fato social (*social fact thesis*) foi destacada por Coleman como a mais importante “ideia organizadora” do positivismo jurídico.¹⁹⁰ Segundo ela, o direito é um fato social e, enquanto fato social, ele – ou, ao menos, a possibilidade de sua existência¹⁹¹ – pode ser explicado sem recurso à argumentação moral.¹⁹²

A tese social foi formulada por Joseph Raz, em termos amplos, para designar a noção de que “aquilo que é e aquilo que não é o direito é uma questão de fatos sociais”.¹⁹³ Segundo o autor, as diversas versões da tese social formuladas pelos positivistas podem ser compreendidas como “elaborações” e “refinamentos” desta primeira formulação mais ampla.¹⁹⁴

Um dos fatores responsáveis pela variação de formulações da tese social é a identificação do *fato* relevante para a determinação da existência e do conteúdo do direito.¹⁹⁵ Esse fato já foi identificado, por exemplo, como a *obediência habitual* que caracteriza o soberano, cujos comandos constituem o direito (Austin e Bentham) e com a existência de uma *convenção* entre as autoridades jurídicas (*officials*) que dá corpo a uma *regra social* – a regra de reconhecimento – que, por sua vez, é condição de validade das demais normas do sistema (Hart e Coleman).¹⁹⁶

Um dimensionamento mais preciso da tese social depende da distinção entre o positivismo jurídico *exclusivo* e o positivismo jurídico *inclusivo*. Esse é outro fator que faz com as formulações da tese social variem significativamente. *A tese social forte* é

¹⁹⁰ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 115-116.

¹⁹¹ Para Coleman apenas “a possibilidade do direito deve ser explicada em termos de fatos sociais” (Ibid., p. 115-116. Tradução do autor. No original: law’s possibility must be explained in terms of social facts).

¹⁹² Coleman definiu o que ele denomina “tese do fato social” (*social fact thesis*), como a “pretensão de que, sendo o direito uma prática social normativa, ele se torna possível graças a um conjunto de fatos sociais” (Ibid., p. 116. Tradução do autor. No original: All positivists embrace the Social Fact Thesis, the claim that while law is a normative social practice it is made possible by some set of social facts).

¹⁹³ RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 37. Tradução do autor. No original: In the most general terms the positivist social thesis is that what is law and what is not is a matter of social fact.

¹⁹⁴ Ibid., p. 37.

¹⁹⁵ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 116.

¹⁹⁶ Ibid., p. 116.

sustentada pelos exclusivistas e consiste no argumento de que o direito, em sua totalidade, é constituído por fatos sociais, com a exclusão de considerações morais.¹⁹⁷ Por outro lado, a *tese social fraca*, defendida pelos inclusivistas, exige apenas que a condição de validade do direito (a regra de reconhecimento do sistema jurídico) seja um fato social, podendo a validade dos demais padrões jurídicos depender de considerações morais.

3.1.4 A tese dos limites do direito

Coleman disse, certa vez, que “toda teoria sobre a natureza ou essência do direito pretende fornecer um *standard*, comumente na forma de uma declaração das condições necessárias e suficientes para determinar quais normas de uma comunidade constituem o seu direito”.¹⁹⁸

A passagem se refere à questão dos *testes de juridicidade*, isto é, da busca pelos critérios a partir dos quais é possível determinar quais normas de uma comunidade são normas *jurídicas* e quais não o são. Esses testes estabelecem os caracteres que um determinado padrão normativo deve possuir para que possa ser qualificado como norma jurídica.

A existência de um teste para a determinação da juridicidade das normas de uma determinada comunidade faz com que o direito seja um universo limitado de normas, uma vez que nem todo padrão normativo de uma sociedade possui o “selo” da juridicidade. A *tese dos limites do direito* foi definida por Raz e representa “a posição de que existe um teste que distingue o que o direito é daquilo que ele não é”.¹⁹⁹

A tese, contudo, não indica desde logo qual é a melhor explicação dos critérios que formam o teste de juridicidade: limita-se a afirmar que tal teste existe e que a teoria

¹⁹⁷ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 686; RAZ, Joseph. *The authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39-40 e p. 45-47; BOLZANI, Cesar Felipe. A teoria do direito de Joseph Raz: autoridade, direito e moral. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). *O positivismo jurídico no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 105-106.

¹⁹⁸ COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 139. Tradução do autor. No original: Every theory about the nature or essence of law purports to provide a standard, usually in the form of a statement of necessary and sufficient conditions, for determining which of a community's norms constitute its law. Raz, por seu turno, sustenta que uma teoria do direito *completa* precisa dar conta da questão dos “testes para a identificação do conteúdo e a determinação da existência do direito” (RAZ, Joseph. *The authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 40).

¹⁹⁹ RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972. p. 842. Tradução do autor. No original: By the thesis of the “limits of law” I mean the position that there is a test which distinguishes what is law from what is not.

do direito faz bem em persistir na busca por defini-lo, por mais difícil que essa empreitada possa ser.²⁰⁰

A tese dos limites do direito é uma consequência direta da tese social e constitui um pressuposto da indeterminação jurídica e da discricionariedade judicial (em relação ao objeto da interpretação). Como explica Torrano,

se a *social facts thesis* for levada realmente a sério, especialmente em sua versão “forte” [...], a conclusão inescapável a qualquer teórico será a de que o direito é uma técnica social específica incapaz de regular, em dada sociedade, todos os aspectos da convivência, ou de prever todas as situações ou circunstâncias de incidência de suas normas. O direito não é um ente autônomo; definitivamente não é um livro que detém todas as respostas, morais ou não, para os caprichos mundanos, como se estivesse à disposição para leitura em todo e qualquer caso.²⁰¹

Logo, ao enfatizar a *finitude* dos padrões jurídicos, a tese dos limites do direito parece tornar inevitável a sua indeterminação (sempre haverá casos em relação aos quais os padrões jurídicos são incompletos ou inexistentes) e, portanto, a discricionariedade judicial, no sentido de poder de escolha entre alternativas abertas.

3.2 Breves considerações sobre o positivismo jurídico hartiano

O trabalho de H. L. A. Hart foi, sem dúvida, o catalisador da formação de diferentes versões do positivismo jurídico contemporâneo. O debate que se formou em torno do seu trabalho – as diversas interpretações e desenvolvimentos teóricos propostos, bem como as críticas que recebeu tanto de setores internos quanto externos à tradição positivista – terminou por promover duas grandes cisões no positivismo jurídico contemporâneo: a divisão entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo e entre positivismo jurídico descritivo e normativo.

Assim, se, de um lado, o *positivismo inclusivo* dialoga com o *positivismo exclusivo* sobre a exata delimitação da tese da separação e sobre o sentido da tese das fontes, de outro, o *positivismo normativo* se oferece como um complemento ou uma alternativa ao *positivismo descritivo* quando o assunto é a abordagem metodológica orientadora da teoria juspositivista.

²⁰⁰ Ibid., p. 823-824 e p. 842-843.

²⁰¹ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 58.

O marco zero de toda essa discussão foi a formulação da concepção positivista do direito de H. L. A. Hart e o papel desempenhado por sua regra de reconhecimento na identificação dos padrões normativos pertencentes ao direito.

Segundo Hart, o direito encontra seu fundamento de validade em uma *regra social* que surge com a partir de uma prática social, a saber, a prática das autoridades do respectivo sistema jurídico. O direito, portanto, encontra seu fundamento último em uma *regra de reconhecimento* que é compartilhada, de um ponto de vista interno, pelas autoridades que lidam com a aplicação do direito naquela comunidade.

Hart introduziu a noção de regra de reconhecimento ao explicar a natureza do direito (ou, ao menos, a natureza dos casos centrais do direito moderno) como o resultado da combinação de dois tipos diferentes de regras, a saber: regras primárias de obrigação (*primary rules*) e regras secundárias (*secondary rules*).²⁰² Segundo ele, deve-se “reservar um lugar central para a união das normas primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito”.²⁰³

As regras primárias formam um tipo de norma básica que estabelece diretamente algum tipo de obrigação para alguém (*duty-imposing rules*). São aquelas normas que “exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não”.²⁰⁴

²⁰² HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 94; HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122. Segundo Hart, “na combinação desses tipos de normas, reside o que Austin pensou ter encontrado na noção de ordens coercitivas, a saber, ‘a chave para a ciência do direito’” (Ibid., p. 106). No original: in the combination of these two types of rule there lies what Austin wrongly claimed to have found in the notion of coercive orders, namely, “the key to the science of Jurisprudence” (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 81). Também: MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38-39.

²⁰³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 143. No original: [...] a central place should be assigned to the union of primary and secondary rules in the elucidation of the concept of law (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 110).

²⁰⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 105. No original: Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 81). As normas primárias são tão basilares que é possível encontrá-las até mesmo naquelas estruturas sociais mais simples ou primitivas – em estágio pré-jurídico, isto é, desprovidas de autoridades legislativas, judiciárias ou de qualquer outro tipo – na forma de padrões consuetudinários não oficiais (Ibid., p. 91-94; Id., **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 118-122). Trata-se, na elucidação de MacCormick, daquelas normas que “estabelecem obrigações e deveres e proíbem as formas de

Por seu turno, as regras secundárias são regras que versam sobre regras primárias, é dizer, trata-se de um tipo de norma que versa sobre outras normas.²⁰⁵ Regras secundárias são *standards* que normatizam a identificação, a criação, a alteração e a aplicação de normas primárias. Daí afirmar Hart que essas regras

são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação.²⁰⁶

Não são, portanto, regras que impõem obrigações, mas regras que conferem poderes (*power-conferring rule*) para a criação e a modificação de normas jurídicas primárias ou para avaliar se determinado caso concreto violou ou não uma determinada norma primária.²⁰⁷

Hart classificou as regras secundárias em três espécies diversas (embora inter-relacionadas). As regras secundárias podem ser regras (i) de modificação; (ii) de julgamento e (iii) de reconhecimento.²⁰⁸

transgressões que chamamos crimes, contravenções, atos infracionais e delitos” (MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35).

²⁰⁵ “Enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122). No original: while primary rules are concerned with the actions that individuals must or must not do, these secondary rules are all concerned with the primary rules themselves (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 94).

²⁰⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 105. No original: rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 81).

²⁰⁷ Segundo Hart, se “as normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 105; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 81). No dizer de MacCormick, estas regras “são ‘secundárias’ no sentido de que, por si mesmas, não constituem standards vinculantes de conduta obrigatória. Em vez disso, essas outras regras se relacionam às primárias de diversos modos, e nesse tipo especial de relação está a qualidade sistemática do Direito” (MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35).

²⁰⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122-126; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 94-97.

Regras de modificação (*rules of change*) são aquelas que conferem poderes a determinadas pessoas ou órgãos para promover alterações nas normas gerais do direito positivo (poderes públicos) ou nas relações jurídicas interpessoais (autonomia privada), podendo esses poderes virem reforçados por regras de obrigação que exijam que tais modificações se deem de acordo com procedimentos ou formas previamente estabelecidas.²⁰⁹

As regras de julgamento (*rules of adjudication*), por sua vez, são aquelas que atribuem poder a determinados órgãos para resolver, de acordo com determinados procedimentos, conflitos acarretados por dúvidas sobre a ocorrência concreta de uma violação às regras primárias.²¹⁰

A regra de reconhecimento (*rule of recognition*), uma categoria central na teoria do direito hartiana, é um tipo de regra secundária que estabelece os critérios a partir dos quais é possível afirmar a juridicidade (a validade jurídica) de um determinado padrão normativo.²¹¹ Como sintetiza Shapiro, a regra de reconhecimento “é uma regra sobre a validade de outras regras (isto é, as regras ‘primárias’)”.²¹²

É a regra de reconhecimento, portanto, que explica porque determinadas normas são qualificadas como juridicamente válidas e, assim, distinguíveis do conjunto das normas morais e de outras espécies normativas (tese dos limites do direito).²¹³ Essa regra, como esclarece Hart, “especifica as características que, se estiverem presentes numa

²⁰⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 124-125; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 95-96.

²¹⁰ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 125-127; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 96-97.

²¹¹ Segundo o autor: “dizer que determinada norma é válida equivale a reconhecer que esta satisfaz a todos os critérios propostos pela norma de reconhecimento e é, portanto, uma norma do sistema. Na verdade, pode-se simplesmente dizer que a afirmação de que certa norma é válida significa que tal norma satisfaz a todos os critérios oferecidos pela norma de reconhecimento” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 133). No original: To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 103).

²¹² SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (org.). **The rule of recognition and the U.S. Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 238. Tradução do autor. No original: The most salient property of the rule of recognition is that it is a *secondary* rule. It is a rule about the validity of other rules (i.e., the “primary” rules).

²¹³ MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 35.

determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”.²¹⁴

Logo, é na regra secundária de reconhecimento que Hart encontra o fundamento último do ordenamento jurídico e o teste mestre de identificação do direito. Segundo ele, “a norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, [...], uma norma última (*ultimate rule*)”.²¹⁵ Afirmar que a regra de reconhecimento é uma *norma última* equivale a dizer que, embora ela forneça os critérios para a avaliação da validade de outras normas, não existe nenhuma “outra norma que forneça critérios para a avaliação de sua própria validade jurídica”.²¹⁶ Por esta razão, não faz sentido perguntar pela validade da regra de reconhecimento: sua validade só poderia ser afirmada ou negada se houvesse critérios estabelecidos por outra norma a partir dos quais fosse possível fazer essa avaliação. Sendo ela, contudo, a norma última do sistema jurídico não está submetida à categoria da validade.²¹⁷

²¹⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122. No original: This will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 94).

²¹⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 136. No original: The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense, which we shall try to clarify, an *ultimate rule* (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 105).

²¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 138; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 107.

²¹⁷ A norma de reconhecimento, portanto, como afirma Hart, “não pode ser nem válida nem inválida, mas seu uso para esse fim é simplesmente aceito como apropriado” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 140). No original: No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 109). E Hart complementa assim seu raciocínio: “expressar esse fato simples dizendo sombriamente que sua validade ‘é suposta mas não pode ser demonstrada’ é como dizer que supomos, mas nunca poderemos provar, que a barra-padrão do metro conservada em Paris, que é o critério último da correção de todas as medidas em metros, tem ela própria as dimensões corretas” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 140). No original: To express this simple fact by saying darkly that its validity is “assumed but cannot be demonstrated”, is like saying that we assume, but can never demonstrate, that the standard metre bar in Paris which is the ultimate test of the correctness of all measurement in metres, is itself correct (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 109). Dworkin assim explicou a questão: “sem dúvida, uma regra de reconhecimento não pode ser ela mesma válida, de vez que, por hipótese, ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental. A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação”

Na verdade, o que se pode afirmar acerca da regra de reconhecimento é a sua *existência*. E por ser uma *regra social*, a sua existência é simplesmente “uma questão de fato”,²¹⁸ que, como tal, é passível de ser observado em uma determinada prática social convergente. Como ensina Shapiro, a regra de reconhecimento é uma regra social porque ela “existe e tem o conteúdo que tem por causa, e somente por causa, de certos fatos sociais”.²¹⁹

Mas, como toda regra social, a regra de reconhecimento precisa preencher alguns requisitos indispensáveis para sua existência, dos quais ao menos dois devem ser destacados: (i) uma certa regularidade comportamental, passível de ser identificada de um ponto de vista externo extremo e (ii) sua aceitação, desde um ponto de vista interno, pelo membros da coletividade em questão, aceitação que pode, por seu turno, ser afirmada de um ponto de vista externo ou hermenêutico no sentido hartiano.²²⁰ Segundo Coleman, “uma norma é aceita de um ponto de vista interno se e somente se as pessoas recorrem a ela como uma fonte de razões para ação, na medida que a usam para justificar seu próprio comportamento em conformidade com a regra e para criticar o descumprimento alheio”.²²¹

Em síntese, a existência da regra de reconhecimento depende da existência de uma prática social que a constitua e essa prática, por sua vez, é constituída pelo fato de que as autoridades jurídicas daquele sistema a aceitam de um *ponto de vista interno*.²²²

(DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 34).

²¹⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 142; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 110.

²¹⁹ SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (org.). **The rule of recognition and the U.S. Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 239. Tradução do autor. No original: the rule of recognition exists and has the content it does because, and only because, of certain social facts.

²²⁰ SHAPIRO, Scott J. What is the internal point of view? **Fordham Law Review**, New York, v. 75, p. 1157-1170, 2006. p. 1158-1161; MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 49; COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 115.

²²¹ COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, Mar. 1989. p. 69-70. Tradução do autor. No original: A rule is accepted from an internal point of view if and only if individuals appeal to it as giving them reasons for action in that they use it to justify their own behavior in conformity with the rule and to criticize the noncompliance of others.

²²² Segundo Hart, “o emprego de normas implícitas de reconhecimento pelos tribunais e outras instâncias para identificar normas específicas do sistema é característico do ponto de vista interno” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132). No original: The use of unstated rules

Segundo Hart, “para existir, essa norma [de reconhecimento] deve ser encarada segundo o ponto de vista interno, como um padrão público e comum para a decisão judicial correta, e não como algo a que cada juiz obedece em caráter meramente pessoal”.²²³

Logo, na perspectiva de Hart, as autoridades que lidam com o direito, especialmente as autoridades judiciárias, ao indicarem quais são as normas jurídicas aplicáveis aos casos que lhes são submetidos, expressam sua aceitação em relação a determinado teste de identificação de juridicidade.

No cotidiano de um sistema jurídico, é muito raro que sua norma de reconhecimento seja expressamente formulada como norma. [...] Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica *demonstrada* pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos.²²⁴

A norma de reconhecimento, de maneira similar ao que ocorre em relação ao soberano austiniano, não encontra apoio em nenhuma outra instância (norma ou autoridade) que lhe seja superior. Mas, além de colocar no início do processo de criação do direito uma *norma* atributiva de autoridade (resolvendo as dificuldades deixadas pela

of recognition, by courts and others, in identifying particular rules of the system is characteristic of the internal point of view (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 102). Ver também, nesse sentido, HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 149-151; Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 116-117; MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38.

²²³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 149. No original: This, if it is to exist at all, must be regarded from the internal point of view as a public, common standard of correct judicial decision, and not as something which each judge merely obeys for his part only (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 116). MacCormick colocou assim a questão: “A regra de reconhecimento, quando existe, existe apenas como uma regra social compartilhada *aceita como um standard comum obrigatório de comportamento* por aqueles cujo poder oficial como um “poder jurídico” depende fundamentalmente dessa mesma regra. É possível, mas não necessário, que os cidadãos em geral (poucos, alguns, muitos ou mesmo, em um caso limitado, todos) compartilhem da atitude de apoio à regra suprema de reconhecimento. Mas é suficiente que apenas os governantes e autoridades a aceitem, desde que possam, de alguma forma, obter a obediência e concordância em larga escala às outras regras que ela valida” (MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38).

²²⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131. No original: In the day-to-day life of a legal system its rule of recognition is very seldom expressly formulated as a rule; [...] For the most part the rule of recognition is not stated, but its existence is shown in the way in which particular rules are identified, either by courts or other officials or private persons or their advisers (Id., **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 101).

teoria de Austin), a teoria de Hart teve o mérito de relacionar a existência da regra de reconhecimento à *facticidade* de uma regra social. Como observou Postema, “o *insight* decisivo dessa doutrina é que o direito se apoia, em seus fundamentos, sobre um costume ou convenção especial e complexa”.²²⁵

Por mais que os delineamentos mais específicos da regra de reconhecimento formulados por Hart possam ser objeto de crítica, como se verá na sequência, e que o exato sentido da regra de reconhecimento seja objeto de intensa disputa interna no âmbito do positivismo jurídico contemporâneo, o caminho proposto por Hart para a fundamentação do direito é promissor. Philip Soper há muito já havia chamado a atenção para o fato de que a explicação dada por Hart para o teste de juridicidade dos padrões normativos de uma comunidade é bem mais refinada do que as de Austin e Kelsen.²²⁶ E foi justamente o trabalho de Hart que desencadeou uma série de novas questões no âmbito da teoria do direito, especialmente no mundo anglófono.²²⁷

3.3 Positivismo jurídico exclusivo e inclusivo

O debate entre *exclusivismo* e *inclusivismo* surge no contexto de um debate mais amplo sobre a *relação da moral com os sistemas jurídicos* ou, mais especificamente, sobre o exato significado da *tese social* positivista e de sua relação com a *tese da*

²²⁵ POSTEMA, Gerald J. Coordination and convention at the foundations of law. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 165-203, Jan. 1982. p. 166. Tradução do autor. No original: The crucial insight of this doctrine is that law rests, at its foundations, on a special and complex custom or convention.

²²⁶ SOPER, E. Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. **Michigan Law Review**, v. 75, n. 3, p. 473-519, Jan. 1977. p. 475, pé de página.

²²⁷ Etcheverry observou que desde a publicação, em 1961, de “O conceito de direito”, Hart tem, de um modo ou de outro, pautado as principais questões do debate sobre teoria do direito no mundo anglófono” (ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión**. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 8). Consoante Sebok, o desenvolvimento do *novo positivismo jurídico* pode ser compreendido em três estágios: “New Legal Positivism developed in three stages. First, there was the “founding” which took place not even in America, but in England, through the publication of H.L.A. Hart’s *The Concept of Law*. Hart set out the essential principles of the New Positivism, has been over the proper interpretation of his legacy. The second stage was the critique of Hart’s positivism by Dworkin. Dworkin was a critical player in the development of New Legal Positivism, because his restatement of Hart’s theory – for no other purpose than to criticize it – has been very influential among Hart’s later defenders. The final stage, which began in the early 1970s and is still unfolding, involves efforts by New Positivists to answer Dworkin and refine Hart’s work. The third stage is marked by the emergence of two dominant trends. On the one hand, there are those who focus upon Hart’s conceptual separation of law and morality and argue that Hart acknowledged that in some legal systems morality could be a condition of legality. This view has come to be known as incorporationism or inclusive legal positivism. On the other hand, there are those who defend Hart’s conceptual separation of law and morality and argue that Hart did not think (or should not have thought, if he did) that morality could ever be a condition of legality. This view has come to be known as exclusive legal positivism” (SEBOK, Anthony J. **Legal positivism in american jurisprudence**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1998. p. 268-269).

separação entre direito e moral. Na verdade, o debate entre o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo fez ressurgir, sob uma nova base conceitual, a calejada discussão sobre a relação entre direito e moral.²²⁸

O cerne da questão entre exclusivistas e inclusivistas é saber se o direito é *inteiramente* identificado por fatos sociais (sem recurso a argumentos morais) ou se, ao contrário, apenas a regra de reconhecimento – a regra última do sistema – está fundada em um fato social. Nesse último caso, ela poderia estabelecer, em caráter contingente (não-necessário), que a juridicidade de determinados padrões normativos fosse aferida a partir de argumentos (ou princípios) morais.

Essa cisão no interior do positivismo jurídico aparece como resposta ao chamado “debate Hart-Dworkin”. As críticas que Dworkin dirigiu ao positivismo jurídico – especialmente a primeira crítica – ensejou dois modelos distintos de resposta: (i) o modelo inclusivista, que procurou incorporar parte das críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, promovendo, para tanto, certa flexibilização da tese da separação entre direito e moral; e (ii) o modelo exclusivista, que se propôs a responder às críticas de Dworkin com a reafirmação da versão mais forte da tese social.²²⁹

Por essa razão, a compreensão do debate entre *positivismo inclusivo* e *positivismo exclusivo* pressupõe algum conhecimento dos principais elementos da primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico. Na sequência, vai-se retomar as bases dessa crítica com o propósito de compreender como o positivismo jurídico reagiu a ela.²³⁰

²²⁸ Dimoulis observa que a disputa entre inclusivistas e exclusivistas “diz respeito à posição da moral nos sistemas jurídicos” (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 78).

²²⁹ Shapiro observou que a primeira crítica de Dworkin deu ensejo, entre as respostas positivistas, a duas rotas distintas, a rota inclusivista e a rota exclusivista (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 31; SHAPIRO, Scott J. El debate “Hart-Dworkin”: una breve guía para perplejos. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (org.). **Dworkin y sus críticos**: el debate sobre el imperio de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. E-book). Do mesmo modo, Coleman esclarece que o incorporacionismo surgiu como resposta às primeiras objeções de Dworkin ao positivismo jurídico (COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001).

²³⁰ Shapiro dividiu a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico em dois momentos distintos: a primeira crítica está concentrada no texto “O modelo de regras I” (1967); a segunda, por sua vez, está sistematizada, sobretudo, em “O império do direito” (1986) (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 24-40; SHAPIRO, Scott J. El debate “Hart-Dworkin”: una breve guía para perplejos. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (org.). **Dworkin y sus críticos**: el debate sobre el imperio de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. E-book).

3.3.1 Primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico

Foi em “O modelo de Regras I”, publicado originalmente em 1967, que Dworkin dirigiu o seu primeiro “ataque geral contra o positivismo”.²³¹ Nesse texto, o autor apresentou a sua teoria dos princípios jurídicos e a utilizou para alavancar uma crítica mais abrangente aos pilares teóricos do positivismo jurídico.²³²

A teoria dos princípios de Dworkin baseia-se em uma distinção lógico-estrutural entre regras e princípios,²³³ isto é, o autor distingue essas espécies normativas considerando o modo como um e outro padrão se comporta quando aplicado e a forma como se relaciona com outros padrões da mesma espécie.²³⁴

As regras, segundo o autor, se aplicam na forma de “tudo ou nada”, uma vez que, realizada faticamente a sua hipótese normativa, duas situações podem, alternativamente, ocorrer: (i) a regra é considerada válida e a consequência jurídica por ela prevista deve

²³¹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 22. No original: I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed.

²³² DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 23-72. Sobre o fato de que essa primeira crítica de Dworkin ao positivismo jurídico teve por base a sua teoria dos princípios ou, mais especificamente, sua distinção entre regras e princípios, cf. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163; LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 418 e p. 420.

²³³ Dworkin fala em distinção de “natureza lógica” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 25. No original: The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction). Assim também, ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 168-187; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

²³⁴ O modo como Dworkin definiu regras e princípios jurídicos é hoje bastante difundido, podendo-se mesmo afirmar que a sua teoria dos princípios jurídicos é, ao lado da de Robert Alexy, a mais conhecida e estudada entre teóricos do direito e constitucionalistas de diversas partes do mundo. Segundo Ávila, Dworkin foi responsável por uma “decisiva contribuição” para a teoria dos princípios jurídicos, já que a distinção entre princípios e regras por ele proposta “difere das anteriores porque se baseia, mais intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo”, tendo sido capaz de extremar “as duas espécies normativas” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 36 e p. 37). Sobre a importância da teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy, cf. ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 379-388; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71-75.

ser respeitada; ou (ii) a regra é considerada inválida e a consequência jurídica nela prevista não será aplicada. Mais do que isso: nessa última hipótese, a regra não terá qualquer relevância para a solução jurídica do caso.²³⁵

Além disso, quando se está diante de um conflito de regras, apenas uma delas pode sobreviver em sua plenitude, devendo a outra ser invalidada ou reformulada – nesse último caso, por exemplo, a regra pode ser reformulada como uma exceção em relação à primeira norma, hipótese em que passaria a ser vista como parte componente da enunciação completa da regra geral válida.²³⁶

Diversamente, os princípios jurídicos não possuem uma hipótese fática determinada de forma precisa nem oferecem uma resposta automática para os casos que caem em seu campo de aplicação.²³⁷ Como sustentou Lyons, interpretando Dworkin, princípios são padrões que guiam, mesmo que nem sempre determinem, as decisões jurídicas.²³⁸ Quando considerados relevantes em um caso concreto, eles apenas fornecem “uma razão que inclina numa ou noutra direção”.²³⁹

Além disso, os princípios funcionam de maneira diferente das regras quando colidem entre si, já que na aplicação de princípios colidentes entra em jogo uma avaliação do peso de cada um diante do caso concreto (dimensão do peso). Como explica Dworkin,

quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.²⁴⁰

²³⁵ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 25.

²³⁶ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 43 e p. 40; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 27 e p. 25.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 40; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 25.

²³⁸ LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 422.

²³⁹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 26. No original: All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another.

²⁴⁰ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42-43; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 27. No original:

Princípios, em síntese, fornecem uma razão para que se decida em uma determinada direção. Outros princípios, entretanto, podem fornecer razões para que se decida a mesma questão em outra direção e estas últimas podem prevalecer em relação à primeira. Assim, o fato de um princípio não prevalecer em um determinado caso não significa que ele será excluído do sistema jurídico ou modificado de alguma forma. Diversamente das regras, o princípio ora derrotado poderá prevalecer “em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força”.²⁴¹

Com base nessa distinção conceitual dos padrões normativos, Dworkin avança sua crítica ao positivismo jurídico. Para ele, o positivismo jurídico é uma teoria inadequada do direito não apenas por causa de sua miopia em relação à existência de princípios morais nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, mas, sobretudo, por ter sido uma teoria elaborada com base em um *modelo de regras*, totalmente incapaz de lidar teoricamente com sistemas jurídicos complexos, nos quais os princípios são reconhecidos como padrões normativos relevantes. Segundo ele, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e [...] sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”.²⁴² Em síntese, o propósito de Dworkin no texto analisado era, portanto, “demonstrar que a versão hartiana do positivismo jurídico não é capaz de dar conta do papel dos princípios morais nas decisões judiciais”.²⁴³

When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgment that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 41-42; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 26. No original: If so, our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contravening considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive.

²⁴² DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 22. No original: Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.

²⁴³ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 13.

Para desenvolver seu “ataque geral”, Dworkin apresentou o “esqueleto” do positivismo jurídico, condensando-o em três premissas fundamentais.²⁴⁴ Em sua visão, o positivismo é uma teoria comprometida com a tese do pedigree, com a tese da discricionariedade e com a tese da obrigação.²⁴⁵

A *tese do pedigree* sustenta que “o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais”, e que tais regras “podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas”.²⁴⁶ As regras jurídicas são identificadas e distinguidas de outros padrões normativos (normas morais, por exemplo) por terem sido formuladas de uma determinada maneira (fato social) e não por possuírem um determinado conteúdo. Dworkin, assim, fala em um “teste do *pedigree* por oposição a um teste de conteúdo”.²⁴⁷

Shapiro sustenta que a tese dworkiana do pedigree é melhor compreendida quando formulada em dois passos sucessivos: (i) existe, nas sociedades juridicamente organizadas, uma regra mestra responsável por distinguir aquilo que o direito é daquilo que ele não é; (ii) existe uma restrição em relação a essa regra mestra, já que os critérios de juridicidade que ela estabelece só podem referir-se a fatos sociais, não se admitindo recurso a argumentos morais como critério de determinação do direito.²⁴⁸

Por seu turno, a *tese da discricionariedade* salienta que, como o direito é compreendido pelo positivismo como um conjunto de regras identificadas por uma regra mestra, se um caso concreto não estiver claramente regulado por alguma dessas regras,

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 17. No original: Positivism has a few central and organizing propositions as its skeleton [...].

²⁴⁵ As três proposições apresentadas por Dworkin para caracterizar o positivismo jurídico foram assim nomeadas por Shapiro: *Pedigree Thesis*; *Discretion Thesis*; *Obligation Thesis* (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 25).

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27-28. Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 17. No original: The law of a community is a set of special rules used by the community directly or indirectly for the purpose of determining which behavior will be punished or coerced by the public power. These special rules can be identified and distinguished by specific criteria, by tests having to do not with their content but with their pedigree or the manner in which they were adopted or developed.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 531.

²⁴⁸ SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 25.

ele “não pode ser decidido mediante ‘a aplicação do direito’”.²⁴⁹ Para resolver o caso, a autoridade pública precisará exercer discricionariedade em sentido forte, isto é, precisará “ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente”.²⁵⁰

Por fim, segundo a *tese da obrigação*, somente as regras especiais selecionadas por aquela regra mestra são aptas para criar obrigações jurídicas. Assim, “na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção [discricionariedade], ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria”.²⁵¹

Segundo Dworkin, todas as três teses são inadequadas e só revelam como o positivismo jurídico, concebido como um modelo de regras, é incapaz de lidar com uma prática jurídica permeada por princípios.

Em relação à primeira, Dworkin sustenta que os princípios são, muitas vezes, *standards sem pedigree*, isto é, eles existem em um sistema jurídico e “valem” não por ter passado no teste do pedigree, mas por causa de seu conteúdo moral.²⁵² Ao falar de princípios sem pedigree, Dworkin assim explica sua concepção:

a origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na *compreensão do que é apropriado*, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa *compreensão do que é apropriado*.²⁵³

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 28; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 17. No original: then that case cannot be decided by “applying the law”.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 28; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 17. No original: It must be decided by some official, like a judge, “exercising his discretion”, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 28; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 18. No original: In the absence of such a valid legal rule there is no legal obligation; it follows that when the judge decides an issue by exercising his discretion, he is not enforcing a legal obligation as to that issue.

²⁵² Dworkin, na leitura de Etcheverry, sustenta que “os princípios morais não podem ser reconhecidos mediante esse teste [de pedigree]. Sua juridicidade parece depender de seus méritos substantivos e não de condições fática enumeradas por uma regra mestra” (ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 14).

²⁵³ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 64 (grifei); Id., The model of

Essa “compreensão do que é apropriado” (*sense of appropriateness*) nada mais é do que uma compreensão do que parece ser justo, isto é, um princípio é um princípio *jurídico* enquanto sua aplicação parecer justa aos olhos da comunidade jurídica e geral, assim como deixará de sê-lo, quando não mais parecer assim.²⁵⁴

Considerando, pois, que a juridicidade dos princípios repousa em seu conteúdo moral, esse tipo de padrão normativo escapa ao teste positivista do pedigree. E ainda que a “prova” da existência de um princípio faça o jurista buscar algum tipo apoio institucional dado a ele o fato é, segundo Dworkin, que nenhum teste de *pedigree* conseguiria capturar, em uma fórmula simples – como a regra de reconhecimento hartiana –, o tipo e a intensidade de suporte institucional necessários para dar ensejo ao surgimento de um princípio jurídico.²⁵⁵

rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 41. No original: But this test of pedigree will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained.

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 64; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 41. Essa interpretação é reforçada pelo conceito de princípio jurídico (em sentido estrito) apresentado por Dworkin. Nele o autor não deixa dúvida acerca da origem moral desses padrões, já que, para ele, princípio é “um padrão que deve ser observado [...] porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 23. No original: I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality). Dworkin apresenta esse conceito de princípio (em sentido estrito) para distingui-lo daquilo que ele chama de “política”, que consiste em um “tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 23). A distinção entre políticas e princípios, contudo, não é relevante para a crítica ao positivismo jurídico, tanto que o próprio autor passa a falar em “princípio” em um sentido amplo, capaz de abranger os princípios em sentido estrito e as políticas.

²⁵⁵ Segundo Dworkin, “não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 65; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 41. No original: Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude). Dworkin menciona, como exemplos de apoio institucional, a enunciação do princípio em casos julgados anteriormente, a existência de leis que possam ser pensadas como exemplificações do princípio, a menção ao princípio no preâmbulo de uma lei ou em algum ato do processo legislativo (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 64-65; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 41).

A existência de princípios jurídicos sem pedigree fragilizaria o modelo teórico de Hart em mais de uma forma. Para Hart (como interpretado por Dworkin), uma regra pode ser obrigatória de duas maneiras: (i) porque é aceita pelo grupo como um padrão de conduta a ser observado (regra social de reconhecimento); (ii) porque é válida, isto é, por ter sido formulada de acordo com a regra de reconhecimento (regra jurídica).²⁵⁶

No modelo hartiano, portanto, apenas a regra de reconhecimento retira sua autoridade da aceitação do grupo; todas as demais regras são validadas pela regra de reconhecimento.²⁵⁷ Mas, como observa Dworkin, sua teoria dos princípios jurídicos abala essa estrutura de duas formas: (i) os princípios jurídicos existem em virtude de sua aceitação (da aceitação de seu conteúdo moral) e não em virtude da regra de reconhecimento – logo, a regra de reconhecimento hartiana não consegue abarcar todo o direito vigente;²⁵⁸ e (ii) muitas regras jurídicas existentes no sistema são “validadas” não apenas pela regra de reconhecimento, mas também pelo fato de representarem verdadeiras instâncias de princípios jurídicos.²⁵⁹ Por essas razões, conclui Dworkin, a tese do pedigree deve ser abandonada.²⁶⁰

O mesmo se passa com a tese da discricionariedade judicial. Segundo Dworkin, ao considerar o sistema jurídico como um sistema de regras identificadas por um teste de *pedigree*, os positivistas desconsideraram a juridicidade dos princípios e, assim, a

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 32-33; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 20-21.

²⁵⁷ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 69; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 44.

²⁵⁸ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 14.

²⁵⁹ Como afirma Dworkin, “uma vez que tais princípios e políticas fossem aceitos como direito e portanto como padrões que os juízes deveriam seguir ao estabelecer obrigações jurídicas, seguir-se-ia que *regras* como as enunciadas pela primeira vez nos casos *Riggs* e *Henningsen* retirariam sua força, pelo menos em parte, da autoridade dos princípios e das políticas e, portanto, não inteiramente da regra suprema de reconhecimento” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 69; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 44. No original: Once these principles and policies are accepted as law, and thus as standards judges must follow in determining legal obligations, it would follow that *rules* like those announced for the first time in *Riggs* and *Henningsen* owe their force at least in part to the authority of principles and policies, and so not entirely to the master rule of recognition).

²⁶⁰ “Concluo que, se tratamos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 70; Id., The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 45. No original: I conclude that if we treat principles as law we must reject the positivists’ first tenet, that the law of a community is distinguished from other social standards by some test in the form of a master rule).

obrigatoriedade jurídica de sua aplicação. É, mais uma vez, a “negligência do positivismo em relação aos princípios” que faz com que essa teoria falhe também em “sua doutrina da discricionariedade judicial”.²⁶¹

O problema da discricionariedade judicial está, portanto, entrelaçado com a crítica do teste de pedigree, já que este último, ao impor limites àquilo que pode ser considerado direito, termina por possibilitar a ideia de uma discricionariedade forte. Em outras palavras, diante da falta de uma regra clara capaz de regular o caso concreto (nos termos do teste de pedigree), resta aos juízes recorrer a seu poder discricionário em sentido forte, isto é, buscar *fora* do direito algum padrão normativo (extrajurídico) – os princípios, por exemplo –, que possa servir de base para a elaboração da regra jurídica do caso.²⁶²

Parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no [...] sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; [...]. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.²⁶³

O erro dessa abordagem, segundo Dworkin, consiste no fato de que ela desconsidera a obrigatoriedade (normatividade) dos princípios, a qual, uma vez reconhecida, afastaria o poder discricionário em sentido forte. Nesse momento, Dworkin crê que os positivistas exageraram a extensão da discricionariedade judicial exatamente por não situar os princípios (morais) no interior do sistema jurídico.²⁶⁴

Quando se admite que os princípios (em sentido amplo) são padrões que formam, ao lado das regras, o conceito de direito, segue-se que os juízes são obrigados a aplicá-los. E, embora precisem usar seu discernimento para aferir a relevância e a grandeza dos princípios (discricionariedade em sentido fraco), não haverá mais a necessidade de ir para além do direito em busca de padrões juridicamente não-obrigatórios (discricionariedade em sentido forte).

²⁶¹ LYONS, Principles, positivism and legal theory, 1977, p. 421. No original: there is a connection between positivism's neglect of principles and its doctrine of judicial discretion.

²⁶² Segundo Dworkin, “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidí-lo mediante a criação de um novo item de legislação” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 49-50).

²⁶³ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 55.

²⁶⁴ LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 421.

Por fim, a tese positivista da obrigação deve ter a mesma sorte das demais. Quando se imagina que obrigações jurídicas – e os direitos correlatos – são criados apenas por regras jurídicas, deve-se reconhecer que, nos casos em que não existem regras jurídicas claramente aplicáveis, os juízes criam uma obrigação jurídica, legislando *ex post facto*.²⁶⁵

Esse problema deixa de existir quando se admite que os princípios também estabelecem obrigações jurídicas.²⁶⁶ Porém, outros surgem em seu lugar. Um deles nos remete à questão do poder judicial: determinar a existência de uma obrigação jurídica com base em uma “constelação de princípios”, cuja maior ou menor força dependa de um juízo baseado em outro tipo de discricionariedade judicial (fraca), parece não ser um horizonte muito promissor quando o que está em jogo é a contenção do poder judicial.

Dworkin tem consciência de que a sua concepção de obrigação jurídica coloca muitos problemas, mas, ainda assim, entende ser uma concepção superior àquela defendida pelo positivismo. Segundo ele, “mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer”, já que

nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz.²⁶⁷

Diante da primeira crítica de Dworkin, os positivistas se dividiram no tocante a estratégia defensiva. O único consenso que parece ter se formado entre os positivistas diz respeito ao fato que os juízes, em muitos casos, sentem-se realmente obrigados a aplicar

²⁶⁵ Segundo Dworkin, a tese positivista da obrigação “sustenta que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se daí que, em um caso difícil – quando é impossível encontrar tal regra estabelecida – não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 70-71).

²⁶⁶ Segundo Dworkin, “uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela” (DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 71).

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 71-72. Essa crítica de Dworkin é relevante aos propósitos deste trabalho. Quando se pensa em limites para a atividade interpretativa do juiz, a mera afirmação teórica da existência de discricionariedade judicial não ajuda. Se o positivismo jurídico nada mais fizer do que afirmar a discricionariedade judicial, em nada estará contribuindo para o avanço das questões atinentes à aplicação do direito. Logo, um dos grandes desafios colocados ao positivismo jurídico contemporâneo diz respeito à sua capacidade de fornecer teorias da interpretação capazes de avançar nessa questão.

princípios sem *pedigree*.²⁶⁸ Fora isso, os autores trilharam duas sendas distintas: (i) alguns entenderam que a teoria da juridicidade dos princípios de Dworkin estava (ou poderia estar) correta, mas que o autor havia definido mal os elementos centrais do positivismo jurídico; (ii) outros, ao contrário, concordaram, em linhas gerais, com a leitura que Dworkin havia feito do positivismo, e tributaram seu erro à sua teoria dos princípios.²⁶⁹ O primeiro caminho foi seguido pelo *positivismo jurídico inclusivo*, ao passo que o segundo foi trilhado pelos *exclusivistas*.

3.3.2 A resposta do positivismo jurídico inclusivo

Os principais responsáveis pela consolidação do *positivismo jurídico inclusivo* foram Jules Coleman e Wilfrid Waluchow.²⁷⁰ Este último foi também responsável por cunhar a expressão aqui utilizada para designar essa versão do positivismo jurídico com a publicação, em 1994, de sua obra “Inclusive legal positivism”.²⁷¹

²⁶⁸ Pelo menos essa é a compreensão de SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

²⁶⁹ SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 31.

²⁷⁰ No mesmo sentido Etcheverry que, além deles, inclui ainda o próprio Hart, que em seu pós-escrito de 1994 definiu a sua versão do positivismo como um *soft positivism* (ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 83-84). Coleman e Waluchow adotaram as mesmas linhas gerais na defesa do inclusivismo. Entretanto, existem diferenças sutis entre a versão de Coleman e de Waluchow (Ibid., p. 170-171). A primeira diferença foi ressaltada por Mitrphanous em sua crítica ao positivismo jurídico inclusivo. O autor observa que existem duas versões do inclusivismo que devem ser distinguidas: enquanto a versão de Coleman admite que a moral pode ser incorporada na regra de reconhecimento como critério para a determinação da *existência* do direito válido, a versão de Waluchow é mais ampla e permite que a moral determine não apenas a *existência*, como também o *conteúdo* do direito válido (MITROPHANOUS, Eleni. Soft positivism. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 17, issue 4, p. 621-641, Dec. 1997. 1997). A segunda foi destacada por Bix: para Waluchow, a moral pode ser incorporada na regra de reconhecimento como *condição necessária* da validade jurídica, ao passo que, para Coleman, ela pode ser incorporada como *condição suficiente* da validade jurídica (BIX, Brian. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 12, n. 1, p. 17-33, jan. 1999).

²⁷¹ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. Há tradução para o espanhol: WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Tradução de Marcela S. Gil e Romina Tesone. Revisão da tradução Hugo Zuleta. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2007. Essa obra é fruto de sua tese de doutorado, defendida em Oxford, sob orientação de H. L. A. Hart (VERBICARO, Loiane Prado. Aspectos da teoria do direito de Wilfrid Waluchow. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 233).

No entanto, as primeiras respostas inclusivistas à crítica de Dworkin aparecem em 1977 com Philip Soper e David Lyons.²⁷² Desde então, os inclusivistas tem se dedicado a demonstrar que o modo como Dworkin caracterizou a regra de reconhecimento não capta fielmente a proposta de Hart. Segundo eles, uma versão mais fidedigna da regra de reconhecimento hartiana é capaz de responder à maior parte dos desafios colocados pela crítica de Dworkin. Por essa razão, como expressou Etcheverry, essa versão do positivismo “pretende ser herdeira das teses de Hart e ao mesmo tempo responder às teses de Dworkin buscando acomodar parte das mesmas no interior da teoria do direito hartiana”.²⁷³ É um tipo de teoria jurídica que pretende estar situada a meio caminho de dois extremos: de um lado, a teoria do direito como integridade de Dworkin e, de outro, o positivismo jurídico exclusivo de Raz.²⁷⁴

A linha inicial adotada pelo positivismo jurídico inclusivo foi aquela que Coleman chamou de *positivismo jurídico negativo*.²⁷⁵ Essa versão negativa do positivismo pretende mostrar que não há obstáculo para que considerações morais façam parte das condições de juridicidade (validade) dos padrões normativos de um determinado sistema jurídico concreto. É dizer, “os valores e os princípios morais contam entre os possíveis fundamentos que um sistema jurídico poderia aceitar para determinar a existência e o conteúdo das leis válidas”.²⁷⁶

²⁷² ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 22-25; LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977; SOPER, E. Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. **Michigan Law Review**, v. 75, n. 3, p. 473-519, Jan. 1977.

²⁷³ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 1. Já em suas primeiras aparições, os inclusivistas procuraram desacreditar a leitura que Dworkin havia feito do positivismo hartiano e, especialmente, do modo restrito com que ele havia caracterizado a regra de reconhecimento (LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 426). Como enfatizou Lyons, a tese dworkiana de que o direito, para o positivismo, é um modelo de regras repousa em “uma má compreensão do positivismo jurídico” (Ibid., p. 423).

²⁷⁴ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 3; VERBICARO, Loiane Prado. Aspectos da teoria do direito de Wilfrid Waluchow. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 233-238. Essa imagem, ademais, ajuda a entender porque o positivismo inclusivo foi atacado por ambos os extremos, isto é, recebeu críticas tanto de Dworkin, quanto dos positivistas exclusivos.

²⁷⁵ COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982.

²⁷⁶ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 82. Tradução do autor. No original: [...] moral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existence and content of valid laws. Na mesma linha foi a definição de positivismo jurídico inclusivo proposta por Alexy: “O positivismo inclusivo, como defendido, por exemplo, por Jules Coleman, inclui uma rejeição tanto do positivismo exclusivo como do não-positivismo. Ele afirma que a moral não é necessariamente excluída nem necessariamente incluída [no

Waluchow assim externou a questão:

Uma característica distintiva do positivismo inclusivo é a sua pretensão de que standards de moral política, isto é, da moral que utilizamos para avaliar, justificar e criticar as instituições sociais, suas atividades e produtos – por exemplo, as leis – podem figurar – e o fazem de várias formas – nas tentativas de determinar a existência, o conteúdo e o significado de leis válidas.²⁷⁷

Já em suas primeiras manifestações, os inclusivistas tinham avançado essa abordagem negativa do positivismo para responder às críticas de Dworkin.²⁷⁸ Lyons, por exemplo, sustentou que Dworkin havia caracterizado a regra de reconhecimento hartiana de forma muito restritiva.²⁷⁹ Isso porque, segundo ele, o positivismo de Hart jamais rejeitou a possibilidade de que existissem testes de juridicidade referentes ao *conteúdo* dos padrões avaliados.²⁸⁰ Ele se limitou a dizer que a regra de reconhecimento de um sistema é um padrão social *aceito* pelas autoridades jurídicas desse sistema, sem estabelecer qualquer limite para o conteúdo dos testes que as autoridades desse sistema podem adotar a fim de avaliar a juridicidade de seus padrões normativos.²⁸¹ Em suas palavras, “na teoria de Hart, os fatos sociais que, em última análise, determinam o direito

conceito de direito]. A inclusão é declarada como uma questão contingente ou convencional [...] a depender daquilo que o direito positivo de fato estabelece” (ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, Sept. 2008. p. 285-286. Tradução do autor. No original: Inclusive positivism, as defended, for instance, by Jules Coleman, counts as the rejection of both exclusive positivism and nonpositivism. It says that morality is neither necessarily excluded nor necessarily included. The inclusion is declared to be a contingent or conventional matter [...] turning on what the positive law in fact says).

²⁷⁷ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 2. Tradução do autor. No original: A distinguishing feature of inclusive positivism is its claim that standards of political morality, that is, the morality we use to evaluate, justify, and criticize social institutions and their activities and products, e.g. laws, can and do in various ways figure in attempts to determine the existence, content, and meaning of valid laws.

²⁷⁸ Coleman reconhece esse fato: “Isso parece estar na forma de positivismo que David Lyons avança para responder às objeções de Dworkin ao positivismo” (COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 143, pé de página. Tradução do autor. No original: This seems to be in the form of positivism David Lyons advances to meet Dworkin's objections to positivism).

²⁷⁹ LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 426.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 424-426; ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión**. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 24.

²⁸¹ LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977. p. 423-424. O autor explica que “Hart seems to place no limits on the sort of test that might be employed by officials, and the reason is simple: unlike other legal rules, the rule of recognition may be said to exist only by virtue of the actual practice of officials. Nothing else determines the content of this rule. The tests for law in a system are whatever officials make them – and Hart suggests no limits on the possibilities” (*Ibid.*, p. 423-424).

são a prática das autoridades jurídicas, mas os testes sobre o direito são o que quer que as autoridades jurídicas façam deles”.²⁸² Assim, continua o autor,

a definição de Dworkin do positivismo é [...] enganosa. Os positivistas não sustentam que o direito deve ser identificado por testes de “pedigree” e não por testes de “conteúdo”. Eles sustentam, antes, que não é necessário que uma regra satisfaça padrões morais particulares para ser considerada como direito. Mas do fato de que a qualificação em virtude do conteúdo não precise ocorrer em sistemas jurídicos não segue que ela não possa ocorrer.²⁸³

Em síntese, o que Lyons sustenta é que a regra de reconhecimento hartiana pode, sim, incorporar valores morais como critério de juridicidade e a afirmação de Dworkin em sentido contrário resultava de uma leitura muito estreita da teoria de Hart.²⁸⁴

Em sua primeira resposta a essa “redefinição” do positivismo jurídico proposta por Soper e Lyons, Dworkin sustentou que um positivismo assim tão flexível – “um positivismo menos positivo” – não seria compatível com as teses positivistas da separação e do fato social.²⁸⁵

Coleman, então, logo percebeu que a questão central com a qual o positivismo jurídico inclusivo precisaria se ocupar era saber que tipo de teste a regra de reconhecimento hartiana poderia conter. Era preciso determinar quais limites as teses positivistas impunham aos testes de validade contidos em uma regra de reconhecimento.

Com a formulação de um positivismo jurídico negativo, Coleman pretende mostrar justamente que a regra de reconhecimento hartiana pode, eventualmente, incorporar critérios de validade referentes ao conteúdo (moral) das regras avaliadas, sem que isso implique – como sustentou Dworkin – o abandono da tese positivista da separabilidade.²⁸⁶ Para isso, Coleman enuncia a tese da separabilidade (*separability*

²⁸² Ibid., p. 425. Tradução do autor. No original: In Hart's theory, the social facts that ultimately determine law are facts about official practice, but the tests for law are whatever officials make them.

²⁸³ Ibid., p. 426. Tradução do autor. No original: Dworkin's definition of positivism, then, is misleading. Positivists do not hold that law must be identified by tests of “pedigree” and not by tests of “content.” They hold, rather, that it is not necessarily the case that a rule must satisfy particular moral standards in order to count as law. But the fact that qualification by virtue of “content” need not occur in legal systems does not imply that it can not occur.

²⁸⁴ Ibid., p. 424.

²⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 530 e p. 533-534.

²⁸⁶ COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 140-141; ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico inclusivo**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 144. Como explica Etcheverry, “Coleman pretende oferecer uma versão do positivismo jurídico capaz de manter a tese da separação entre o direito e a moral sem negar que em alguns casos o direito e a moral possam estar conectados, ainda que seja de forma meramente contingente, isto é, não necessária” (Ibid., p. 143).

thesis) como uma tese *negativa*, que se limita a negar a existência de uma conexão conceitual ou necessária entre o direito e a moral, é dizer, como uma tese que sustenta apenas que direito e moral são planos normativos conceitualmente distinguíveis.²⁸⁷

Assim compreendida, a tese da separabilidade não afasta a possibilidade – contingente – de que, neste ou naquele sistema jurídico concreto, a moral possa ser transformada em critério de juridicidade para algumas ou para todas as normas desse sistema. Vale dizer, não existe restrição imposta pela tese positivista da separabilidade em relação ao tipo de critério ou teste de juridicidade que pode ser incorporado pela regra de reconhecimento deste ou daquele sistema jurídico concreto.²⁸⁸ A única exigência feita pela tese da separabilidade é que “exista pelo menos uma regra de reconhecimento concebível (e, assim, um sistema jurídico possível) que não estabeleça a verdade de um princípio moral como condição de verdade de alguma proposição jurídica”.²⁸⁹

Em síntese, o positivismo jurídico negativo, definido por Coleman como “a forma de positivismo gerada pelo compromisso com a regra de reconhecimento restringida pela tese da separabilidade”,²⁹⁰ faz apenas uma reivindicação fraca e negativa de que deve ser possível conceber um sistema jurídico no qual a regra de reconhecimento não inclua critérios morais entre seus testes de juridicidade.

O positivismo jurídico negativo constitui o cerne da resposta inclusivista à primeira crítica de Dworkin. Como se viu, Dworkin concebeu a regra de reconhecimento

²⁸⁷ O autor afirma que vem sustentando “uma formulação diferente da tese da separação, segundo a qual a moral não é necessariamente uma condição de juridicidade [...]” (COLEMAN, Jules. *Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis*. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 123, pé de página. Tradução do autor. No original: I have defended a different formulation of separability thesis, according to which morality is not necessarily a condition of legality [...]). Além disso, sustentou que os positivistas formularam essa tese negativa da separabilidade como um modo de distinguir o positivismo jurídico da teoria do direito natural, que, por sua vez, sustenta a tese oposta de que existe uma conexão necessária entre direito e moral (COLEMAN, Jules L. *Negative and positive positivism*. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 140).

²⁸⁸ Segundo Coleman, “o incorporacionista não vê qualquer razão para assumir que essas condições não possam em princípio incluir critérios que fazem do valor ou do mérito moral uma condição de juridicidade, ao menos de algumas normas” (COLEMAN, Jules. *Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis*. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 127. Tradução do autor. No original: The Incorporationist sees no reason for assuming that these conditions cannot in principle include criteria making moral value or merit a condition of legality, at least for some norms).

²⁸⁹ COLEMAN, Jules L. *Negative and positive positivism*. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 141. Tradução do autor. No original: The separability thesis is the claim that there exists at least one conceivable rule of recognition (and therefore one possible legal system) that does not specify truth as a moral principle among the truth conditions for any proposition of law.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 143. Tradução do autor. No original: The form of positivism generated by commitment to the rule of recognition as constrained by the separability thesis I call negative positivism to draw attention both to the character and the weakness of the claim it makes.

positivista como um tipo de regra social que só poderia abarcar testes relativos a questões formais (não relacionadas ao conteúdo substantivo) das normas avaliadas. Para os inclusivistas, no entanto, Dworkin havia se equivocado ao imaginar que as teses positivistas só seriam compatíveis com um tipo de regra de reconhecimento que estabelecesse um teste de validade do tipo pedigree. Os limites que a tese da separação impõe à regra de reconhecimento não são tão severos quanto imaginou Dworkin.²⁹¹ O positivismo não nega a possibilidade de que determinados sistemas jurídicos concretos incluam critérios morais substantivos entre os seus testes de juridicidade/validade.

Mais do que isso. Ao admitir, ainda que em caráter contingente, a inclusão da argumentação moral na determinação da validade jurídica, essa versão do positivismo jurídico, segundo Waluchow, consegue explicar melhor os sistemas jurídicos contemporâneos, em especial o fenômeno da constitucionalização dos valores ou princípios morais. Nas modernas constituições, é comum que a criação do direito esteja limitada pela moral política incorporada no texto constitucional.

Assim, segundo ele, o positivismo inclusivo oferece

uma explicação melhor da interpretação e aplicação de documentos constitucionais, como a Carta de Direitos e Liberdades canadense ou a Declaração de Direitos norteamericana. Ao permitir que moral política figure na determinação do significado desses documentos e considerando o impacto de várias de suas disposições sobre a validade de normas subordinadas, digamos, as leis, o positivismo inclusivo oferece uma explicação muito melhor dessas práticas jurídicas comuns.²⁹²

Por outro lado, para explicar a compatibilidade do positivismo inclusivo com a *tese social* ou *tese do fato social* (*Social Fact Thesis*), Coleman precisará agregar à tese negativa uma concepção positiva do positivismo (o “positivismo jurídico positivo”) que se baseia na afirmação da natureza convencional da regra de reconhecimento.²⁹³

²⁹¹ DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 534.

²⁹² WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 6-7. Tradução do autor. No original: Of particular interest will be the respects in which inclusive positivism offers a better account of the Interpretation and application of constitutional documents like the Canadian Charter of Rights and Freedoms or the American Bill of Rights. In allowing political morality to figure in determining what such documents mean and the impact of their various provisions on the validity of subordinate laws, say statutes, inclusive positivism provides a much better account of these common legal practices.

²⁹³ COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982. p. 148-162; ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 144. Segundo Coleman, a tese negativa, sozinha, é insuficiente para caracterizar o positivismo

A tese do fato social, como enunciada por Coleman, sustenta que “a possibilidade do direito deve ser explicada em termos de fatos sociais”.²⁹⁴ Para o autor, que também aqui segue a Hart, o fato social relevante para o positivismo jurídico é a existência de uma *convenção* entre as autoridades jurídicas (*officials*).²⁹⁵

O direito é possível porque existe uma convenção social entre as autoridades jurídicas (*officials*) em torno de um *standard* (regra de reconhecimento) responsável pela identificação das normas jurídicas válidas de seu sistema. Logo, a regra de reconhecimento é uma regra convencional e a existência de uma regra convencional depende de comportamentos e atitudes (isto é, de uma prática social) e não de argumentos morais substantivos.²⁹⁶ Em suas palavras,

o direito se faz possível pela existência de um certo tipo de fato social: a existência de uma prática entre as autoridades de estabelecer critérios de juridicidade ou validade. Essa é a regra de reconhecimento: a assinatura de um sistema jurídico. A regra de reconhecimento não é uma condição suficiente para o direito. É sua condição de possibilidade.²⁹⁷

jurídico. Embora destine-se a demonstrar a compatibilidade da versão inclusivista da regra de reconhecimento com a tese da separação, trata-se apenas da negação da tese não-positivista da conexão necessária entre direito e moral e, portanto, nada afirma acerca do que o direito é. Nas palavras do autor, “se o núcleo do positivismo jurídico é a negação de uma relação conceitual ou necessária entre aquilo que o direito é e aquilo que ele deveria (moralmente) ser, o positivista enfrenta dois tipos de desafios. Em primeiro lugar, sua teoria do direito é inteiramente negativa. Não faz qualquer afirmação sobre o que é verdade, em todos os lugares, sobre o direito. Não fornece uma teoria da juridicidade. Ao contrário, ela simplesmente nega a veracidade de uma teoria alternativa: a saber, que a juridicidade exige a moral. Se o positivismo é somente a visão de que a juridicidade não exige a moral, permanece a questão: ‘O que a juridicidade requer?’” (COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, Mar. 1989. p. 67. Tradução do autor. No original: If the core of legal positivism is the denial of a necessary or conceptual relationship between law as it is and as it ought (morally) to be, the positivist faces two kinds of challenges. First, his or her theory of law is entirely negative. It makes no statement whatever about what is true of law everywhere. It provides no theory of legality. Rather, it merely denies the truth of an alternative theory: to wit, that legality requires morality. If positivism is just the view that legality does not require morality, the question remains, “What does legality require?”).

²⁹⁴ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 115-116. Tradução do autor. No original: the organizing idea of legal positivism is that law’s possibility must be explained in terms of social facts.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 116.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 116. Contudo, controversamente na teoria do direito se a regra de reconhecimento é, de fato, uma convenção, bem como, admitido-se o seu caráter convencional, que tipo de convenção que ela seria. Contra a visão de que a regra de reconhecimento tenha natureza convencional, conferir GREEN, Leslie. The concept of law revisited. **Michigan Law Review**, v. 94, n. 6, p. 1687-1717, May 1996. Para uma crítica do modo como Coleman compreende o tipo de convenção que constitui uma regra de reconhecimento, MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. (org.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 104-124. A base convencional do positivismo jurídico também foi objeto de ataque pela tese dos desacordos teóricos de Dworkin (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014).

²⁹⁷ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford

Por ser o produto de uma convenção social é possível que a regra de reconhecimento estabeleça – se assim for concretamente convencionado – que entre as condições de validade normativa esteja incluído o valor moral das normas.²⁹⁸ A questão chave para o inclusivismo é, portanto, aquilo que foi concretamente convencionado em um sistema jurídico. Se a liberdade de convenção não é plena – já que ela precisa respeitar as restrições impostas pela tese positivista da separabilidade – também não é tão restrita a ponto de impedir que, em um sistema jurídico concreto, seja convencionado que o recurso a elementos morais seja condição necessária para a determinação da existência do direito.

Juntas, as teses negativa e positiva do positivismo jurídico, formam o que Coleman chamou de “incorporacionismo”, uma versão do positivismo jurídico que “permite que a moral possa ser uma condição de juridicidade, isto é, que a juridicidade das normas possa, às vezes, depender de seus méritos substantivos (morais), não apenas de seu pedigree ou fonte social”.²⁹⁹

O incorporacionismo está, portanto, afinado – na visão de seu autor – com as duas teses centrais do positivismo jurídico: a tese da separabilidade e a tese social. Ele está comprometido com a *tese negativa* da inexistência de uma conexão necessária ou constitutiva entre o direito e a moral (tese da separabilidade) e com a *tese positiva* de que aquilo que é e aquilo que não é direito em uma comunidade é, em última análise, uma questão de fatos sociais (tese convencionalista).³⁰⁰

University Press, 2001. p. 115. Tradução do autor. No original: Law is made possible by the existence of a certain kind of social fact: the existence of a practice among officials of setting out criteria of legality or validity. This is the rule of recognition: the signature of a legal system. The rule of recognition is not a sufficient condition for law. It is a condition of its possibility: a necessary condition.

²⁹⁸ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 167.

²⁹⁹ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 100. Tradução do autor. No original: Very roughly, Incorporationism allows that morality can be a condition of legality: that the legality of norms can sometimes depend on their substantive (moral) merits, not just their pedigree or social source. O autor acrescenta que “o incorporacionismo permite não apenas que princípios morais possam ser juridicamente válidos, mas também que alguns princípios morais podem ser juridicamente vinculantes em virtude de seus méritos ou valor, e não de seu pedigree” (Ibid., p. 126, pé de página. Tradução do autor. No original: Incorporationism allows not only that moral principles can be legally valid, but also that some moral principles can be legally binding in virtue of their merits or value, not their pedigree). O incorporacionismo de Coleman está, portanto, como explica Etcheverry, “formado pela tese positivista negativa e pela tese positivista positiva” (ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 166).

³⁰⁰ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 167.

Em conclusão, pode-se afirmar que o incorporacionismo situa-se entre as respostas que surgiram à crítica de Dworkin e consiste em uma teoria hipotética que sustenta que, *se* Dworkin estiver certo em suas considerações sobre a validade jurídica dos princípios morais e seu papel na prática jurídica, essas considerações podem ser perfeitamente acomodadas no bojo do positivismo jurídico.³⁰¹

Além disso, essa versão do positivismo foi chancelada pelo próprio Hart, que em seu pós-escrito, publicado postumamente em 1994, defendeu uma versão do positivismo que chamou de “positivismo fraco” (*soft positivism*), consoante o qual a regra de reconhecimento não precisa adotar apenas testes de pedigree, mas, ao contrário, “pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”.³⁰²

3.3.3 A resposta do positivismo jurídico exclusivo

O “positivismo jurídico exclusivo” é uma versão do positivismo que tem Joseph Raz como seu principal expoente.³⁰³ Consiste na reafirmação de uma versão forte do positivismo jurídico (defesa da tese das fontes), com base em uma teoria da autoridade que se destina a explicar a normatividade do direito. É com base nessa relação entre autoridade e direito que Raz irá não apenas responder ao primeiro ataque de Dworkin, como também desenvolver sua crítica ao positivismo jurídico inclusivo.³⁰⁴

³⁰¹ COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 129.

³⁰² HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 323. No mesmo sentido, ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión**. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 94. Como atesta Coleman, “no pós-escrito, Hart explicitamente adotou o ‘positivismo brando’ (seu modo de denominar o positivismo inclusivo, ou o que eu chamo Incorporacionismo) resolvendo aparentemente a disputa entre positivismo jurídico exclusivo e inclusivo pelo legado de Hart” (COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 100. Tradução do autor. No original: In the Postscript, Hart explicitly embraces ‘soft positivism’ (his label for inclusive positivism, or what I call Incorporationism), apparently settling the issue between inclusive and exclusive legal positivists for Hart’s legacy).

³⁰³ Waluchow reconheceu que Raz é o “principal e mais poderoso defensor” do positivismo jurídico exclusivo (WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 83). Outros importantes defensores do positivismo jurídico exclusivo são Andrei Marmor e Scott J. Shapiro, cujos enfoques serão especialmente relevantes em matéria de interpretação.

³⁰⁴ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: Essays in the morality of law and politics**. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 211.

Logo após a crítica dworkiniana, Raz constatou que a preocupação de Dworkin naquele momento não era com as especificidades da regra de reconhecimento hartiana – como se procurasse refiná-la –,³⁰⁵ mas, antes disso, que a crítica do autor dirigia-se à possibilidade mesma de haver um teste mestre para a determinação da juridicidade dos padrões normativos. Em termos razianos, tratava-se de uma crítica geral à tese dos limites do direito.³⁰⁶

Já em seus primeiros trabalhos, Dworkin começava a ensaiar uma abordagem holística, que, rejeitando a tese dos limites do direito, terminava por negar a tese da discricionariedade judicial em sentido forte.³⁰⁷ Esse tipo de abordagem, utilizada primeiro por Roscoe Pound e, depois, por Dworkin, foi assim explicada por Hart:

Assim, um juiz que esteja diante do caráter indeterminado de uma norma jurídica específica não tem, como único recurso, aquilo que Holmes chamou de “prerrogativa soberana da escolha”. Ele não está imediatamente compelido a assumir a posição de legislador, mesmo que de legislador intersticial. A ilusão de que esteja assim compelido deriva de não se dar o peso devido ao fato de que o processo de tomada de decisão no âmbito jurídico não se dá *in vacuo*, mas sempre contra o pano de fundo de um sistema de regras, princípios, padrões e valores relativamente bem-consolidados. Por si só, uma dada regra jurídica pode não oferecer uma orientação clara, mas, na totalidade do sistema do qual esta regra é uma parte, pode haver, quer de forma expressa, quer

³⁰⁵ Na seção anterior, vimos como alguns inclusivistas se fixaram, inadvertidamente, na defesa da regra de reconhecimento de Hart, como se o que estivesse em jogo na crítica de Dworkin fosse simplesmente o modo “correto” (mais fidedigno) de se entender a regra de reconhecimento hartiana. Raz, por seu turno, percebeu, logo de saída, que essa primeira crítica dworkiniana ao positivismo tinha pretensões bem mais abrangentes.

³⁰⁶ “O Modelo de Regras I’ talvez não deixe totalmente claro que todas as formas da tese dos limites do direito devam ser rejeitadas, embora ele claramente se oponham a uma versão dessa tese, ao rejeitar o princípio de ‘que o direito de uma comunidade é distinto de outros standards sociais por algum teste assumido por uma regra mestra’. [...] O Prof. Dworkin, contudo, confirmou em conversa comigo que esses argumentos se dirigiam contra a tese dos limites do direito em geral e assumiu tal posição em suas aulas na Universidade de Oxford em 1971” (RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972. p. 842, pé de página. Tradução do autor. No original: “The Model of Rules” is perhaps not altogether clear that all forms of the thesis of the limits of law are to be rejected, though it plainly opposes one version of the thesis by rejecting the tenet “that the law of a community is distinguished from other social standards by some test in the form of a master rule.” [...] Professor Dworkin has, however, confirmed to me in conversation that these arguments are directed against the thesis of the limits of the law generally and has taken such a position in his lectures at Oxford University in 1971). Em outro ponto do texto, Raz escreveu: “o Prof. Dworkin sustenta que nenhum critério de identidade adequado pode ser formulado e que, portanto, a tese dos limites do direito deve ser rejeitada” (Ibid., p. 851. Tradução do autor. No original: Professor Dworkin claims that no adequate criterion of identity can be formulated and that therefore the thesis of the limits of law must be rejected).

³⁰⁷ HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 149-150; BOLZANI, Cesar Felipe. A teoria do direito de Joseph Raz: autoridade, direito e moral. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 106-108.

latente, princípios que, se aplicados consistentemente, gerarão um resultado determinado.³⁰⁸

Dworkin, portanto, atribuía aos positivistas – e isso ficará mais claro posteriormente em sua *teoria do direito como integridade* – uma visão pontual e parcial do fenômeno jurídico, ou seja, uma visão que tinha em conta apenas a regra considerada aplicável ao caso e não a sua relação com o conjunto dos padrões (inclusive morais) que, segundo ele, compõe o ordenamento jurídico.

Raz irá rejeitar o holismo dworkiniano e reafirmar a tese positivista de que os padrões jurídicos de um determinado sistema são limitados e distinguíveis de padrões normativos não-jurídicos.³⁰⁹ Consequentemente, o direito de uma determinada comunidade política será sempre parcialmente indeterminado e sempre haverá algum espaço para a discricionariedade judicial.

Obviamente esse não é o momento adequado para uma exposição do pensamento de Raz. No entanto, se quisermos compreender o modo como ele se contrapõe à crítica de Dworkin e, ao mesmo tempo, se afasta do positivismo inclusivo, será preciso tratar brevemente de três elementos fundamentais e indissociáveis em sua teoria do direito: sua concepção de autoridade, da normatividade do direito e da tese das fontes.

A concepção de autoridade defendida por Raz é o elemento mais inovador e central de sua teoria jurídica. É em torno da noção de autoridade que Raz irá desenvolver e articular outras teses sobre a natureza do direito, como a tese das fontes, a tese dos limites do direito, a relação entre a existência de deveres jurídicos e a razão prática etc. Além disso, o principal fundamento da crítica de Raz à concepção jurídica de Dworkin é justamente o fato de que ela desconsidera a autoridade do direito.

Segundo a *tese da autoridade* de Raz, é parte da natureza do direito que ele reivindique autoridade (moralmente) legítima.³¹⁰ Como acentua Torrano,

³⁰⁸ HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 149-150.

³⁰⁹ RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972. Para Torrano, “falar que o direito possui limites é o mesmo que falar que existem ‘testes’ para diferenciar o que é direito do que não é direito. Por tese dos ‘limites do direito’, deve-se entender que há critérios que diferenciam o que é o direito do que não é o direito. A teoria dos limites jurídicos (*limits of Law*) é herdeira necessária do caráter institucionalizado do direito [...]” (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 59).

³¹⁰ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 215.

ao menos desde a década de 1970, RAZ tem defendido que não basta à compreensão da identidade do direito a afirmação corriqueira de que se trata de um sistema que detém autoridade *de facto*. Para ser considerado como um sistema jurídico, o direito deve necessariamente ir além dos seus traços autoritativos factuais e realizar uma *reivindicação de autoridade legítima*.³¹¹

Obviamente, todo sistema jurídico vigente possui autoridade *de facto* e a legitimidade das autoridades jurídicas é uma questão contingente, isto é, embora o sistema jurídico alegue possuir autoridade legítima ou pretenda possuí-la, ele pode certamente não a possuir em absoluto ou na extensão alegada.³¹² Nas palavras de Raz, dizer que o direito pretende ser uma autoridade moral legítima e que, portanto, suas formulações possam ser elaboradas em uma linguagem moral “não evidencia o que o direito é, mas o que ele aspira ser”.³¹³

O que o autor pretende destacar é que a alegação ou reivindicação de legitimidade moral é uma questão importante para a explicação da natureza *institucional* do direito. Ao levantar uma pretensão de legitimidade, os agentes do sistema jurídico (i) agem *como se* tivessem autoridade legítima para expedir diretivas de conduta aos demais membros da comunidade política; e (ii) um número representativo de membros desta comunidade política *recebe* essas diretivas como razões protegidas para realizar a ação normatizada justamente por terem sido editadas por uma autoridade que *consideram* legítima.

Como explica Bolzani,

A autoridade *de facto* [...] age como se possuísse autoridade legítima, o que permite que suas ordens sejam tratadas como razões protegidas para ação. Sua legitimidade é uma ficção que permite a efetividade de suas diretivas: mesmo não possuindo os requisitos morais para possuir autoridade *de jure*, o direito age como se possuísse e é assim tratado por parcela considerável de seus jurisdicionados.³¹⁴

Porque existe uma relação entre direito e autoridade, ou, mais especificamente, uma relação entre direito e autoridade moralmente legítima é que se torna relevante o estudo da autoridade em geral e de sua justificação moral para a compreensão da natureza

³¹¹ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 53.

³¹² RAZ, Joseph. Authority, law and morality. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain: Essays in the morality of law and politics**. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 215.

³¹³ RAZ, Joseph. On the nature of law. In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 111. Tradução do autor. No original: It does not attest to what the law is but to what it aspires to be.

³¹⁴ BOLZANI, Cesar Felipe. A teoria do direito de Joseph Raz: autoridade, direito e moral. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 93.

do direito. A concepção raziana de autoridade o leva, portanto, a admitir a existência de uma conexão necessária *fraca* entre o direito e a moral, já que é da natureza do direito que este pretenda ser uma autoridade moralmente legítima. Certamente, destaca Raz, “o direito pode falhar moralmente”, isto é, “pode não justificar as pretensões morais que faz”. Do contrário, continua o autor, “a ideia mesma de criticar o direito ou, ao menos, de criticá-lo com fundamentos morais, seria incoerente”.³¹⁵

O que difere, portanto, a defesa raziana da conexão *fraca* entre o direito e a moral e a defesa não-positivista de uma conexão *forte* entre essas esferas é o quão longe o direito pode ir em sua falha moral sem consequências para a sua juridicidade. Raz colocou assim a questão:

Vários autores pensam que o direito só pode falhar modestamente em suas pretensões. Pensam que, embora o direito possa falhar a ponto de conter algumas normas más e até mesmo injustas e imorais, ele não pode falhar em ter a legitimidade moral que afirma ter. Pensam, portanto, que existe uma conexão necessária forte entre direito e moral: o direito inevitavelmente goza de legitimidade moral, e, portanto, há uma obrigação *prima facie* para obedecer qualquer sistema jurídico.³¹⁶

Um não-positivista, ao partir dessa conexão forte, precisará – por coerência – sustentar que um sistema normativo que falhe de forma bastante incisiva na realização de suas pretensões morais não pode ser considerado um sistema jurídico – trata-se de um sistema normativo ao qual se nega o traço da juridicidade.³¹⁷

³¹⁵ RAZ, Joseph. On the nature of law. In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 112. Tradução do autor. No original: [...] the law can fail morally. It may not justify the moral claims it is making. If it were not so then the very idea of criticizing the law, or at least of criticizing it on moral grounds would be incoherent. Torrano, por sua vez, explica que a reivindicação de autoridade legítima que o direito formula “é, necessariamente, uma reivindicação de natureza moral, e de outra forma não pode ser entendida. A reivindicação do direito é de cunho moral por conta do seu conteúdo: uma reivindicação feita para garantir direitos e impor deveres às pessoas, intervindo em suas liberdades, com a exclusão de sistemas normativos concorrentes. Daí a conclusão inafastável de que há, entre direito e moral, uma relação conceitual ‘fraca’ necessária: o direito só é direito *porque e quando* pretende ter *autoridade moral legítima e suprema* em determinado território” (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 53-54).

³¹⁶ RAZ, Joseph. On the nature of law. In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 113. Tradução do autor. No original: Several writers think that the law can only modestly fail in its claims. They think that while it may fail to the extent that it contains some bad, even some unjust and immoral laws, it cannot fail to have the moral legitimacy that it claims to have. They think that there is therefore a strong necessary connection between law and morality: the law inevitably enjoys moral legitimacy, and therefore there is a *prima facie* obligation to obey any legal system.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

Raz, por seu turno, admite que os sistemas jurídicos podem falhar gravemente em suas pretensões morais sem que isso seja suficiente para retirar-lhes o atributo da juridicidade:

acredito, por exemplo, que existiram, e talvez existam, sistemas jurídicos viciosamente racistas, aos quais faltam qualquer autoridade legítima: isto é, sistemas jurídicos cuja falta de legitimidade não põe em dúvida o seu caráter de sistemas jurídicos (e, certamente, esses sistemas reivindicavam autoridade legítima, e foram pensados como tendo tal autoridade por muitos daqueles cujo racismo tinha cegado para a perversidade de seu direito).³¹⁸

Mas embora o direito possa falhar profundamente na realização de seu anseio moral, existe um requerimento moral mínimo que ele precisa satisfazer (daí falar-se em uma conexão *fraca* entre direito e moral): um sistema jurídico deve ser ao menos capaz de possuir autoridade legítima. Isso porque a reivindicação de autoridade legítima só faz sentido se a autoridade do sistema jurídico vigente puder efetivamente ser legítima, isto é, mesmo que ele não preencha todas as condições necessárias para ser uma autoridade legítima, deve preencher pelos menos algumas, ou seja, deve possuir algumas características da autoridade, sob pena de sua alegação (de ser uma autoridade legítima) não fazer sentido.

Pode ser que, para poder reivindicar autoridade, o direito deva, no mínimo, aproximar-se da meta, isto é, ele deve possuir algumas das características de autoridade. Ele pode falhar em ter autoridade. Mas pode falhar apenas de certas maneiras. Se isto é assim, existem características de autoridade que ele deve possuir.³¹⁹

Pois bem. As condições para que uma autoridade possa ser considerada legítima são expressas por Raz em sua concepção de *autoridade como serviço*, segundo a qual a autoridade se justifica apenas quando presta um serviço moral às pessoas por ela

³¹⁸ Ibid., p. 113. Tradução do autor. No original: I believe, for example, that there have been, maybe there are, viciously racist legal systems, which lacked all legitimate authority: that is, legal systems whose lack of legitimacy casts no doubt on their character as legal systems (and of course they did claim legitimate authority, and were thought to have such authority by many whose racism blinded them to the wickedness of their law).

³¹⁹ RAZ, Joseph. Authority, law and morality. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 216. Tradução do autor. No original: It could be that, in order to be able to claim authority, the law must at the very least come close to the target, i.e. that it must have some of the characteristics of authority. It can fail to have authority. But it can fail in certain ways only. If this is so, there are features of authority that it must have.

atingidas.³²⁰ No núcleo desta concepção encontra-se a *tese da justificação normal* (*the normal justification thesis*), que aponta para o papel *mediador* da autoridade.

A autoridade possui a relevante função de fazer a mediação entre as pessoas e as razões corretas. Nesse sentido, ela se justifica apenas quando, ao aceitar as diretivas da autoridade e procurar cumpri-las, o governado estiver implementando melhor as razões a ele aplicadas do que se estivesse tentando seguir diretamente (e sem se orientar pelas diretivas da autoridade) aquelas mesmas razões.³²¹

Da concepção da autoridade como serviço decorre a *tese da substituição* (*the pre-emption thesis*), que é fundamental para a compreensão da natureza da autoridade jurídica. Segundo ela, “o fato de uma autoridade exigir a realização de uma ação é uma razão para a sua realização que não se agrega às demais razões relevantes no momento de avaliar o que fazer, mas que deve substituir algumas delas”.³²²

A concepção de autoridade como serviço é mais facilmente compreendida quando colocada em relação com a razão prática. Um dos objetos destacados da pesquisa de Raz é justamente a relação entre as normas jurídicas e a razão prática. O autor está especialmente interessado no problema da *normatividade* do direito, isto é, em como a existência de uma norma jurídica e, conseqüentemente, de uma obrigação jurídica se

³²⁰ TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 54-55; ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 35. Raz sintetizou a sua concepção de autoridade como serviço em duas teses: (i) a tese da dependência; e (ii) a tese da justificação normal (RAZ, Joseph. *Authority, law and morality*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 214). Segundo a *tese da dependência* (*the dependence thesis*), as diretivas da autoridade devem estar baseadas, entre outras coisas, naquilo que Raz chama “razões dependentes”, isto é, naquelas “razões que se aplicam aos destinatários daquelas diretivas e que dizem respeito às circunstâncias abrangidas por essas diretivas” (Ibid., p. 214. Tradução do autor. No original: All authoritative directives should be based, among other factors, on reasons which apply to the subjects of those directives and which bear on the circumstances covered by the directives. Such reasons I shall call dependent reasons). ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 34-35.

³²¹ RAZ, Joseph. *Authority, law and morality*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 214; ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 35.

³²² RAZ, Joseph. *Authority, law and morality*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 214. Tradução do autor. No original: The fact that an authority requires performance of an action is a reason for its performance which is not to be added to all other relevant reasons when assessing what to do, but should replace some of them.

materializa na conclusão de uma inferência prática levada a efeito pelo destinatário da norma.³²³

Como observou Perry, o direito pode ser pesquisado, simultaneamente, a partir de uma perspectiva *social*, por lidar com um tipo específico de instituição social, e *normativa*, na medida em que dá origem a razões para a ação. E segundo ele, a teoria do direito, tradicionalmente, tem procurado estudá-lo a partir dessas duas vertentes.³²⁴

Embora alguns teóricos tenham negado que a teoria jurídica devesse se ocupar da normatividade do direito,³²⁵ esse não é o caso de Hart ou de Raz, que procuraram elaborar uma concepção de direito abrangente o bastante para dar conta dessas duas dimensões do fenômeno jurídico.³²⁶

³²³ Michelon assim descreveu a questão: “haveria uma conexão conceitual entre a obrigação jurídica e a obrigação moral que vincula o agente a um determinado curso de ação? Haveria um sentido “prescritivo” para o conceito de dever jurídico? Mais ainda: seria possível fazer tal conexão sem abandonar as duas premissas básicas do positivismo jurídico, segundo as quais o direito tem fontes sociais e o direito está conceitualmente separado da moralidade?” (MICHELON, Claudio. Apresentação. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. X)

³²⁴ PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145-147.

³²⁵ Bulygin, defensor do exclusivismo, sustentou, em linhas gerais, que questões como essas não podem ser resolvidas pela filosofia do direito. Para ele, problemas referentes à normatividade do direito são problemas morais por excelência que só podem ser resolvidos pela filosofia moral (BULYGIN, Eugenio. ¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada em un error? **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 27, p. 15-26, 2004).

³²⁶ Perry afirmou que “uma das razões por que [sic] o livro de H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, é tão mercedosamente famoso é que Hart tentou, nos limites de uma única teoria, resolver as questões metodológicas que a teoria jurídica herdou das ciências sociais e, ao mesmo tempo, demonstrar como e por que [sic] o Direito é um fenômeno normativo” (PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 147). Hart procurou explicar a normatividade do direito com a introdução do ponto de vista interno. Segundo ele, quando um grupo social assume um ponto de vista interno em relação a uma regra social, isto é, adota uma atitude de aceitação em relação a essa regra, surge para os membros do grupo uma obrigação, uma razão para a ação que é diversa de uma razão moral. Na concepção de Hart, existem duas espécies de normatividade: há *razões morais* e *razões jurídicas* para a ação (HART, H. L. A. Legal duty and obligation. In: HART, H. L. A. **Essays on Bentham**: studies in jurisprudence and political theory. Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 146-147 e p. 159-161; RAZ, Joseph. Hart on moral rights and legal duty. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 4, n. 1, p. 123-131, 1984. p. 129). Surge daí a sua *tese semântica*, segundo a qual “termos normativos como ‘dever’ e ‘obrigação’ têm um significado diferente em contextos jurídicos e morais” (PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 174; RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 37-38). Com essa explicação da normatividade, Hart relaciona as noções de *regra* e de *práticas sociais*: a regra é uma prática social compartilhada de um ponto de vista interno, isto é, a existência de uma regra requer a existência de certa regularidade comportamental (a regra é regularmente respeitada por parcela significativa de seus destinatários) aliada à visão de que a regra deve ser seguida por todas as pessoas abrangidas por sua hipótese de aplicação. Por essa razão, os desvios à regra dão ensejo a reações críticas por parte dos demais membros da comunidade política – reações que, por sua vez, são entendidas por seus pares – e, às vezes, pelo próprio transgressor – como legítimas. Para a análise de Raz das condições da teoria de Hart da regra como prática social conferir, RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 46-47.

Raz irá sustentar, com base em sua concepção de autoridade, que o direito é capaz de fornecer *razões morais* para a ação de seus destinatários. Logo, o autor irá fornecer uma explicação para a normatividade do direito, vinculando diretamente a ideia de obrigação jurídica à ideia de razão moral (prática) para a ação.³²⁷

Segundo o autor, uma regra pode ser concebida como “uma razão para a ação”,³²⁸ isto é, como uma razão “para uma pessoa realizar uma ação quando ocorrem determinadas condições”.³²⁹ Com isso, conecta-se o conceito de regra à razão prática.

Raz subdividiu as razões para a ação em razões de primeira e de segunda ordens, partindo dos pressupostos de que existem razões práticas situadas em níveis ou estratos diversos. *Razões de primeira ordem* são razões para que alguém faça alguma coisa, ao passo que *razões de segunda ordem* são “razões que versam sobre como se relacionar com outras razões”.³³⁰

Razões de primeira ordem podem conflitar entre si. O fato de que hoje à noite haverá uma boa palestra sobre o tema que estou estudando é uma razão para que eu vá à referida palestra. Por outro lado, o fato de eu não estar me sentindo muito bem em virtude de uma enxaqueca é uma razão para que eu não vá. Quando razões de primeira ordem conflitam, como no exemplo acima, prevalecerá a razão que tiver maior força após a ponderação das razões conflitantes.³³¹

Não obstante, *razões de segunda ordem* funcionam de modo diverso no raciocínio prático. Elas fornecem uma razão para que se acatem ou para que se desconsiderem determinadas razões de primeira ordem. O interesse central de Raz é o das razões de segunda ordem que ele denominou *razões excludentes*. Segundo o autor, razões

³²⁷ Com isso Raz se afastou da tese semântica de Hart, sustentando que o direito é capaz de fornecer *razões morais* para a ação de seus destinatários, graças à sua concepção de autoridade (RAZ, Joseph. Hart on moral rights and legal duty. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 4, n. 1, p. 123-131, 1984. p. 129-131; RAZ, Joseph. **The authority of Law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 38-39). Raz irá, assim, se desvencilhar da concepção hartiana de regra e desvinculá-la da noção de prática social, por considerar, entre outras coisas, que essa concepção “retira das regras seu caráter normativo”. Embora admita que a existência de algumas regras dependa de uma prática social compartilhada, Raz observa que isso não é verdade para todas as regras (RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 48-49). Na verdade, a normatividade de uma regra situa-se exatamente no fato de que a ação normatizada deve ser praticada também naqueles situações em tal prática não seja homogênea. Ancorar a existência das regras na existência de uma prática compartilhada é ignorar que, algumas vezes, as regras destinam-se a modificar práticas sociais consideradas indesejadas.

³²⁸ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51.

³²⁹ *Ibid.*, p. 11.

³³⁰ RAZ, Joseph. Posfácio à segunda edição: repensando as razões excludentes. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 184.

³³¹ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 18.

excludentes são “razões para não agir de acordo com determinadas razões”.³³² Sua principal função “é excluir a possibilidade de agir de acordo com outra consideração que seja uma razão válida para a ação”.³³³

Razões excludentes, portanto, se relacionam com razões de primeira ordem de forma verticalizada. Por estarem situadas em níveis distintos, todo conflito entre uma razão excludente e uma razão de primeira ordem excluída deve resolver-se em favor da primeira.³³⁴ Sua principal função é “ultrapassar questões de peso por meio da exclusão da consideração de razões excluídas, independentemente de seu peso”.³³⁵

Com base nesse arcabouço conceitual, Raz irá definir as regras impositivas – aquelas que expressam que uma pessoa deve realizar determinada ação –³³⁶ como *razões protegidas* para a ação.³³⁷ Um razão protegida, por sua vez, consiste em “uma combinação sistemática de uma razão para realizar [...] o ato requerido pela regra, e uma razão excludente para não agir de acordo com certas razões (favoráveis ou contrárias àquele ato)”.³³⁸

As diretivas de uma autoridade – como a autoridade jurídica – são *razões protegidas* para a ação. Isso significa que as regras jurídicas formam uma razão de primeira ordem para que seus destinatários ajam no sentido normatizado ou prescrito e, simultaneamente, uma razão excludente para que sejam excluídas determinadas razões para agir em sentido diverso do que foi normatizado ou prescrito. Sucintamente falando, “a regra prescreve um ato e exige que sejam deixadas de lado outras considerações relevantes”.³³⁹

Isso ocorre porque a função institucional da autoridade jurídica é regular a convivência e a cooperação social mediante a expedição de regras jurídicas. No processo de elaboração dessas regras tem lugar um amplo e dinâmico processo de ponderação das

³³² RAZ, Joseph. Posfácio à segunda edição: repensando as razões excludentes. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 182.

³³³ Ibid., p. 183.

³³⁴ Conflitos entre razões excludentes e razões de primeira ordem “envolvem uma razão para a ação de primeira ordem e uma razão excludente de segunda ordem que determina que não se deve agir com base na razão de primeira ordem. Em tais conflitos, prevalece sempre a razão excludente” (RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 38).

³³⁵ RAZ, Joseph. Posfácio à segunda edição: repensando as razões excludentes. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 190.

³³⁶ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 43.

³³⁷ RAZ, Joseph. Posfácio à segunda edição: repensando as razões excludentes. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 190 e 192.

³³⁸ Ibid., p. 190.

³³⁹ ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión**. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 34.

razões de primeira ordem que embasam a ação que se pretende normatizar. Ao final desse processo, no entanto, a autoridade toma uma decisão e nela algumas razões prevalecem sobre outras. Com isso, a autoridade realiza uma função mediadora e será considerada legítima caso os destinatários das regras consigam realizar melhor as suas razões ao observar a regra, do que ao se aventurar, cada um por si e a todo momento, em uma ponderação das razões de primeira ordem envolvidas.

Por isso, a edição da regra jurídica tem a função de afastar a infinita retomada da ponderação das razões de primeira de ordem, pois não faria sentido a existência de uma decisão autoritativa se, em cada caso de aplicação da regra jurídica, as mesmas questões já decididas pela autoridade pudessem – sem qualquer elemento novo – ser colocadas novamente em discussão. É nesse sentido que se diz que a autoridade oferece uma razão que *substitui* (*the pre-emption thesis*) as razões de primeira ordem nas quais a sua decisão se baseou. Como *razão protegida* para a ação, a regra jurídica não só oferece uma razão (de primeira ordem) para que se faça algo, como também exclui que se possa fazer algo diverso com base em razões de primeira ordem excluídas pela diretiva da autoridade.

Tudo isso nos leva à tese das fontes, responsável por assegurar que apenas as diretivas das autoridades possuirão *status jurídico*. Logo, rejeitar a tese das fontes, como faz Dworkin e o positivismo inclusivo, significa vulnerar o próprio sentido da autoridade do direito.

A tese das fontes nada mais é do que uma versão *forte* da tese social. Esta, como já se viu, consiste em uma resposta sobre quais propriedades deve ter um teste aceitável para a determinação da existência do direito e a identificação do seu conteúdo.³⁴⁰ Segundo Raz, há pelo menos três elementos fundamentais que podem compor um teste para a determinação da existência e do conteúdo do direito: (i) a eficácia (*efficacy*), consoante a qual “um sistema jurídico não é o direito vigente de uma certa comunidade a menos que receba a adesão de e seja aceito ou internalizado por, pelo menos, certos setores da população”;³⁴¹ (ii) o caráter institucional (*institutional character*) do direito, que indica

³⁴⁰ Segundo Raz, “a tese social é melhor compreendida não como uma tese de primeira-ordem mas como um limite sobre que tipo de teoria do direito é uma teoria aceitável – mais especificamente, é uma tese sobre propriedades gerais de qualquer teste aceitável para a existência e a identidade de sistemas jurídicos” (RAZ, Joseph. **The authority of Law: essays on law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39. Tradução do autor. No original: the social thesis is best viewed not as a ‘first-order’ thesis but as a constraint on what kind of theory of law is an acceptable theory--more specifically it is a thesis about some general properties of any acceptable test for the existence and identity of legal systems).

³⁴¹ *Ibid.*, p. 43. Tradução do autor. No original: [...] a legal system is not the law in force in a certain community unless it is generally adhered to and is accepted or internalized by at least certain sections of the population.

que o direito é um tipo especial de instituição social, predisposto a orientar comportamentos e a decidir controvérsias referentes à aplicação das normas do sistema, com reivindicação de autoridade suprema no interior da sociedade em que possui eficácia (vigência);³⁴² e (iii) as fontes (*sources*), isto é, os fatos sociais que possibilitam, sozinhos, a determinação da existência e a identificação do conteúdo do direito.³⁴³

A principal diferença entre as versões fraca e forte da tese social é que, enquanto a primeira está comprometida apenas com os dois primeiros elementos (eficácia e institucionalidade), a versão forte exige também o terceiro elemento (as fontes). Logo, por ser a *fonte social* o elemento diferenciador das versões fraca e forte, Raz denominará a versão forte da tese social simplesmente como *tese das fontes*.³⁴⁴ Segundo ele,

uma norma jurídica tem uma fonte se o seu conteúdo e existência podem ser determinados sem o uso de argumentos morais (admitindo-se, no entanto, argumentos sobre as visões e intenções morais das pessoas, as quais são necessárias, por exemplo, na interpretação). As fontes de uma norma jurídica são aqueles fatos em virtude dos quais a norma é válida e o seu conteúdo é identificado.³⁴⁵

Logo, uma teoria do direito comprometida com uma leitura forte da tese social (tese das fontes) irá elaborar critérios moralmente neutros para a determinação da existência e do conteúdo do direito:

uma teoria do direito só é aceitável se seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependerem exclusivamente de fatos do comportamento humano passíveis de seres descritos em termos valorativamente neutros, e aplicados sem recurso a argumentos morais.³⁴⁶

³⁴² Ibid., p. 43.

³⁴³ Ibid., p. 46.

³⁴⁴ Ibid., p. 46-47.

³⁴⁵ Ibid., p. 47-48. Tradução do autor. No original: A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example). The sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.

³⁴⁶ Ibid., p. 39-40. Tradução do autor. No original: A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.

Como isso, fica também clara a relação entre a tese das fontes e a tese dos limites do direito:³⁴⁷ a vinculação do direito a determinados fatos sociais ligados à sua natureza institucional é o que nos permite distinguir entre padrões jurídicos e não-jurídicos.³⁴⁸

Em outros termos, a ideia de que o direito seja “um sistema de razões para a ação”, isto é, um sistema institucionalizado de razões práticas, impõe a necessidade de identificar quais razões ou argumentos são *jurídicos* e quais não o são.³⁴⁹ Segundo a tese das fontes, “as razões jurídicas são tais que sua existência e seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais”.³⁵⁰ Em outros termos, o direito é inteiramente baseado em fontes.³⁵¹

Por exclusão, todas as razões não baseadas em fontes são razões não-jurídicas, o que não impede que elas possam exercer um papel mais ou menos relevante no processo de aplicação do direito. Esse último ponto deve ser destacado. A tese das fontes, como esclarece Etcheverry,

não implica negar que os tribunais usam argumentos morais; só implica afirmar que o uso desse tipo de argumentos está restrito à criação do direito. Em definitivo, devido a que é uma parte essencial da autoridade sua capacidade para emitir regras que sejam obrigatórias à margem de qualquer justificação, as regras emitidas por uma autoridade devem ser identificadas sem necessidade de apelar a argumentos justificatórios.³⁵²

Para Raz, um dos mais sérios problemas da teoria jurídica de Dworkin é ser um tipo de teoria avessa à tese das fontes. É a tese das fontes que dá conta da autoridade do direito. Ao admitir que padrão morais possam ser reputados como normas jurídicas apenas em virtude de sua legitimidade ou correção moral, Dworkin afasta o critério de distinção entre padrões jurídicos e não-jurídicos – negando a tese dos limites do direito.

³⁴⁷ Como Torrano bem observa, a tese dos limites do direito é uma consequência da tese social (TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 58).

³⁴⁸ RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 44-45.

³⁴⁹ RAZ, Joseph. Pós-escrito. In: RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 283.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 283-284.

³⁵¹ O que equivale a dizer que “a sua existência e o seu conteúdo podem ser identificados por referência apenas a fatos sociais, sem recurso a qualquer argumento valorativo” (RAZ, Joseph. *Authority, law and morality*. In: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 211. Tradução do autor. No original: A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument).

³⁵² ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 41.

Com isso, fica comprometida a própria autoridade do direito. As diretivas da autoridade podem ser afastadas com base em uma compreensão do aplicador do direito acerca da legitimidade moral de certos padrões normativos (não baseados em fontes).

Caminho semelhante foi trilhado pelos inclusivistas (que, nesse aspecto, estão muito próximos de Dworkin). Ao sustentar que a regra de reconhecimento de determinado sistema jurídico pode estabelecer o recurso a elementos morais como condição necessária para a juridicidade de um padrão normativo, o positivismo jurídico inclusivo fragilizou a autoridade do direito. Se o inclusivismo estiver certo, o aplicador do direito poderá refazer o processo de ponderação das razões de primeira ordem envolvidas na regra toda vez que se verificar a sua hipótese de incidência – que é exatamente o que a existência da diretiva da autoridade pretende evitar. Por isso, segundo Raz, a tese inclusivista da incorporação compromete igualmente a autoridade do direito.³⁵³

Para Raz, a regra de reconhecimento é, efetivamente, mais limitada pelas teses positivistas do supôs o inclusivismo. Nesse aspecto, Raz está de acordo com a leitura feita por Dworkin. A regra de reconhecimento, limitada que está pela tese das fontes, não pode estabelecer considerações morais como condição necessária para a determinação do direito e a identificação de seu conteúdo.³⁵⁴

Uma vez que é da verdadeira essência da autoridade alegada emitir padrões que vinculam independentemente de qualquer outra justificação, segue-se que deve ser possível identificar esses padrões sem se engajar com um argumento justificatório, isto é, como emitido por certa atividade e interpretado à luz de padrões publicamente determináveis sem o envolvimento de argumentos morais.³⁵⁵

Do contrário, a força do direito estaria em risco, uma vez que estaria aberta a possibilidade de desconsideração, por parte do aplicador do direito, das razões excludentes resultantes ao material jurídico. É dizer, o aplicador do direito poderia

³⁵³ MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004. p. 54.

³⁵⁴ A visão raziana de autoridade jurídica pressupõe, portanto, a versão forte da tese social (tese das fontes), a qual “impõe ao conteúdo da regra de reconhecimento limites incompatíveis com uma versão do positivismo jurídico como a que Coleman propõe” (ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 162).

³⁵⁵ RAZ, Joseph. *The authority of Law: essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 51-52. Tradução do autor. No original: Since it is of the very essence of the alleged authority that it issues rulings which are binding regardless of any other justification, it follows that it must be possible to identify those rulings without engaging in a justificatory argument, i.e. as issuing from certain activities and interpreted in the light of publicly ascertainable standards not involving moral argument.

reexaminar, de novo e de novo, as razões de primeira ordem referentes à norma, ponderando argumentos morais já avaliados, sopesados e decididos pela autoridade jurídica.³⁵⁶

3.4 Positivismo jurídico descritivo e normativo

A polêmica entre o positivismo jurídico descritivo e o positivismo jurídico normativo envolve uma disputa sobre o *método* da teoria do direito. Trata-se de uma discussão sobre a possibilidade de implementação do projeto juspositivista de elaborar uma teoria do direito *descritiva e moralmente neutra*.

Também aqui a obra de Hart foi decisiva. A publicação de “O conceito de direito” tornou-se o ponto alto do positivismo descritivo e, simultaneamente, o momento em que ele passou a enfrentar maior resistência acadêmica.³⁵⁷ Na introdução dessa obra, Hart adverte que “o jurista verá o livro como um ensaio sobre a *teoria analítica do direito*, já que seu objetivo é elucidar a estrutura geral do pensamento jurídico e *não fazer uma crítica do direito ou das políticas legislativas*”.³⁵⁸ Além disso, afirmou ainda que “o livro pode também ser encarado como um ensaio de *sociologia descritiva*”.³⁵⁹

Posteriormente, Hart viria a reafirmar esse propósito no pós-escrito publicado (postumamente), na segunda edição daquela obra, em 1994:

Minha exposição é *descritiva* no sentido de que é *moralmente neutra* e *não tem fins de justificativa*: não busca justificar, com base em fundamentos morais ou outros, ou recomendar as formas e estruturas que aparecem em minha

³⁵⁶ RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 34.

³⁵⁷ Historicamente, Jeremy Bentham talvez tenha sido o primeiro juspositivista a diferenciar a abordagem descritiva de uma abordagem normativamente orientada do direito. Segundo ele, o jurista poderia, ao aproximar-se do fenômeno jurídico, assumir duas abordagens possíveis: uma *abordagem meramente descritiva* do direito positivo vigente e uma *abordagem normativa* essencialmente crítica e destinada a orientar a criação do direito. Distinguiu, assim, a teoria jurídica *expositória* (*expository jurisprudence*) da teoria jurídica *censória* (*censorial jurisprudence*). Enquanto a primeira está comprometida com a mera descrição do direito tal como ele é, a segunda destina-se a estabelecer critérios racionalmente legítimos – no caso de Bentham, a partir do *princípio da utilidade* – aptos a nortear o legislador em sua tarefa de elaboração do direito – o direito como deveria ser – a “ciência da legislação” (BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. p. 311). O positivismo jurídico de Bentham, portanto, alinha-se ao pensamento jurídico da Ilustração ao não abdicar do caráter crítico e reformista do Direito. No entanto, em termos gerais, a parte censória da teoria positivista do direito não foi muito além de Bentham (desde Austin, o positivismo jurídico tem se dedicado quase que exclusivamente à tarefa descritiva).

³⁵⁸ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. IX (grifei).

³⁵⁹ *Ibid.*, p. X (grifei).

descrição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, a meu ver, uma condição preliminar importante para qualquer crítica moral frutífera do direito.³⁶⁰

Hart tinha, portanto, a pretensão de – para utilizar a expressão de Marmor – estabelecer uma “*teoria jurídica descritiva e moralmente neutra*” sobre a natureza do direito.³⁶¹ E essa pretensão foi levada adiante por importantes filósofos do direito contemporâneos, que procuraram aperfeiçoar essa empresa descritiva.³⁶²

Mas o projeto de Hart recebeu não só adesão, mas também ceticismo e crítica de diversos setores da teoria jurídica contemporânea. Como afirmou Marmor, “tem se tornado cada vez mais popular, entre amigos e inimigos, avançar a pretensão de que o positivismo jurídico é, na verdade, uma teoria normativa e não – principalmente ou exclusivamente – uma teoria descritiva sobre a natureza do direito”.³⁶³

As críticas ao projeto metodológico de Hart cindiram o positivismo jurídico contemporâneo em uma vertente *descritiva* e outra *normativa*. Enquanto os descritivistas se mantêm firmes na convicção de que é possível uma abordagem puramente descritiva do direito – sem negar, no entanto, o mérito de uma abordagem normativa igualmente possível –, os positivistas normativos argumentam que toda descrição é moralmente

³⁶⁰ Ibid., p. 309-310 (grifei).

³⁶¹ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 683.

³⁶² Nesse sentido, Marmor sustentou que “o positivismo jurídico é melhor compreendido como uma teoria descritiva, moralmente neutra, sobre a natureza do direito, nos termos sugeridos por H. L. A. Hart” (MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 684. Tradução do autor. No original: I will argue that legal positivism is best understood as a descriptive, morally neutral, theory about the nature of law, along the lines suggested by H.L.A. Hart). Deve-se ressaltar, contudo, que o comprometimento teórico com uma abordagem meramente descritiva do direito não implica qualquer tentativa de menosprezar a importância de outras formas de abordagem do fenômeno jurídico, como, por exemplo, a normativa. Nesse sentido, Raz foi expresso ao explicar que utiliza a expressão “teoria do direito” em sentido estrito – sem pretender excluir outros usos possíveis da expressão – e que nesse sentido “uma teoria do direito fornece uma explicação da natureza do direito” (RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 17. Tradução do autor. No original: a theory of law provides an account of the nature of law). Por seu turno, Shapiro, após dividir a teoria do direito em analítica e normativa, esclarece que a teoria jurídica analítica, com a qual ele está particularmente comprometido, “não está preocupada com a moral”, mas, ao contrário, “analisa a natureza do direito e dos entes jurídicos, e seus objetos de estudo [...]” (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 3. Tradução do autor. No original: Analytical jurisprudence, by contrast, is not concerned with morality. Rather, it analyzes the nature of law and legal entities, and its objects of study include legal systems, laws, rules, rights, authority, validity, obligation, interpretation, sovereignty, courts, proximate causation, property, crime, tort, negligence, and so on).

³⁶³ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 683. Tradução do autor. No original: It has become increasingly popular, amongst friends and foes alike, to advance the claim that legal positivism is actually a normative theory, and not (or not mainly, or exclusively) a descriptive one about the nature of law.

orientada, o que, no extremo, os levará a rejeitar a possibilidade de uma teoria jurídica descritiva e moralmente neutra.

3.4.1 Críticas à pretensão descritivista

Em linhas gerais, as críticas ao positivismo descritivo baseiam-se na ideia de que toda abordagem descritiva está, em maior ou menor medida, permeada por considerações normativas de natureza moral ou política. As objeções metodológicas ao positivismo descritivo têm origens diversas: provêm tanto de autores não-positivistas (entre os quais se destaca Ronald Dworkin), quanto de autores que podem ser inseridos no quadro do positivismo jurídico normativo (com destaque para Jeremy Waldron).

Marmor observou que o termo “normativo”, quando oposto ao termo “descritivo”, possui considerável carga de ambiguidade: em linhas gerais, o chamado “positivismo normativo” refere-se a mais de uma abordagem teórica e nem todas excluem a possibilidade de uma abordagem *descritiva* do direito.³⁶⁴

Assim, ao lado de concepções que sustentam a possibilidade de uma *abordagem descritiva* como condição necessária para avaliações morais do direito, colocam-se as concepções que, efetivamente, pretendem negar a possibilidade do projeto hartiano de uma “sociologia descritiva” do direito. Entre as últimas, destacam-se aquilo que Marmor denominou: (i) “*positivismo normativo substantivo*”, que consiste na releitura normativa do positivismo jurídico feita por Dworkin (o convencionalismo jurídico); e (ii) “*positivismo normativo metodológico*”, que aglutinam diversos argumentos de metodologia jurídica.³⁶⁵

Na sequência, iremos analisar uma amostra das críticas mencionadas por Marmor: inicialmente, trataremos da evolução da crítica dworkiniana ao positivismo jurídico, a fim de compreender a sua leitura normativa do positivismo; em seguida, vamos expor os argumentos da crítica metodológica feita por Stephen Perry com base no argumento funcional.

³⁶⁴ Ibid., p. 683-684.

³⁶⁵ Ibid., p. 683-685.

3.4.1.1 A segunda crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico

Assim como ocorreu em relação à cisão do positivismo jurídico em exclusivo e inclusivo, as digitais de Dworkin também são encontradas na especificação das vertentes descritiva e normativa do positivismo jurídico contemporâneo. Em “O império do Direito”, Dworkin apresenta a sua segunda e mais desenvolvida crítica ao positivismo jurídico. Se, no “modelo de regras I”, o autor estava preocupado em demonstrar que a regra de reconhecimento hartiana não era suficientemente abrangente para dar conta da validade jurídica de determinados padrões normativos (os princípios jurídicos), em “O império do direito” a crítica se voltará, especialmente, para a base convencional da regra de reconhecimento.³⁶⁶

A crítica de Dworkin a uma leitura convencional do direito – que é a tônica do positivismo jurídico hartiano – está calcada em sua incapacidade de explicar os frequentes *desacordos teóricos* existentes na prática jurídica. Segundo Dworkin, toda “proposição jurídica” – isto é, toda e qualquer afirmação sobre aquilo que o direito permite, proíbe ou autoriza em um determinado sistema jurídico³⁶⁷ – será considerada verdadeira ou falsa de acordo com a sua adequação àquilo que ele denomina “fundamentos do direito”.³⁶⁸ Os “fundamentos do direito” constituem, portanto, um tipo mais básico de proposição que funciona como condição de verdade das proposições jurídicas específicas. Dworkin pretende, então, demonstrar que a prática jurídica é permeada por *desacordos teóricos* sobre o direito, isto é, por desacordos sobre quais são, de fato, os *fundamentos* do direito.

Do ponto de vista metodológico, Dworkin dará um giro importante na tentativa de compreender as divergências teóricas sobre o direito a partir de dentro (o internalismo), isto é, a partir dos argumentos utilizados pelos participantes da prática jurídica.³⁶⁹ Sendo

³⁶⁶ A segunda crítica de Dworkin ao positivismo começa a ser esboçada em seu texto “modelo de regras II”, mas é aprofundada em “O império do direito”. Nesse sentido, SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 35.

³⁶⁷ Segundo o autor, “chamemos de ‘proposições jurídicas’ todas as diversas afirmações e alegações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei [o direito] lhes permite, proíbe ou autoriza” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 6).

³⁶⁸ Nas palavras do autor: “todos pensam que as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em virtude de outros tipos mais conhecidos de proposições, das quais as proposições jurídicas são parasitárias [...]. Essas proposições mais conhecidas oferecem aquilo que chamarei de ‘fundamentos’ do direito” (Ibid., p. 7).

³⁶⁹ Essa abordagem metodológica pode ser percebida na seguinte passagem: “este livro adota o ponto de vista interno, aquele do participante; tenta apreender a natureza argumentativa de nossa prática jurídica ao associar-se a essa prática e debruçar-se sobre as questões de acerto e verdade com as quais os participantes deparam. Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas

a prática jurídica essencialmente argumentativa,³⁷⁰ sua adequada compreensão passa pela compreensão de como os participantes avançam proposições jurídicas e as justificam como base em suas condições de verdade (os fundamentos do direito).

Segundo Dworkin, os magistrados, frequentemente, divergem sobre aquilo que constitui os fundamentos do direito,³⁷¹ isto é, sobre sobre qual deve ser o exato sentido de uma lei ou o alcance de um precedente. Os desacordos que Dworkin encontra na prática jurídica, remetem, portanto, às diferentes possibilidades de se *interpretar* as leis e os precedentes.³⁷²

Se agregarmos à crítica de Dworkin a distinção entre *texto* e *norma*, é possível sustentar que embora haja, em geral, algum acordo sobre quais são as fontes do direito ou os textos jurídicos autoritativos, não há um consenso igualmente amplo sobre qual é a norma jurídica resultante destes textos. Bem ao contrário. Os participantes da prática frequentemente divergem sobre o sentido de um texto legal. Assim sendo, a divergência teórica alcança o *conteúdo* do direito (a norma jurídica), o que coloca em xeque a base convencional da regra de reconhecimento hartiana, segundo a qual os aplicadores do direito concordam sobre quais são os critérios fundamentais de identificação do conteúdo do direito (daquilo que o direito é).

Existindo, como sustenta Dworkin, um genuíno desacordo teórico sobre quais são os fundamentos do direito, é forçoso concluir que a visão positivista do direito como

os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestarmos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. [...] a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (Ibid., p. 19).

³⁷⁰ Sobre o caráter argumentativo da prática jurídica: “ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende na verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 17).

³⁷¹ Segundo o autor, a divergência teórica sobre o direito é uma divergência sobre quais são os tipos de proposições que, quando verdadeiras, tornam verdadeira certa proposição jurídica. Trata-se de uma divergência sobre se “o *corpus* do direito escrito e as decisões judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito” (Ibid., p. 8)

³⁷² No sentido de que o problema discutido por Dworkin envolve os métodos de interpretação da lei e do precedente: SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Segundo Shapiro, em sua segunda crítica, Dworkin irá sustentar que “os juspositivistas não conseguem dar conta de um certo tipo de divergência que os participantes da prática jurídica frequentemente têm, a saber, aquele que se refere ao *método apropriado de interpretação do direito*. Segundo Dworkin, a única explicação plausível sobre como tais desacordos são possíveis é que eles são disputas morais” (Ibid., p. 35. Grifei. No original: legal positivists are unable to account for a certain type of disagreements that legal participants frequently have, namely, those that concern the proper method for interpreting the law. The only plausible explanation for how such disagreements are possible, Dworkin claimed, is that they are moral disputes).

simples fato social – segundo a qual “o direito nada mais é do que aquilo que as instituições jurídicas [...] decidiram no passado”³⁷³ – escamoteia, no plano teórico-argumentativo, as divergências teóricas existentes na prática. Estando os participantes da prática jurídica certos e acordados quanto aos fundamentos do direito (como pressupõe a regra de reconhecimento hartiana) não haveria lugar para uma autêntica divergência teórica quanto àquilo que o direito é.

Logo, assevera Dworkin, o positivismo jurídico não é uma concepção adequada do direito, porque não consegue explicar os desacordos teóricos que permeiam a prática jurídica. Em virtude de suas insustentáveis premissas metodológicas, o positivismo é uma concepção do direito incapaz de apreender adequadamente o funcionamento dinâmico (interpretativo) da prática jurídica – porque para isso ele precisaria, primeiro, desatrelar-se da base convencional que está no cerne da regra de reconhecimento hartiana.

Ainda segundo Dworkin, a incessante busca do positivismo jurídico por testes de juridicidade (nos termos da tese dos limites do direito) é uma decorrência do agulhão semântico (*semantic sting*) que o aferroa.³⁷⁴ Ele compreende o positivismo como uma *teoria semântica do direito*, é dizer, como uma teoria essencialmente preocupada com as condições ou critérios que devem ter lugar para o uso adequado da palavra “direito”.

Consoante as teorias semânticas “as pessoas compartilham alguns conceitos somente quando concordam com uma definição – aproximada ou precisa – que estabelece os critérios para aplicação correta do termo ou frase a eles associados”.³⁷⁵ Em outros termos, deve haver certo consenso sobre o que alguma coisa é e, a partir desse consenso, é possível identificar critérios e regras para a utilização correta da palavra.³⁷⁶

Nessa linha de raciocínio, para que uma discussão sobre o direito possa fazer sentido – isto é, para assegurar que todos os participantes da discussão discutem sobre um único e mesmo objeto – é necessário que as pessoas que tomam parte no debate compartilhem

³⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 10.

³⁷⁴ Como se mencionou por ocasião da exposição da tese dos limites do direito (derivada da tese das fontes), a tradição positivista há muito procura um teste de juridicidade, isto é, um conjunto de critérios por meio dos quais é possível identificar o direito como fato social e, assim, distinguir, no universo dos padrões jurídicos de uma determinada comunidade, os padrões jurídicos daqueles não-jurídicos.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 15.

³⁷⁶ “Segundo as teorias semânticas, *wittgensteinianamente*, nós seguimos regras compartilhadas no uso das palavras que usamos, e são essas regras a partir das quais se pode derivar os critérios que dão à palavra seu significado. Daí que os conceitos são *criteriais*. E se o conceito de direito também o é, segue-se que o desacordo teórico não se dá sobre os fundamentos do direito tal como ele é, mas, talvez, sobre o que ele *deveria* ser; falar, pois, em desacordos teóricos é ilusório” (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo**: a terceira via de Waldron. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 166).

algumas regras elementares para o uso do vocábulo “direito”.³⁷⁷ Com isso, o positivismo jurídico não apenas parte do pressuposto de que há regras compartilhadas para o uso do termo “direito”, como também assume a tarefa de localizar e explicar essas regras linguísticas.³⁷⁸

É por conceber assim a tarefa da teoria do direito que o positivismo jurídico insiste em identificar os testes de juridicidade, isto é, os critérios com base nos quais é possível identificar a juridicidade de determinados padrões normativos e distingui-los dos padrões não-jurídicos. Essa distinção repousa na ideia de direito como um simples fato: “seguimos regras comuns, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras estabelecem critérios que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso de ‘direito’ ligam o direito ao fato histórico puro e simples”.³⁷⁹

Como teoria semântica do direito, o positivismo jurídico faz, então, duas suposições: (i) primeiro, que existe uma convenção linguística sobre o uso da palavra “direito”; (ii) segundo, que essa convenção liga a palavra “direito” a um “simples fato”.

Assim, (i) se o direito é uma simples questão de fato e (ii) se existe um acordo acerca desse fato, não pode mesmo haver qualquer desacordo sobre os fundamentos teóricos do direito.³⁸⁰ Se os participantes da prática jurídica divergem sobre os

³⁷⁷ Existe, portanto, a pressuposição de que existem regras comuns compartilhadas pela comunidade linguística para o uso da palavra “direito” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 38-39). “Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi há pouco [...]. Suas vítimas são as pessoas que têm uma certa imagem do que é a divergência e de quando ela é possível. Elas pensam que podemos discutir sensatamente se (mas apenas se) todos aceitarmos e seguirmos os mesmos critérios para decidir quando nossas posições são bem fundadas, mesmo que não possamos afirmar com exatidão, como seria de esperar de um filósofo, que critérios são esses” (Ibid., p. 55). E, continua o autor: “ou os advogados, apesar das aparências, realmente aceitam, em linhas gerais, os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira, ou não pode existir absolutamente nenhum verdadeiro acordo ou desacordo sobre o que é o direito, mas apenas a estupidez de pessoas pensando que divergem porque atribuem significados diferentes ao mesmo som” (Ibid., p. 55-56).

³⁷⁸ Os filósofos do direito “tentam identificar as regras fundamentais ocultas que devem estar contidas, mas não reconhecidas, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito” (Ibid., p. 56).

³⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 39. Dworkin assim explica o cerne do que denomina teoria semântica do direito: “todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar afirmações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios. Os filósofos do direito devem elucidá-los para nós, procedendo a um profundo estudo do modo como falamos. Eles podem divergir entre si, mas por si só isso não lança dúvidas sobre seu pressuposto comum, de que compartilhamos algum conjunto de padrões sobre o uso que deve ser dado à palavra ‘direito’” (Ibid., p. 39-40).

³⁸⁰ “Como poderiam, então, estes autores [os positivistas] dar conta do desacordo sobre a obrigatoriedade jurídica de alguns fatos cuja obrigatoriedade, por hipótese, requer a existência de um acordo sobre sua obrigatoriedade?” (SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 41. No original: How can they account for disagreements about the legal bindingness of certain facts whose bindingness, by hypothesis, requires the existence of agreement on their bindingness?).

fundamentos do direito é porque ou não compreenderam bem o fato sobre qual o direito repousa (argumento do erro) ou porque fingem divergir sobre os fundamentos do direito, quando, na verdade, pretende modificá-lo a partir de considerações sobre o que o direito deveria ser (argumento da correção do direito).³⁸¹

O erro do positivismo – continua Dworkin – é pensar o direito como um tipo de *conceito criterial*, isto é, como um conceito que pode ser analiticamente estruturada em torno de critérios de identificação e uso linguístico. Ao contrário, o conceito de direito deve ser compreendido como um *conceito interpretativo*.³⁸² Isso significa, em termos dworkinianos, que a prática jurídica não é compreendida pelas pessoas que dela participam de forma mecânica, como se fosse algo avalorado, para sempre já dado ou estabelecido.

Para a compreensão desse argumento é fundamental perceber o giro internalista na teoria de Dworkin: quando se pensa o conceito de direito a partir da visão dos participantes da prática jurídica ele se torna um conceito móvel, fluído, difícil de ser apreendido. Porque a prática jurídica é sempre problematiza e repensada a partir dos propósitos que os seus participantes lhe atribuem. Desse modo, a compreensão do que a prática jurídica exige ou requer de seus participantes dependerá do significado ou propósito que os próprios participantes, preliminarmente, lhe atribuem.³⁸³

É nesse sentido que Dworkin irá sustentar que a interpretação de práticas sociais (como o direito) é um tipo de *interpretação construtiva*, isto é, um tipo de interpretação que leva em consideração a intenção do intérprete da referida prática, isto é, o propósito que este intérprete irá atribuir à prática.³⁸⁴ E o intérprete irá atribuir um sentido à prática, a fim de colocá-la em sua melhor luz, ou seja, de apresentar o objeto como melhor

³⁸¹ A tese da correção do direito é rechaçada por Dworkin, porque isso implicaria que “os juízes fingem divergir sobre a natureza do direito porque o público **acredita que o direito sempre existe** e que os **juízes devem sempre segui-lo**. De acordo com esse ponto de vista, advogados e juízes conspiram sistematicamente para esconder a verdade das pessoas, para não desiludi-las nem provocar sua raiva ignorante” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 46).

³⁸² Ibid., p. 89. E, continua: “mas, se o direito é um conceito interpretativo, qualquer doutrina digna desse nome deve assentar sobre alguma concepção do que é interpretação, e a análise da interpretação que elaboro e defendo neste capítulo constitui a base do restante do livro” (Ibid., p. 60). “O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário” (Ibid., p. 109).

³⁸³ Sobre a atitude interpretativa, conferir DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 56-59.

³⁸⁴ A interpretação das obras de arte e das práticas sociais “se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete” (Ibid., p. 63). “Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito” (Ibid., p. 71).

exemplo possível do gênero a que pertence.³⁸⁵ Como os dados brutos que constituem o objeto da interpretação permite a atribuição de valores diversos – e muitas vezes antagônicos – o intérprete deve procurar atribuir à prática o propósito que melhor consiga lhe apreender.³⁸⁶

Segundo Dworkin que o processo de interpretação construtiva envolve três estágios ou etapas: (i) a etapa pré-interpretativa, (ii) a etapa interpretativa e (iii) a etapa pós-interpretativa.³⁸⁷

No estágio pré-interpretativo, o intérprete irá identificar o *objeto* da interpretação, isto é, irá determinar o conteúdo da prática a ser interpretado.³⁸⁸ Essa identificação não ocorrerá a partir de critérios conceituais, mas com base em um acordo (precário) sobre quais são os dados brutos de uma determinada prática (por exemplo, a legislação e o precedente são dados brutos da prática jurídica). Tais acordos representam aquilo que Dworkin irá chamar de paradigmas da prática jurídica, isto é, determinadas proposições jurídicas consideradas, em geral, verdadeiras.³⁸⁹ Assim, segundo Dworkin, “um filósofo do direito começa seu trabalho desfrutando de uma identificação pré-interpretativa quase consensual do domínio do direito, e com paradigmas experimentais que dão sustentação

³⁸⁵ Sobre a interpretação construtiva, esclarece o autor: “em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue [...] que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos [...]. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto” (Ibid., p. 63-64).

³⁸⁶ “Se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática – qual delas é capaz de mostrá-la com mais nitidez” (Ibid., p. 64). Para Dworkin, ademais, não é possível afastar as intenções do intérprete (participante) da interpretação da prática jurídica, isto é, para o autor a interpretação construtiva é inevitável: “não podemos evitar a tentação de fazer do objeto artístico o melhor que, em nossa opinião, ele possa ser” (Ibid., p. 66). Um cientista social que pretenda realizar uma interpretação da prática em si (e não apresentar um compilado das opiniões que os participantes da prática têm sobre ela) deve “empregar métodos que os que estão submetidos a sua análise usam para formar suas próprias opiniões sobre aquilo que a cortesia realmente exige. Ele deve, portanto, *aderir* à prática que se propõe compreender; assim, suas conclusões não serão relatos neutros sobre o que pensam os membros da comunidade, mas afirmações sobre a cortesia que competem com as deles” (Ibid., p. 78).

³⁸⁷ Ibid., p. 81-84.

³⁸⁸ É a etapa na qual se identifica “as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” (Ibid., p. 81).

³⁸⁹ Ibid., p. 114. Os casos paradigmáticos “dão forma e utilidade aos debates sobre o direito”, na medida em que as diversas interpretações são confrontadas com eles, como forma de provar ou refutar sua viabilidade (Ibid., p. 114). Sobre o papel dos casos paradigmáticos da prática para a interpretação, diz ainda o autor: “o papel que esses paradigmas desempenham no raciocínio e na argumentação será ainda mais crucial do que qualquer acordo abstrato a propósito de um conceito. Pois os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático” (Ibid., p. 88).

a seu argumento e sempre confundem seus concorrentes”.³⁹⁰ Percebe-se que esse estágio, portanto, envolve um elevado grau de consenso sobre o que é relevante em determinada prática – sobre os dados concretos objetos da interpretação.³⁹¹

No estágio interpretativo, o intérprete irá atribuir um determinado *sentido* ou *propósito moral* ao objeto identificado no estágio precedente.³⁹² Para que o propósito atribuído pelo intérprete possa reputar-se adequado ele deverá preencher dois requisitos: (i) deverá ajustar-se aos dados interpretados (do contrário não seria interpretação, mas criação)³⁹³; (ii) deverá justificar os dados da prática da forma mais atraente possível. Esse propósito deverá ser aquele capaz de colocar o objeto em sua melhor luz, isto é, de justificá-lo moralmente.

Por fim, no estágio pós-interpretativo ou reformador, o intérprete irá determinar aquilo que a prática exige ou requer para se ajustar melhor ao propósito atribuído no segundo estágio.³⁹⁴ Trata-se de uma abordagem crítica da prática, na qual o intérprete irá propor alterações destinadas a conformar a prática à sua justificação. Nas palavras de Dworkin, trata-se de encontrar “um equilíbrio entre a descrição pré-interpretativa de uma prática social e uma justificação apropriada de tal prática”.³⁹⁵

Compreendido o direito como um conceito interpretativo, é plenamente possível explicar desacordos teóricos existentes na prática jurídica: os diversos participantes podem divergir profundamente sobre quais propósitos devem ser atribuídos a essa prática (divergências no segundo estágio) e, ainda que concordem quanto ao propósito, podem discordar sobre o que a prática requer para ajustar-se a esse propósito (divergências no

³⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 115.

³⁹¹ Ibid., p. 81. Segundo o autor, “a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, ao menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a propósito disso [os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa]” (Ibid., p. 83)

³⁹² Nessa etapa o intérprete se concentrará “numa justificativa geral para os principais elementos da prática identifica na etapa pré-interpretativa” (Ibid., p. 81). Segundo Dworkin é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo que “haja suficiente consenso inicial, em uma época e lugar determinados, sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada, grosso modo, aos mesmos dados” (Ibid., p. 113). “Seria inútil que dois críticos discutissem sobre a melhor interpretação de um poema se um deles tivesse em mente o poema *Sailing to Byzantium* e o outro estivesse pensando em *Mathilda Who Told Lies*” (Ibid., p. 113).

³⁹³ A justificativa deve ajustar-se suficientemente à prática “para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática” (Ibid., p. 81).

³⁹⁴ O intérprete deve ajustar “sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (Ibid., p. 82).

³⁹⁵ Ibid., p. 82, pé de página.

terceiro estágio).³⁹⁶ Segundo Dworkin, portanto, as divergências dos juízes sobre os fundamentos do direito (desacordos teóricos) são divergências interpretativas, ou seja, os juízes “divergem, em grande parte ou em detalhes sutis, sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição”.³⁹⁷

Se o direito envolve necessariamente o tipo de interpretação construtiva exposta por Dworkin, então, não é possível que ele seja puramente descritivo e moralmente neutro como quer o positivismo jurídico. À luz desse argumento, se o positivismo pretende sobreviver, ele precisa ser relido a partir de uma base normativa. E o próprio Dworkin se incumbiu de apresentar uma versão interpretativa (ou normativa) do positivismo jurídico que ele denominou “convencionalismo jurídico”.

Esse empreendimento começa com uma distinção entre *conceito* e *concepções* de direito.³⁹⁸ Segundo o autor, o *conceito* de direito deve ser suficientemente genérico e abstrato a ponto de aglutinar diversas concepções divergentes em seu entorno. Nesse sentido, cada concepção de direito é apresentada como uma resposta à questão que é colocada pelo conceito.

O conceito de direito exposto por Dworkin enfoca o problema essencialmente normativo da legitimidade da coerção estatal. O uso da força pelo Estado só se legitima quando baseado em direitos e deveres, os quais, por sua vez, existem como resultado de decisões políticas tomadas no passado.³⁹⁹ Com base nesse pressuposto, o direito de uma comunidade – prossegue Dworkin – pode ser conceituado como “o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado”.⁴⁰⁰

³⁹⁶ É possível pensar ainda em desacordos no estágio pré-interpretativo, isto é, desacordos sobre os dados da prática que serão objeto de interpretação. Contudo, este tipo de desacordo é menos frequente, já que nessa fase existe um acordo rudimentar sobre casos paradigmáticos. Segundo Dworkin, embora haja um consenso sobre diversos níveis da prática, “haverá uma controvérsia inevitável, mesmo entre os contemporâneos, a propósito das exatas dimensões da prática que eles todos interpretam, e a controvérsia será ainda maior quanto à melhor justificativa para tal prática” (Ibid., p. 83).

³⁹⁷ Ibid., p. 109.

³⁹⁸ Ibid., p. 87.

³⁹⁹ Ibid., p. 115-116. Continua o autor: “o escopo mais abstrato e fundamental da aplicação do direito consiste em guiar e restringir o poder do governo da maneira apresentada a seguir. O direito insiste em que a força não deve ser usada ou refreada, não importa quão útil seria isso para os fins em vista, a menos que permitida ou exigida pelos direitos e responsabilidades [deveres] individuais que decorrem de decisões políticas anteriores, relativas aos momentos em que se justifica o uso da força pública” (Ibid., p. 116).

⁴⁰⁰ Ibid., p. 116.

Em torno desse conceito, Dworkin idealiza três concepções que procuram refinar os diversos termos desse conceito: o convencionalismo jurídico, o pragmatismo jurídico e a sua própria concepção de direito como integridade.⁴⁰¹

O convencionalismo jurídico, que nos interessa neste momento, é apresentado pelo autor como uma releitura normativista ou interpretativista do positivismo jurídico – que, como já se viu, é compreendido por Dworkin como uma teoria semântica do direito.⁴⁰² O convencionalismo é uma concepção de direito que: (i) reconhece a importância dos direitos e deveres como fatores exclusivos para a autorização do uso da coerção estatal;⁴⁰³ (ii) atribuem um determinado propósito à prática jurídica, a saber, sustentam que a legitimidade da coerção estatal ocorre na medida em que as ocasiões da intervenção estatal sejam acessíveis a todos (ideal das expectativas asseguradas);⁴⁰⁴ e (iii) relacionam, de forma muito limitada, os direitos/deveres às decisões políticas do passado, uma vez que, na visão de Dworkin, o convencionalismo

propõe uma exposição nitidamente restrita da forma de coerência que deveríamos exigir a propósito das decisões anteriores: um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelo conjunto dos profissionais de direito.⁴⁰⁵

Trata-se, portanto, de uma concepção de direito que coloca a convenção no centro da experiência jurídica: o direito é uma questão de convenção. Há uma convenção a respeito de qual autoridade pode elaborar o direito e de como deverá fazê-lo.⁴⁰⁶ O direito seria, então, o resultado de decisões políticas tomadas nos estritos termos dessa

⁴⁰¹ Ibid., p. 117-120.

⁴⁰² Diz textualmente o autor: “no capítulo IV, tento mostrar que as formas habituais do positivismo jurídico se tornam mais interessantes quando compreendidas não como teorias semânticas, mas como interpretações baseadas na afirmação de que a força coletiva só se justifica quando conforme aos entendimentos convencionais” (Ibid., p. 116, pé de página). Assim, Dworkin admite que as concepções de direito que ele apresenta – entre elas, o convencionalismo jurídico – são “novas” no sentido de que “talvez nenhum filósofo do direito defendesse qualquer das duas primeiras do modo como as descrevo. Cada uma delas, porém, capta temas e ideias importantes nessa literatura, agora organizados como afirmações interpretativas, não semânticas, e o debate entre elas é, portanto, mais esclarecedor do que as velhas batalhas dos textos” (Ibid., p. 118).

⁴⁰³ Ibid., p. 118.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 118-119. Sobre o ponto, diz Dworkin: “as decisões políticas do passado justificam a coerção porque, e portanto apenas quando, fazem uma advertência justa ao subordinarem as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política, que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso” (Ibid., p. 145).

⁴⁰⁵ Ibid., p. 119.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 141-142. “O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito” (Ibid., p. 142).

convenção. E, não havendo uma decisão pretérita e explícita tomada de acordo com essa convenção, não haverá direito.

Com base nesses pressupostos iniciais, Dworkin irá sustentar que o convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativas sobre o papel dos juízes na prática jurídica: uma afirmação positiva e outra, negativa.⁴⁰⁷

Positivamente, o convencionalismo sustenta que os juízes devem reconhecer e aplicar como direito aquilo, e tão somente aquilo, que foi elaborado nos moldes estabelecidos pela convenção, ainda que não concordem com o conteúdo do padrão normativo que devem aplicar ao caso submetido à sua apreciação.⁴⁰⁸

Em termos negativos, o convencionalismo sustenta que, não havendo uma decisão anterior explícita, não há direito. Isso faz com que o convencionalismo precise fazer um esclarecimento adicional: nos casos em que o juiz se depare com um caso para o qual não exista direito aplicável, deve ele exercer a discricionariedade em sentido forte, valendo-se de padrões extrajurídicos para elaborar um novo direito.⁴⁰⁹

A crítica de Dworkin ao convencionalismo será desenvolvida a partir de dois argumentos: (i) primeiro, o autor irá questionar se o convencionalismo se *ajusta* à prática jurídica, isto é, se se trata de uma concepção que consegue explicar adequadamente aquilo que ocorre na prática jurídica; e (ii) em segundo lugar, será tematizada a questão da *justificação*, que consiste em avaliar os propósitos que o convencionalismo oferece à essa prática, tanto isoladamente (isto é, avaliar a validade moral desse propósito enquanto tal), quanto em sua relação com o convencionalismo, para saber se o convencionalismo é, efetivamente, a concepção que mais bem promove esse propósito.⁴¹⁰

Quanto ao primeiro ponto (dimensão do ajuste), Dworkin irá sustentar que o convencionalismo estrito não se ajusta à prática jurídica, porque os juízes não agem do modo que o convencionalismo pressupõe. Embora haja um acordo em torno do fato de que a legislação e o precedente são fundamentos do direito, os juízes frequentemente divergem sobre o sentido e o alcance de uma lei ou precedente.⁴¹¹

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. 144-145.

⁴⁰⁸ Segundo Dworkin, para o convencionalismo, “os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. Insiste, em outras palavras, em que eles devem tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal” (Ibid., p. 144).

⁴⁰⁹ Ibid., p. 145.

⁴¹⁰ Ibid., p. 148-149.

⁴¹¹ Para aplicar aquilo que essas convenções declaram como direito em caso específicos, os juízes precisam “decidir em cada caso o que essas convenções declaram como direito além de determinar, também, qual é

Em outros termos, o que Dworkin afirma é que, se existe de fato uma convenção,⁴¹² ela se forma em um nível tão abstrato que se torna irrelevante para a prática jurídica: aquilo que é compreendido como fundamento do direito pela convenção não se presta nem mesmo para funcionar como condição de verdade de proposições jurídicas específicas.⁴¹³

Segundo Dworkin, o convencionalismo estrito⁴¹⁴ reivindica um alto nível de consenso em dois níveis: (i) na definição dos fundamentos do direito, ele exige uma convergência que aponta para a legislação e o precedente (convenção acerca das fontes do direito); e (ii) na interpretação das fontes do direito (convenção sobre a interpretação das fontes do direito).

Isso porque, segundo Dworkin, o convencionalismo estrito considera que o direito de uma comunidade abrange apenas aquilo que está compreendido na *extensão explícita*

o verdadeiro conteúdo de cada convenção” (Ibid., p. 150). E sabe-se que os juízes têm visões diversas sobre essas questões, isto é, “têm teorias diferentes sobre a leitura correta das leis e das decisões tomadas no passado” (Ibid., p. 150).

⁴¹² Para o autor, não é absolutamente necessário que exista uma convenção entre os participantes da prática acerca da legislação e do precedente. Embora reconheça que é necessário a existência de paradigmas reconhecidos pelos participantes da prática jurídica – e a legislação e o precedentes são paradigmas da prática jurídica – o autor esclarece que esse acordo em torno dos paradigmas não precisa ser um *acordo por convenção*, podendo ser explicado também à luz de um *acordo por convicção*, que se baseia em razões de ordem substantiva. É dizer, uma determinada proposição jurídica pode ser considerada verdadeira porque todos concordam com sua veracidade (acordo por convenção) ou porque existem razões substantivas para considerá-la correta (acordo por convicção). De qualquer forma, segundo Dworkin, não é imprescindível que os paradigmas da prática jurídica sejam explicados convencionalmente (Ibid., p. 165-169).

⁴¹³ Assim, embora os participantes concordem que a legislação e o precedente são fontes do direito, eles divergem profundamente ao interpretar essas proposições abstratas (Ibid., p. 151). Isso indica que “algo mais deve ser dito sobre a natureza de uma convenção, sobre a extensão e o tipo de concordância que é necessária para que uma proposição jurídica específica possa ser verdadeira em virtude de uma convenção jurídica específica” (Ibid., p. 150).

⁴¹⁴ É importante observar que Dworkin distingue o convencionalismo estrito e o moderado, explicando que suas críticas se voltam apenas contra o primeiro (Ibid., p. 156-157). *Convencionalismo estrito* e *convencionalismo moderado* podem ser compreendidas como as leituras interpretativistas ou normativas daquilo que o *positivismo exclusivo* e o *positivismo inclusivo*, respectivamente, representam no plano das teorias semânticas do direito. Dworkin divide as duas vertentes do convencionalismo com base naquilo que chamou de “extensão” de uma convenção. Segundo o autor, a “extensão” de uma convenção abstrata constitui o conjunto de opiniões ou decisões que os participantes da convenção estão comprometidos a aceitar. Essa extensão, por seu turno, pode ser *explícita* ou *implícita*: enquanto a primeira consiste no conjunto de proposições que (quase) todos os participantes da convenção aceitam como parte de sua extensão, a extensão implícita é o conjunto de proposições que decorrem da melhor ou mais bem fundada interpretação da convenção, façam ou não parte da extensão explícita. Enquanto o convencionalismo estrito compreende como direito de uma comunidade apenas aquilo que se situa na extensão explícita de suas convenções jurídicas (a legislação e o precedente), o convencionalismo moderado admite que o direito de uma comunidade corresponde a tudo que estiver contido na extensão implícita dessas convenções (Ibid., p. 151-153). Assim, segue Dworkin, embora o convencionalismo moderado consiga explicar as divergências interpretativas existentes na prática jurídica – admitem que os participantes discordem sobre o sentido da extensão explícita de uma convenção –, Dworkin considera que é o convencionalismo moderado é um “tipo espúrio de convencionalismo” – diversamente do convencionalismo estrito, ele não promove o ideal das expectativas asseguradas –, que consiste, na verdade, em “uma forma muito abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade” (Ibid., p. 157).

de uma convenção jurídica, isto é, no conjunto de proposições que todos (ou quase todos) os participantes da convenção aceitam como parte de sua extensão.⁴¹⁵ Em outros termos, o convencionalismo estrito considera direito apenas àquilo que resulta de uma interpretação consensual do conteúdo das convenções jurídicas (lei ou precedente).

É exatamente por exigir esse nível de consenso entre os participantes da prática que Dworkin conclui que o convencionalismo é uma “concepção muito restritiva do direito, pois as extensões explícitas de nossas convenções putativas da legislação e do precedente contêm muito poucos elementos de grande importância prática nos litígios reais”.⁴¹⁶ E não havendo o alto nível de acordo que é exigido pelo convencionalismo entre os participantes da prática, não existe direito algum, restando ao juiz recorrer a padrões extrajurídicos para solucionar o caso.⁴¹⁷

Diante desse quadro, um juiz convencionalista, diante de um caso submetido à sua apreciação, deverá raciocinar da seguinte maneira: (i) em primeiro lugar, irá verificar a existência de um consenso interpretativo na prática jurídica: havendo o consenso, reconhece-se a existência do direito e o aplica; não encontrando o consenso interpretativo, admite que não existe direito a ser aplicado ao caso, (ii) iniciando-se uma etapa legislativa, que se destina a elaborar o direito que irá reger aquele caso.⁴¹⁸

Ainda que, nessa etapa legislativa, os juízes se preocupem com um tipo estratégico de coerência entre o direito que elaboram e o direito pré-existente,⁴¹⁹ o juiz

⁴¹⁵ Ibid., p. 152.

⁴¹⁶ Ibid., p. 153.

⁴¹⁷ Assim, o convencionalismo desagua na discricionariedade em sentido forte: “o convencionalismo estrito deve declarar uma ‘lacuna’ no direito, que requer o exercício de um poder discricionário extralegal por parte do juiz para criar um novo direito sempre que uma lei for vaga, ambígua ou problemática de alguma maneira, e não houver outra convenção sobre o modo de interpretá-la” (Ibid., p. 155). Nos casos difíceis isso aparece de forma muito clara: “os juízes são liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos” (Ibid., p. 158). Isto é, “a convenção esgota o poder normativo intrínseco de decisões passadas” (Ibid., p. 164).

⁴¹⁸ Ibid., p. 159-160.

⁴¹⁹ A fim de dar conta do tipo de coerência que a decisão atual deve manter com as decisões políticas do passado, Dworkin propõe uma distinção entre “coerência estratégica”, o tipo de coerência buscada por um juiz convencionalista e “coerência de princípio”, que é aquela com a qual se preocupa um juiz que assume a concepção do direito como integridade. Todos os agentes responsáveis pela criação do direito preocupam-se com a coerência estratégica, que consiste na busca de harmonia entre os novos padrões e os padrões antigos, pois, somente assim, o sistema poderá funcionar de forma eficiente – qualquer que seja a direção assumida por seus criadores (Ibid., p. 162-163). Por outro lado, a coerência de princípio é um tipo mais exigente de coerência entre a decisão atual e as decisões pretéritas. Todos os padrões normativos estatais devem formar um todo coerente, de modo a refletir uma “visão única e abrangente de justiça” (Ibid., p. 163). Segundo Dworkin, “um juiz que vise à coerência de princípio se preocuparia, de fato, [...] com os princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes do passado” (Ibid., p. 163-164).

convencionalista é consciente de que, diante de um caso difícil, ele está liberado das decisões políticas do passado – que ele reconhecer não existir em relação ao caso.⁴²⁰

Ocorre que, segundo Dworkin, é justamente nos casos difíceis que os juízes mais se preocupam em justificar sua decisão com base nas decisões políticas do passado. Diante de um caso para o qual não exista acordo sobre o sentido da extensão explícita de uma convenção, os juízes procuram explicar qual seria o sentido “correto” de uma lei ou precedente – agem como se houvesse uma resposta correta para essas questões.

Os juízes assumem, portanto, uma postura que é totalmente incompatível com a postura que se espera de um juiz convencionalista. Por essa razão, Dworkin irá sustentar que o convencionalismo estrito “fracassa como interpretação de nossa prática jurídica”,⁴²¹ justamente porque, nesses casos, “nossos juízes, na verdade, dedicam mais atenção às chamadas fontes convencionais do direito, como as leis e os precedentes, do que lhes permite o convencionalismo”.⁴²²

Há, contudo, um outro nível em que a concepção convencionalista do direito fracassa como uma explicação adequada de nossa prática jurídica. Trata-se da avaliação da justificação que convencionalismo atribui à prática jurídica na fase interpretativa, a saber, o ideal das expectativas asseguradas: esse ideal é realmente tão valioso do ponto de vista político-moral como pressupõe o convencionalismo? E, se o for, seria o convencionalismo a concepção de direito mais adequada para a promoção desse ideal?

Segundo o ideal das expectativas asseguradas, a prática jurídica justifica-se na medida em que seja capaz de promover a redução da surpresa, isto é, o direito deve ser capaz de informar previamente às pessoas quais são as hipóteses que autorizam a intervenção coercitiva do estado, permitindo que os jurisdicionados possam programar sua vida diante da atuação estatal.

Contra essa forma de justificação da prática jurídica Dworkin argumenta que nem toda surpresa ou frustração das expectativas pessoais é injusta. Segundo o autor, a surpresa só será injusta se a prática encorajar uma determinada expectativa para depois

⁴²⁰ Sobre a percepção que um juiz convencionalista tem do direito, Dworkin afirma: “um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quando ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro” (Ibid., p. 159).

⁴²¹ Ibid., p. 159.

⁴²² Ibid., p. 159. Os juízes que julgaram o caso Elmer, por exemplo, esquadrinharam a lei, “obcecados pela questão de saber se uma decisão era mais coerente com o texto ou o espírito dessa lei, ou pela questão da correta relação entre a decisão e o resto do direito” (Ibid., p. 160).

frustrá-la deliberadamente.⁴²³ Com isso o autor quer dizer que a surpresa não é realmente o foco do debate: o debate subir um nível e envolver as razões pelas quais se pode afirmar que a surpresa é algo indesejável.⁴²⁴

Além disso, o convencionalismo não nos protege tão bem da surpresa quanto o faria uma teoria mais simples da jurisdição. Dworkin apresenta, nesse ponto, uma teoria simples de jurisdição que ele denomina *convencionalismo unilateral* por oposição ao convencionalismo bilateral que vimos até aqui.

Segundo o convencionalismo bilateral, o juiz deve criar direito novo sempre que se deparar com casos não abarcados pela extensão explícita da convenção. Logo, no convencionalismo bilateral a surpresa é inevitável. Mas seria possível pensar em uma teoria mais simples da jurisdição, como o convencionalismo unilateral, no qual toda hipótese não abarcada pela extensão explícita de uma convenção possui uma solução já pré-determinada pelo sistema. Um modelo como este não haveria surpresa, já que uma ação proposta pelo autor só será julgada procedente se o direito por ele invocado encontrar-se na extensão explícita de uma convenção; do contrário, vencerá o réu.⁴²⁵ O fato de o convencionalismo unilateral não ser uma explicação adequada de nossa prática jurídica,⁴²⁶ revela que preocupação com as expectativas asseguradas não é a única a nortear a prática jurídica.

E se, como já se mencionou, o convencionalismo bilateral não protege de modo incisivo contra a possibilidade da surpresa – ele admite que a surpresa é inevitável em determinadas hipóteses – será preciso ampliar a justificação que o convencionalismo atribui à prática jurídica de modo a abranger duas circunstâncias distintas: “aquelas nas quais a surpresa deve ser evitada, e aquelas nas quais por essas razões antagônicas, é preciso tolerá-la”.⁴²⁷

Segundo Dworkin, a principal candidata para essa tarefa é a ideia de que a prática jurídica precisa encontrar um equilíbrio entre duas necessidades: a necessidade de evitar a surpresa e aquela de manter a flexibilidade do sistema jurídica – trata-se do argumento do *equilíbrio entre confiança e flexibilidade*.⁴²⁸ A estabilidade (não surpresa) é necessária

⁴²³ Ibid., p. 172.

⁴²⁴ Assim, diz o autor, “a sugestão de que o convencionalismo reduz a surpresa não deve pressupor, portanto, que a surpresa é injusta, mas que é indesejável por alguma outra razão” (Ibid., p. 172-173).

⁴²⁵ Nas palavras do autor, o convencionalismo unilateral “determina que o pleiteante deve ganhar se tiver o direito de ganhar estabelecido na extensão explícita de alguma convenção jurídica, mas que do contrário quem deve ganhar é o réu” (Ibid., p. 173).

⁴²⁶ Ibid., p. 175.

⁴²⁷ Ibid., p. 176.

⁴²⁸ Ibid., p. 176.

para a promoção da coordenação social, porque a sua existência depende da confiança que os diversos atores sociais depositam nas regras (jurídicas) de coordenação social. Entretanto, existem ocorrências sociais para as quais é recomendável a flexibilidade, isto é, há situações que não devem ser convencionalmente (previamente) decididas, isto é, devem permanecer em aberto de modo a possibilidade um ajuste jurisdicional em cada caso concreto.⁴²⁹

Dworkin nada opõe, em princípio, à “atratividade” político-moral dessa última forma de justificação da prática jurídica. Contudo, sustenta que o convencionalismo não é a concepção de direito mais habilitada para promovê-la. Até mesmo o pragmatismo jurídico seria, segundo o autor, mais vocacionado a promover esse equilíbrio entre confiança e flexibilidade.⁴³⁰

Para o autor, “o insucesso do convencionalismo enquanto interpretação do nosso direito é completo, pois ocorre nas duas dimensões da interpretação”.⁴³¹ Trata-se de uma concepção de direito que além de se ajustar mal à prática jurídica, não consegue justificá-la adequadamente.⁴³²

Em síntese, na concepção de Dworkin, o projeto positivista de elaboração de uma teoria descrita do direito não se sustenta. Como um castelo de cartas, apoia-se sobre uma teoria semântica insustentável. E mesmo quando relido como uma teoria normativa do direito, o positivismo jurídico não consegue superar as concepções adversárias.

3.4.1.2 O argumento funcional de Stephen Perry

Outro argumento contra o positivismo jurídico descritivo foi apresentado por Stephen Perry. Segundo o autor, as dificuldades metodológicas que circundam o direito têm origem no fato de que o fenômeno jurídico possui uma dupla dimensão: uma

⁴²⁹ Ibid., p. 176. E ainda que nem todas as hipóteses de consenso ocorra por razões convencionais – já vimos que Dworkin distingue os *acordos por convenção* dos *acordos por convicção*, sustentado que grande parte das hipóteses de consenso existentes na prática jurídica ocorrem em virtude de convicção (e não de convenção) – o convencionalismo pode sustentar que, “uma vez implantado um conjunto de regras, em vez de pensar que são as melhores regras disponíveis, poderíamos considerar mais importante que fossem vistas pelo público como estabelecidas, para que as pessoas pudessem fazer seus planos de acordo com elas; isto oferece uma razão para que os tribunais deixem a regra intacta mesmo quando acharem que foi feita uma escolha errada na primeira instância” (Ibid., p. 178-179).

⁴³⁰ Segundo Dworkin, o pragmatismo é mais adaptável às necessidades sociais e consegue, inclusive, aproximar-se do modelo convencionalista, ao passo que o contrário não é verdadeiro (Ibid., p. 182). Assim, ele responderia melhor à necessidade de equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade do que o convencionalismo (Ibid., p. 182-183).

⁴³¹ Ibid., p. 183.

⁴³² Ibid., p. 183.

dimensão social e outra normativa. O direito é, simultaneamente, uma instituição social (podendo ser estudado com os instrumentos metodológicos típicos das ciências sociais) e uma fonte de razões para o agir humano (apresentando-se, pois, como um ramo da filosofia da razão prática).⁴³³

Na concepção de Perry, embora a teoria positivista de Hart tenha tentado dar conta desse duplo aspecto do direito, ela falhou em fornecer uma explicação adequada para a normatividade do direito.

O projeto hartiano tem como principal pilar a elaboração de uma teoria jurídica capaz de apreender o direito enquanto instituição social, é dizer, Hart idealizou a teoria do direito como uma “sociologia descritiva”.

Não obstante, ele tentou abarcar também o problema da normatividade do direito, procurando explicar como o direito fornecer razões para a ação humana. Com esse intuito, Hart introduz em sua teoria jurídica a noção de “ponto de vista interno”,⁴³⁴ que consiste, grosso modo, em um imperativo metodológico, segundo o qual, o teórico do direito deve levar em consideração, em suas elaborações, o ponto de vista dos participantes da prática jurídica. Trata-se daquilo que Perry denominou de “tese internalista fraca”, segundo a qual “uma avaliação doutrinária adequada de pelo menos certos tipos de prática social deve referir-se ao ponto de vista de alguns ou todos os participantes da prática”.⁴³⁵

Com esse movimento, Hart trouxe para o interior da teoria jurídica, ainda que de forma menos radical, o ponto de vista dos participantes da prática jurídica, iniciando um processo que culminaria com o chamado internalismo forte de Dworkin.⁴³⁶ Segundo Perry, Dworkin sustentou, em “O império do direito”, que “o ponto de vista do teórico deve ser o mesmo dos participantes”.⁴³⁷

⁴³³ PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 145-146.

⁴³⁴ Ibid., p. 147-148.

⁴³⁵ Ibid., p. 149.

⁴³⁶ Hart, portanto, faz o movimento teórico que enseja uma virada metodológica cuja evolução resulta em abordagens críticas ao próprio positivismo. Nesse sentido, Perry, para quem “apesar de muitas discordâncias entre os dois teóricos [Hart e Dworkin], e não menos no nível metodológico, as sementes da versão forte do interpretativismo de Dworkin foram semeadas pelo próprio Hart” (Ibid., p. 150).

⁴³⁷ Ibid., p. 149. Por seu turno, a tese internalista forte, quando cotejada com a tese internalista moderada de Joseph Raz, sustenta que “o teórico deve adotar o ponto de vista do participante plenamente comprometido, isto é, do participante que endossa sem reservas o valor moral e a autoridade do Direito” (Ibid., p. 193).

O problema é que, segundo Perry, o internalismo fraco hartiano não conseguiu dar conta da normatividade do direito. Em linhas gerais, embora tenha levado em consideração o ponto de vista dos participantes da prática, Hart não abandona o ponto de vista do teórico em sua formulação.⁴³⁸ E preso ao ponto de vista do teórico, ele não conseguiu explicar, adequadamente, como o direito fornece uma razão para a ação dos participantes da prática jurídica. Para Perry, esse tipo de explicação demanda que o teórico atribua à prática jurídica uma determinada função a partir do ponto de vista dos participantes dessa prática, sob pena de deixar de fora da explicação o caráter autorreflexivo da prática jurídica.⁴³⁹

Em outros termos, ao admitir que o teórico do direito atribua uma função ou finalidade moral ao direito a partir de seu próprio ponto de vista⁴⁴⁰ – e não do ponto de vista do participante –, a teoria de Hart termina por assumir essa função ou finalidade moral como algo já dado, perdendo, conseqüentemente, toda a dimensão reflexiva da prática – é dizer, o modo como os participantes da prática a interpretam.

Do internalismo fraco de Hart resulta, portanto, que a aceitação de uma norma social por parte do participante da prática jurídica não é um fenômeno reflexivo ou, pelo menos, que a reflexão acerca da aceitação da norma social por parte dos participantes não é algo que precise ser apreendido pela teoria jurídica.⁴⁴¹ Com isso, nos termos da crítica

⁴³⁸ Nos termos do internalismo fraco, a explicação hartiana sustenta que “o teórico deve compreender e levar em conta o ponto de vista dos que aceitam as normas sociais porque tal aceitação, *de fato*, oferece-lhes razões para a ação” (Ibid., p. 158).

⁴³⁹ Consoante Perry, “a teoria de Hart atribui uma função ao Direito a partir do ponto de vista do teórico, mais do que do ponto de vista dos participantes da prática” (Ibid., p. 150). Essa abordagem possui o problema de abandonar “a ambição da doutrina de explicar a normatividade do Direito” (Ibid., p. 150). “Para oferecer uma explicação adequada da normatividade do Direito, o teórico deve atribuir um objetivo ou função ao Direito a partir do ponto de vista dos *participantes*” (Ibid., p. 150). Mas isso aproxima o teórico da tese internalista forte de Dworkin (Ibid., p. 150). Segundo Perry, “as teorias jurídicas mais satisfatórias revelam não ser puramente descritivas e livres de valor, como Hart afirmou” (Ibid., p. 150). Além disso, após analisar a noção de “ponto de vista interno” na teoria jurídica de Hart, Perry sustenta que a teoria jurídica de Hart deixa de fora uma importante razão para a ação dos participantes da prática, a saber, as razões prudenciais. Segundo Perry, o direito fornece razões para a ação não apenas mediante a internalização de regras sociais (ponto de vista interno), mas também em vista do receio de sofrer conseqüências negativas (sanção) em virtude da inobservância das regras estabelecidas (razões prudenciais) (Ibid., p. 153-169).

⁴⁴⁰ Hart, por exemplo, sustenta que o direito exerce a “função de controlar, guiar e planejar a vida fora do tribunal” (PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 170-171). Esse argumento funcional foi utilizado por Hart para criticar o argumento do homem de mau de Holmes e parece recomendar – ao contrário do que ele expressamente sustenta – que o “ponto de vista interno” não se refere apenas para os juízes, abrangendo também os cidadãos em geral (Ibid., p. 171-172).

⁴⁴¹ Segundo Perry, “Hart trata a aceitação de uma norma social como um tipo de fato social bruto, cuja natureza, pelo menos no que diz respeito à teoria jurídica, não justificaria maiores investigações” (Ibid., p. 174). E, mais adiante, continua o autor: “Hart não pressupõe que os juízes e outras pessoas que adotam o

de Perry, Hart estaria deixando de fora um elemento extremamente relevante para a explicação da normatividade do direito.⁴⁴²

A insuficiência do internalismo fraco de Hart para prover uma explicação satisfatória da normatividade do direito, fez com que outros adeptos do positivismo jurídico buscassem formulações teóricas alternativas. Segundo Perry, a teoria jurídica de Joseph Raz merece destaque por ter avançado rumo a uma “tese internalista moderada”,⁴⁴³ obtendo maior êxito do que Hart na explicação da normatividade do direito – sem abrir mão da pretensão descritiva do direito enquanto instituição social.⁴⁴⁴

O segredo de Raz foi assumir uma abordagem teórica que assume a perspectiva de um participante da prática jurídica não necessariamente comprometido com a autoridade moral do direito. Com isso, ele consegue apreender teoricamente a autocompreensão dos participantes em relação à prática jurídica (já que assume a compreensão de um participante),⁴⁴⁵ mas sem engajar-se teoricamente com essa ou aquela

ponto de vista interno no Direito tenham quaisquer opiniões a respeito do valor moral do direito como instituição, muito menos algum tipo de opinião canônica e compartilhada. A reflexão a respeito da finalidade ou valor do Direito não é, portanto, segundo Hart, um aspecto da prática social” (Ibid., p. 174-175).

⁴⁴² Segundo Perry, não é muito plausível compreender o direito como uma prática irreflexiva, como Hart parece fazer. O direito é, antes, uma prática autorreflexiva – ou, como prefere Dworkin, uma prática interpretativa – uma vez que “primeiro, a reflexão sobre o caráter e a finalidade da prática é difundida e adequadamente considerada como parte da prática, e, segundo, visões diferentes a respeito da finalidade do Direito influenciam o modo como a prática é conceituada pelos participantes” (Ibid., p. 187). Estudar práticas autorreflexivas somente com a abordagem de Hart deixa algo de fora da descrição – nesses casos, é recomendável engajar-se na descrição a partir do próprio ponto de vista dos participantes (Ibid., p. 187-188). Assim, continua o autor, “Hart estava correto ao destacar que o ponto de vista interno, compreendido em termos de razões (percebidas) para a ação, desempenha um papel crucial na explicação da normatividade do Direito. Mas a única maneira de tirar vantagem desse discernimento, como o próprio Hart não o fez, é ampliar o papel que o ponto de vista interno desempenha na teoria jurídica. A plena compreensão da normatividade de uma prática auto-reflexiva somente é possível se o teórico investiga como e por que a prática é percebida por seus participantes como dando origem a razões para a ação, e, para fazer isso, ele deve indagar sobre a finalidade ou valor (possível) da prática a partir de seu ponto de vista” (Ibid., p. 189).

⁴⁴³ De acordo com o autor, a tese internalista moderada consiste na “afirmação de que o teórico jurídico deve adotar o ponto de vista reflexivo” (Ibid., p. 193). O ponto de vista reflexivo, por seu turno, consiste em um ponto de vista do participante da prática que não se compromete necessariamente com a autoridade moral do direito (Ibid., p. 192-193). Segundo Perry, “o teórico raziano parece olhar o Direito da perspectiva de um participante que se identifica com a instituição (embora, possivelmente, num sentido razoavelmente livre), que usa a linguagem normativa e o aparelho conceitual do Direito mas não endossa necessariamente a autoridade moral do Direito, seja no todo, seja em parte. Seu uso da linguagem jurídica normativa pode, portanto, ser mais distanciado que inteiramente comprometido” (Ibid., p. 192). Por essa razão, Raz irá distinguir os *enunciados jurídicos engajados* dos participantes da prática – que refletem as suas crenças acerca de seus deveres morais, direitos etc. – dos *enunciados jurídicos distanciados* – que não comprometem o falante com a visão normativa nele expressa. O teórico do direito, portanto, assume o ponto de vista de um participante da prática que profere enunciados jurídicos distanciados (Ibid., p. 189).

⁴⁴⁴ Segundo Perry, comparado com Hart, “Raz tem muito mais sucesso na conquista das ambições gêmeas da doutrina, a saber, a ambição científico-social de descrever o Direito e a ambição filosófica de explicar a normatividade do Direito. Ele alcança esse sucesso assumindo, ao contrário de Hart, a perspectiva de um participante” (Ibid., p. 191).

⁴⁴⁵ Ibid., p. 191.

compreensão moral do direito (por se tratar da visão de um participante moralmente desengajado). A teoria de Raz, portanto, aproxima-se do ponto de vista dos participantes da prática jurídica – tendo êxito em obter elementos importantes para uma explicação satisfatória da normatividade do direito – sem, contudo, subscrever o ponto de vista dos participantes.⁴⁴⁶

Mas, o positivismo jurídico também falha em sua pretensão neutralidade moral. Perry rejeita a possibilidade de se elaborar uma teoria moralmente neutra do direito com base em um argumento funcional: quando o teórico do direito atribui à prática jurídica uma função ou finalidade moral a partir de seu próprio ponto de vista, ele elimina a possibilidade de sustentar que sua abordagem teórica é moralmente neutra ou desengajada. Assim, prossegue o argumento, por se tratar de uma teoria que repousa sobre a atribuição de uma determinada finalidade moral do direito, a teoria positivista do direito é tão moralmente engajada quanto toda e qualquer teoria jurídica rival.

Em primeiro lugar, a atribuição de uma finalidade moral ao direito reflete-se, metodologicamente, na formulação de conceitos, isto é, a escolha do quadro conceitual adequado para a investigação do direito (enquanto instituição social) é sensível à função que lhe foi atribuída pelo teórico.⁴⁴⁷

Mas isso não significa, por si só, negar a possibilidade do uso amoral desses conceitos: uma vez elaborados pelo teórico, os conceitos poderiam ser utilizados de forma moralmente descomprometida.⁴⁴⁸ O que isso significa é que, considerada a disputa moral que necessariamente tem lugar na formulação do *framework* conceitual de uma

⁴⁴⁶ Em sua teoria da autoridade como serviço, Raz admite que os participantes da prática jurídico, de fato, acreditam que o direito lhes fornece uma razão moral para agir. Contudo, o teórico do direito não precisa comprometer-se com a crença dos participantes.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 176. Segundo Perry, o objetivo hartiano da descrição pura do direito não pode ser atingido, pelo menos não em uma teoria jurídica: “a teoria jurídica requer uma estrutura conceitual. A dificuldade é que os dados podem, plausivelmente, ser conceituados de mais de uma maneira, e escolher entre conceituações parece requerer a atribuição de uma finalidade ou função ao Direito. Isso, por sua vez, envolve não apenas considerações avaliatórias, mas argumentação moral. É verdade que os próprios conceitos, uma vez formulados, podem ser aplicados de um modo destituído de valores, e que a argumentação moral em questão ocorre no nível da formação de conceitos. Mas, como tornou-se claro em nossa discussão da reivindicação de Hart, de prover uma fundamentação puramente descritiva para as interpretações dworkianas das práticas sociais normativas, a atribuição hartiana de uma finalidade moral ao Direito, mesmo no nível da formação de conceitos, assegura que sua análise não pode constituir um conjunto neutro de dados sociais sobre o qual todos os outros teóricos pudessem estar em consenso como ponto de partida para teorização adicional” (Ibid., p. 184-185).

⁴⁴⁸ “O debate moral entre Hart e Holmes teria lugar, na visão que estamos examinando, nesse nível; seria um debate a respeito da formação de conceitos. Mas, assim que cada teórico tivesse formulado seus conceitos, as caracterizações resultantes de práticas sociais efetivas poderiam ser, presumivelmente, mais uma vez à moda weberiana, puramente descritivas e livres de valores” (Ibid., p. 176).

determinada teoria, ela não pode ser considerada a única análise conceitual possível do seu objeto.⁴⁴⁹

O problema, segundo Perry, é que quando se assume o ponto de vista do participante da prática as coisas se alteram. Em uma teoria que assume o ponto de vista do teórico – como a de Hart – é possível sustentar que a atribuição de uma finalidade moral ao direito interfere somente na fase inicial da formulação dos conceitos, que podem, posteriormente, serem utilizados de forma moralmente isenta. Contudo, nas teorias comprometidas com o internalismo moderado ou forte, a atribuição de uma função ou finalidade moral à prática jurídica, ao representar a perspectiva de seu participante, faz com que esse juízo moral se irradie por toda a teoria jurídica elaborada, transcendendo a mera formulação dos conceitos.⁴⁵⁰

O que Perry sustenta, em última análise, é que teorias do direito que adotam a perspectiva do participante da prática jurídica não podem ser moralmente isentas como pretende o positivismo jurídico. Se uma teoria pretende explicar como e porque o direito fornece razões para ação de seus participantes, assumindo a perspectiva desses

⁴⁴⁹ Trata-se de outra crítica que Perry opõe à teoria jurídica hartiana. Segundo ele, Hart parece supor a única análise conceitual possível dos sistemas jurídicos modernos seja a sua (p. 180), mas, em termos metodológicos, ela “está em situação de igualdade com as teorias no âmbito da metodologia interpretativa de Dworkin. Como depende, em última análise, de um argumento moral, a análise do Direito de Hart carece da neutralidade necessária para ser capaz de oferecer um conjunto basilar de dados sociais” (Ibid., p. 181). Hart só reivindica uma posição basilar para sua teoria, porque ignora o fato de que ela depende parcialmente da atribuição de uma função ao Direito, ou melhor, por atribuir ao seu argumento funcional um caráter periférico ou mesmo supérfluo em sua teoria, quando na verdade ele é central (Ibid., p. 181-182). Em relação à teoria de Raz, o teor da crítica é a mesma: “a teoria de Raz é uma interpretação possível, plausível em muitos aspectos mas de maneira nenhuma inevitável, que pode ser oferecida a respeito da prática social do Direito em geral e da natureza das jurídicas em particular” e “muitas outras teorias jurídicas devem ser compreendidas como interpretações da prática jurídica” (Ibid., p. 197). A questão é saber se essa crítica deve ser potencializada: embora constitua uma imagem verdadeira resta saber se se trata de um nível relevante de normatividade. Não seria toda e qualquer interpretação científica, em certo sentido, uma compreensão possível – jamais inevitável – de seu objeto? Não consistiria esse argumento, ao fim e ao cabo, apenas na afirmação de que não existe verdade absoluta? Parece que nem mesmo as interpretações dadas pela física ao seu objeto são interpretações inevitáveis, o que nunca impediu sua operatividade.

⁴⁵⁰ “A ideia aqui é que, quando uma teoria atribui uma finalidade ou valor moral ao Direito a partir da perspectiva dos participantes em vez da perspectiva do teórico, o argumento moral concomitantemente torna-se parte da teoria, não um passo preliminar na formação de conceitos. Do ponto de vista do participante, que difere nesse aspecto do ponto de vista do teórico hartiano, o argumento conceitual e o normativo estão inextricavelmente ligados” (Ibid., p. 197-198). Isso ocorre, segundo Perry, na teoria do direito de Raz, que para ele “envolve muito mais do que fazer julgamentos avaliatórios, no decorrer de um processo weberiano de seleção de conceitos, sobre o que é importante ou significativo. Podemos perceber isso reconhecendo que, se a concepção de serviço oferece uma imagem correta do conceito de autoridade, então a tese anarquista de que é sempre irracional agir com base no julgamento de outro em vez de no próprio julgamento é errada como posição de moralidade política. A concepção de serviço redime a crença sustentada por muitos participantes de que o Direito incorpora um ideal moral. Como tal, ele claramente incorpora o argumento moral” (Ibid., p. 198-199).

participantes, ela precisará ingressar inevitavelmente no âmbito da argumentação moral.⁴⁵¹

Em suma, o positivismo avançou em direção ao ponto de vista do participante da prática jurídica, com o propósito explicar a normatividade do direito. Mas ao fazê-lo, foi minando gradativamente sua pretensão de promover uma abordagem descritiva ou moralmente isenta. Na imagem de Perry, talvez “a moral da história seja esta. Se você dança com o demônio interpretativista, não é fácil manter distância”.⁴⁵²

3.4.2 A resistência do positivismo jurídico descritivo

Apesar do vigor das críticas, muitos expoentes do positivismo jurídico contemporâneo insistem no argumento de que é possível desenvolver uma teoria do direito descritiva (ou sem propósitos justificatórios).

Um importante exemplo contemporâneo de uma abordagem descritiva do direito é a teoria do direito como planejamento de Scott Shapiro. Após distinguir a teoria jurídica analítica e teoria jurídica normativa, o autor assume, explicitamente, a vertente analítica, em seu compromisso de dizer aquilo que o direito é, ou seja, de analisar a natureza do direito e de certos institutos jurídicos.⁴⁵³

Mas a teoria de Shapiro será apresentada nos próximos capítulos em virtude de sua relevância para o problema metainterpretativo. No momento, importa mencionar o cerne da resposta de outro importante nome do positivismo descritivo contemporâneo: Andrei Marmor.

Marmor sustenta que uma abordagem descritiva do direito (enquanto instituição social) é possível em algum nível significativo. Para tanto, basta não confundir a pretensão descritiva do positivismo com a ideia de pureza ou avaloratividade da teoria jurídica.⁴⁵⁴

A pretensão de excluir todos os níveis de valoração da elaboração teórica é algo impossível para toda e qualquer teoria – ou seja, essa não é uma peculiaridade da teoria

⁴⁵¹ “Não é por acidente que a teoria de Raz tem conteúdo moral. É a consequência da adoção de uma metodologia que pede ao teórico não apenas que relate a convicção das pessoas a respeito do aparelho conceitual do Direito, mas também que esclareça essas convicções. Isso porque a elucidação de convicções a respeito das razões para a ação envolverá, quase inevitavelmente, o argumento moral ou, pelo menos, normativo” (Ibid., p. 199).

⁴⁵² Ibid., p. 203.

⁴⁵³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 3.

⁴⁵⁴ Já vimos que esse mesmo alerta foi feito por Ferrajoli. Esse parece ser o problema de se imaginar que o positivismo jurídico se encerrou com a obra de Hans Kelsen.

do direito como Dworkin faz parecer – e, certamente, não era isso que Hart tinha em mente com o seu projeto descritivo.

Algum nível de valoração na construção de conceitos sempre existirá. Isso, contudo, não torna impossível distinguir uma abordagem explicativa – destinada a descrever o direito – de uma outra valorativa – que procura justificar moralmente a existência e o *modo de ser* do direito.

Assumir uma abordagem analítica ou descritiva não significa negar todo e qualquer nível de valoratividade na formatação da respectiva teoria, mas apenas dizer que o acervo conceitual dessa teoria será utilizado para descrever uma instituição social e que a base valorativa efetivamente presente não assume um nível significativo tal, a ponto de descaracterizar essa pretensão descritiva. Sustentar o contrário equivaleria a negar, por completo, a possibilidade de uma abordagem descritiva em qualquer nível do conhecimento humano.

Além disso, Marmor irá concordar com Perry que o argumento funcional é de fato relevante para a compreensão do direito. Segundo ele, “não podemos compreender uma prática social tão complexa como o direito sem uma compreensão elaborada de suas funções essenciais na sociedade”.⁴⁵⁵ Mas, diferentemente de Perry, Marmor pensa que, embora seja efetivamente necessária a atribuição de uma função ou finalidade ao direito, essa finalidade não precisa ser necessariamente moral.⁴⁵⁶

Suponha que possamos mostrar que a função, ou a racionalidade, de uma regra social R, em uma dada sociedade S, é resolver um problema de coordenação recorrente que os membros de S enfrentam nas circunstâncias C. Resolver o problema de coordenação recorrente é o que explica a razão para seguir a regra R na sociedade S sob as circunstâncias C. Tal explicação normalmente estaria baseada em certas proposições sobre questões de fato, como a natureza das circunstâncias relevantes, as crenças e preferências reais das pessoas e sobre a função da regra na razão prática dessas pessoas, consideradas essas suposições de fato. Mas acho muito difícil ver onde o argumento moral está oculto aqui.⁴⁵⁷

A questão colocada pelo autor é que o direito pode ser compreendido a partir de sua função meramente instrumental. E o valor de um instrumento – sua utilidade – não precisa ser um valor moral. Um instrumento pode ser concebido como um meio mais ou menos *útil* para a realização de um determinado fim, sem que isso signifique que o fim a

⁴⁵⁵ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 696.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 696.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 696-697.

ser realizado seja moralmente legítimo.⁴⁵⁸ A noção de utilidade, portanto, não é necessariamente normativa.⁴⁵⁹ Assim, “ao sugerir, por exemplo, que afiar uma faca a torna mais útil, não estamos nos comprometendo com uma avaliação/valoração de seus usos. Uma faca afiada é mais útil tanto para cortar pão, quanto para matar uma pessoa”.⁴⁶⁰

Portanto, Marmor entende que atribuir ao direito um propósito instrumental (não moralmente carregado) já é suficiente para a compreensão teórica da prática jurídica em toda sua complexidade.

No que tange especificamente à crítica de Dworkin, Marmor chama atenção para o fato de que o autor já inicia a sua argumentação com um dilema moral, a saber, o problema da legitimidade da intervenção coercitiva do Estado.⁴⁶¹ Como se viu, o convencionalismo (leitura normativa do positivismo) é apresentado por Dworkin como uma possível resposta a essa questão.

O problema é que tendo partido de um problema essencialmente normativo (o que torna o direito legítimo?), Dworkin não poderá, logicamente, chegar um argumento descritivo (o que é o direito?).⁴⁶² É o que observa Marmor, rejeitando de pronto qualquer atribuição de funções normativa ao positivismo jurídico:

Nenhuma teoria que comece com a pressuposição de que o direito é uma instituição moralmente legítima ou justificada pode possivelmente estar associada a qualquer positivismo jurídico. Como indiquei anteriormente, uma das ideias mais importantes do positivismo jurídico é que o direito é um instrumento social e, como tal, pode ser usado para bons ou maus propósitos, pode ser usado de forma legítima ou ilegítima. É claro que podemos ter uma teoria sobre o que legitimaria o direito nesse ou naquele contexto, mas isso não seria uma teoria sobre a natureza do direito. Seria parte de uma teoria política moral sobre o que constitui um direito bom ou justificado, não sobre o que é o direito.⁴⁶³

Marmor tem consciência de que a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico decorre de sua abordagem interpretativista do direito. E resumiu a concepção interpretativista da seguinte forma: (i) a teoria do direito é uma interpretação da prática jurídica; (ii) toda interpretação é valorativamente carregada.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ Ibid., p. 697-698.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 698.

⁴⁶⁰ Ibid., p. 698. Tradução do autor. No original: By suggesting, for example, that the sharpness of the knife makes it more useful, we are not committed to an evaluation of its uses. A sharp knife is more useful in cutting bread, and is also more useful in killing a person.

⁴⁶¹ Ibid., p. 694.

⁴⁶² Como observa o autor, “por mais longo ou sofisticado que o argumento seja”, o “dever ser” não implica “ser” (Ibid., p. 694-695).

⁴⁶³ Ibid., p. 695.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 699.

O autor, no entanto, se opõe ao argumento dworkiniano, salientando, em apertada síntese, que nem a primeira nem a segunda premissas são exatas.

Nem toda teoria do direito é (ou precisa ser) uma interpretação do tipo a que Dworkin se refere. Considerando que o vocábulo “interpretação” é plurívoco, dizer que toda teoria consiste em uma interpretação do seu objeto pode significar coisas bem diferentes. Marmor exemplifica com o caso de “uma zoóloga que procura descobrir por que os macacos passam tanto tempo se arrumando. Certamente, em um claro sentido, o zoólogo está tentando interpretar o comportamento dos macacos”.⁴⁶⁵ Mas não no sentido dworkiniano de interpretação.

Além disso, nem toda interpretação é moralmente carregada como pressupõe Dworkin, isto é, nem toda interpretação implica ou pressupõe juízos de valor.⁴⁶⁶ Marmor destaca que são atividades intelectuais distintas (i) apreender o valor que determinada coisa tem para os outros e (ii) formar pessoalmente um juízo de valor sobre essa coisa. Assim, o teórico do direito que procura captar o valor que os participantes da prática jurídica lhe atribuem não exerce, ele mesmo, uma atividade valorativa como Dworkin pressupõe.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ Ibid., p. 699. Tradução do autor. No original: Think of a zoologist who tries to figure out why apes spend so much time grooming each other. Surely, in a clear sense, the zoologist is trying to interpret the apes’ behaviour. Guastini também acentua que “el vocablo ‘interpretación’ se usa en los más variados contextos para referirse a actividades que tienen poco o nada en común” (GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 21).

⁴⁶⁶ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 699-700.

⁴⁶⁷ Nas palavras do autor, “existe uma diferença crucial entre formar uma visão sobre valores inerentes a uma determinada prática e ter um juízo de valor sobre eles. Um antropólogo pode formar a compreensão teórica de que um certo rito é valioso para as pessoas que o praticam porque aumenta sua coesão social, sem ter nenhum juízo particular sobre o valor da coesão social. Essa visão teórica certamente não é um juízo que de alguma forma compete com os juízos de valor das pessoas. Da mesma forma, um filósofo do direito pode sugerir que o direito é essencialmente uma instituição autoritativa, sem se comprometer com quaisquer visões específicas sobre a legitimidade das autoridades jurídicas ou sobre o seu mérito moral. Formar uma compreensão teórica sobre um propósito ou valor que explique uma determinada prática não é o mesmo que formar um juízo de valor sobre ela, assim como o juízo de valor não é implicado pela compreensão teórica” (Ibid., p. 700. Tradução do autor. No original: There is a crucial difference between forming a view about values that are inherent in a certain practice, and having an evaluative judgment about them. An anthropologist may form the theoretical view that a certain rite is valuable for the people who practice it because it enhances their social cohesion, without having any particular judgment about the value of social cohesion, certainly not one that is somehow competitive with her subjects’ evaluative judgments. Similarly, a legal philosopher may suggest that the law is an essentially authoritative institution, without a commitment to any particular views about the legitimacy of legal authorities or their moral worth. Forming a theoretical view about a purpose or value that explains a given practice, is not the same as forming an evaluative judgment about it, nor is the latter entailed by the former).

3.4.3 As vertentes normativas do positivismo jurídico contemporâneo

Marmor é, sem dúvida, uma fonte de inspiração para todos os que persistem no projeto hartiano de elaboração de uma “sociologia descritiva” do direito. Mas há também, no âmbito do positivismo jurídico contemporâneo, aqueles que abriram mão, total ou parcialmente, desse projeto. O positivismo jurídico normativo é, pois, uma versão do positivismo que admite que, ao menos em um determinado nível e de uma maneira bem específica, a teoria do direito pode ser moral e politicamente orientada.

Já vimos que, na brilhante leitura analítica de Marmor, essas vertentes normativas do positivismo podem ser agrupadas em dois tipos: (i) uma versão complementar que não afeta necessariamente a possibilidade de uma abordagem de descritiva do positivismo jurídico; e (ii) outra excludente que assevera que uma abordagem eminentemente descritiva é impossível.⁴⁶⁸

A primeira corresponde ao *positivismo ético* de Campbell, que concebe o positivismo jurídico como uma exigência normativa dos estados democráticos de direito; a segunda corresponde ao *positivismo normativo* de Waldron, que faz uma maior concessão a crítica interpretativista de Dworkin.

3.4.3.1 O positivismo ético de Tom Campbell

Tom Campbell defendeu explicitamente uma versão do positivismo jurídico politicamente orientada que ele denominou “positivismo jurídico ético”. Em linhas gerais, Campbell argumenta que existem razões normativas (morais) para a adoção de uma concepção positivista acerca do direito. Após listar as críticas normalmente oponíveis à abordagem descritiva e analítica do positivismo jurídico, Campbell assevera:

o cenário muda sensivelmente se adotamos o ponto de vista de que o sentido do positivismo jurídico não é proporcionar primariamente instrumentos analíticos e descritivos, mas que diretamente tem a ver com uma caracterização de como devem ser os Direitos e os sistemas jurídicos. Se o positivismo jurídico é uma teoria normativa, então suas inadequações descritivas não são necessariamente fatais e os prejuízos ideológicos alegados podem ser abertamente confrontados, valorados e contestados. As falhas descritivas não negam o esforço prescritivo, a menos que as primeiras demonstrem a

⁴⁶⁸ Ibid., p. 684 e 690-693. Para ser mais exato, o autor reconhece, analiticamente, cinco possíveis visões sobre a relação entre o positivismo jurídico e pretensões normativas, esclarecendo que algumas rejeitam totalmente a possibilidade de uma abordagem descritiva, ao passo que outras não eliminam essa possibilidade (Ibid.).

impraticabilidade do último. Com efeito, realçar tais falhas, nesse caso demonstrando que o processo jurídico real está habitualmente afetado por valores sociais estranhos, preferências políticas e prejuízos judiciais, termina sendo um catalizador para a reafirmação de suas aspirações prescritivas.⁴⁶⁹

Apesar de expor e, em alguns pontos, chancelar certo criticismo quanto à abordagem descritiva do positivismo jurídico, Marmor observou que a versão do positivismo de Campbell não representa uma ameaça maior às pretensões descritivas do positivismo jurídico. Na verdade, segundo Marmor ela as pressupõe.

Em termos lógicos, a concepção de Campbell poderia ser indicada pela proposição “deve ser P”⁴⁷⁰, com P representando o núcleo descritivo essencial do positivismo jurídico.⁴⁷¹ Logo, a tese de que P é algo moral ou politicamente devido pressupõe a tese de que P (a pretensão descritiva do positivismo) é, em alguma medida, faticamente possível, pois, do contrário, não faria sentido sequer recomendar moralmente p.⁴⁷²

Marmor, então, conclui que o positivismo ético de Campbell não disputa espaço com o positivismo jurídico descritivo, por se tratar de concepções que atuam em zonas teóricas distintas e assumem tarefas intelectuais igualmente diversas: o positivismo descritivo é uma teoria sobre a natureza do direito, ao passo que o positivismo ético é,

⁴⁶⁹ CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004. p. 23.

⁴⁷⁰ “It ought to be that P” (MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 684)

⁴⁷¹ Ibid., p. 684.

⁴⁷² Ibid., p. 684 e 690. Segundo Marmor “o foco principal dessa versão do positivismo normativo está no domínio da moralidade política: sustenta que o positivismo jurídico é algo bom, que deve ser materializado em uma sociedade livre e democrática, por exemplo, por se tratar de uma prática do direito que melhor promove os bens favorecidos por tal teoria. Eu penso que essa é basicamente a proposta de Tom Campbell” (Ibid., p. 684. Tradução do autor. No original: But the main focus of this version of normative positivism is on the moral political domain: it argues that legal positivism is a good thing, that it ought to be materialized in a free and democratic society, for instance, because it is a practice of law that best promotes the goods favoured by such a theory. I take it that this is basically the view propounded by Tom Campbell [...]). De fato, a teoria de Campbell não é uma teoria prescritiva descolada da realidade. Nas palavras do autor: “em todo caso, o reconhecimento de que o êxito do esquema positivista depende do grau em que existe conformidade com o modelo positivista deixa claro que o positivismo ético não pode ser uma teoria puramente prescritiva. As prescrições pressupõem não só que uma sociedade pode aproximar-se do ideal positivista de Direito, como também que, em um grau significativo, esta conformidade é alcançada na prática” (CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004. p. 33). E, mais adiante, afirma: “Pode-se conceder a ideia geral de que, ainda que não seja primariamente uma teoria descritiva do Direito, o positivismo ético de fato pressupõe um grau de realismo empírico que pode ser observado em algumas sociedades na maior parte do tempo e em todas as sociedades por certo tempo” (Ibid., p. 33).

essencialmente, uma teoria de moralidade política.⁴⁷³ Em última análise, o positivismo ético é mais uma teoria metodologicamente agregadora do que excludente.⁴⁷⁴

A teoria de Campbell pode ser compreendida, na verdade, como uma extensão da disputa entre positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo, no bojo da qual se acrescenta um elemento prescritivo. Embora o positivismo inclusivo ou brando seja conceitualmente possível, existem razões políticas e morais que recomendam a adoção do positivismo jurídico exclusivo ou duro. O positivismo ético é, no dizer de Campbell, uma forma de “positivismo prescritivo duro”.⁴⁷⁵

Em outros termos, ao propor uma leitura prescritiva da tese da separação entre o direito e a moral, Campbell admite que é conceitualmente possível a inclusão da moral na regra de reconhecimento de um sistema jurídico concreto; porém, no plano prescritivo,

⁴⁷³ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 690.

⁴⁷⁴ No dizer do próprio Campbell, “o positivismo ético não é imperialista em sua leitura do positivismo jurídico. As concretas teorias positivistas têm uma grande quantidade de objetivos diferentes. Não se sustenta que todos os positivismos tenham o mesmo sentido, ou que qualquer positivismo tenha apenas um único sentido. Os positivistas estão mais ou menos comprometidos individualmente com a análise, com a descrição e com a prescrição em diferentes combinações e com diferentes ênfases. O que se sustenta é que não podemos excluir a perspectiva prescritiva do conjunto de teorias positivistas, que este aspecto do positivismo é compatível com seus outros aspectos característicos e que este ramo da teoria positivista foi indevidamente negado e que pode ser útil enfatizá-lo como um mecanismo de compreensão e como uma via de acesso da potencial relevância da tradição positivista nos debates atuais no seio da filosofia constitucional e política” (CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004. p. 29-30). Por outro lado, Campbell parece sustentar que o positivismo jurídico errou ao compreender a distinção austiniana entre a existência e o mérito do direito como uma distinção imposta ao *teórico* do direito. Por causa desse equívoco original, o positivismo jurídico se desenvolveu (apenas) como uma teoria analítica e descritiva do direito. Mas a questão é, para Campbell, que os objetivos políticos (implícitos) da concepção positivista podem ser perfeitamente alcançados com uma doutrina que recomende aos *participantes* da prática jurídica – e não aos *teóricos* – a distinção entre a existência e o mérito do direito. Segundo Campbell, a distinção austiniana entre a existência e o mérito do direito foi compreendida como se implicasse que a teoria positivista “está em si mesma confinada ao estudo da existência do direito como oposta a seus méritos. Esta é uma assunção falaz. A teoria acerca de como deve ser o Direito pode, consistentemente com suas próprias premissas, recomendar um sistema jurídico em que se presta uma atenção escrupulosa à distinção entre ser e dever ser em relação a questões tais como a identificação e aplicação das normas jurídicas” (Ibid., p. 25). Nesse sentido, o positivismo ético franqueia ao teórico do direito a tomada de um ponto de vista de moralidade política, para em seguida recomendar que, em nome desse mesmo ponto de vista, o participante da prática jurídica não recorra a concepções de moralidade política para identificar e aplicar o direito.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 27. É possível que Dimoulis tenha afirmado que o positivismo jurídico ético ou prescritivo de Tom Campbell seja uma versão (radical) do positivismo jurídico inclusivo por causa de sua abordagem em nível conceitual (DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006). No mesmo sentido, Moreso afirmou que o positivismo ético, no plano conceitual, aceita a interpretação da tese da separação proposta pelo positivismo jurídico inclusivo, mas, no plano normativo, subscreve a interpretação da tese da separação feita pelo positivismo jurídico exclusivo (MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004).

sustenta que isso não deve ocorrer ou que ocorra a partir de um linguagem jurídica moralmente neutra.⁴⁷⁶

Em linhas gerais, portanto, o que o positivismo ético de Campbell faz é apresentar um *modelo de direito*, que, em sua concepção, é um “ingrediente de qualquer teoria política aceitável”.⁴⁷⁷ É que esse modelo de direito se justifica com base em argumentos de moralidade política e constitui uma ideia regulativa, cuja implementação, em grau cada vez maior, passa a ser uma incumbência dos participantes da prática jurídica.

Um dos argumentos centrais de justificação do positivismo ético guarda relação com a realização dos propósitos do Estado de Direito. A ideia de que os poderes precisam ser limitados por regras jurídicas aptas a resguardar a liberdade dos cidadãos aponta para uma determinada forma de direito, a saber, um direito constituído por regras de comando claras, precisas e administradas sem recurso a argumentação moral.⁴⁷⁸ Somente regras claras, precisas e livres de carga moral são capazes de impor, efetivamente, limites ao poder estatal e assegurar um espaço no qual as decisões individuais a respeito da própria vida estão a salvo da intervenção estatal.⁴⁷⁹

Daí a necessidade, extraída da premissa constitucional da separação dos poderes, de assegurar a separação entre as funções de criar e aplicar o direito. Trata-se de uma pré-condição para a realização dos propósitos do Estado de Direito, é dizer, apenas com a separação dessas funções de criação e aplicação das leis é possível limitar o poder do Estado e assegurar a liberdade individual.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ É dizer, a moral pode ser incorporada ao direito, desde que não se utiliza termos linguísticos moralmente carregados, isto é, uma “linguagem que requer que se faça um juízo moral antes de que a regra em questão possa proporcionar suficiente conteúdo para guiar nossa conduta concreta” (CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004. p. 27).

⁴⁷⁷ Ibid., p. 38.

⁴⁷⁸ O objetivo de Campbell é apresentar o positivismo jurídico como “uma teoria que recomenda que criemos e sustentemos sistemas jurídicos nos quais o Direito se identifique, se siga e se aplique sem recorrer a opiniões morais daqueles envolvidos neste processo” (Ibid., p. 24).

⁴⁷⁹ Segundo o autor, existe “uma exigência de que as regras que os governos devem obedecer precisam ser claras e precisas, pois de outra forma não impõem limitações reais aos governos” (Ibid., p. 37). Só assim é possível assegurar a liberdade dos cidadãos: “o poder do Estado sobre os cidadãos é tão grande e o perigo de uma conduta arbitrária para beneficiar os interesses dos membros de um governo e do aparato a ele associado é tão ameaçador, que só a exigência de regras de governo claras e precisas podem proporcionar certa proteção aos cidadãos e proporcionar uma esfera de garantia da liberdade individual” (Ibid., p. 37)

⁴⁸⁰ Ibid., p. 37. “Sem essa separação de funções legislativas e aplicativas [...] não há defesa efetiva contra a aplicação seletiva e inconsistente das leis para adaptar-se aos interesses daqueles que tanto fazem como aplicam as leis” (Ibid., p. 37). Regras jurídicas claras e precisas constituem um pré-condição da distinção prática entre criação e aplicação do direito, já que “as regras vagas e ambíguas efetivamente transferem autoridade política aos tribunais que desfrutam de liberdade para dar forma ao Direito por si mesmos de acordo com seus próprios valores e preferências” (Ibid., p. 37).

Desde logo se percebe que o positivismo ético não pretende dizer de antemão qual deve ser o *conteúdo* das regras jurídicas particulares de um determinado sistema jurídico. Como todo positivista, Campbell não descarta a possibilidade de que o conteúdo do direito positivo seja ruim ou mau. O que se defende é que existem razões políticas e morais para que o direito seja criado e aplicado de uma determinada *forma* e não de outra.⁴⁸¹ Logo, o tipo de justificação moral que o positivismo ético oferece para o direito refere-se à *forma* das regras em geral e não ao *conteúdo* desta ou daquela regra jurídica em particular de um determinado sistema jurídico.⁴⁸²

Considerando, portanto, separadamente, as funções de criar e aplicar o direito, é possível dizer que do ponto de vista de sua criação, o direito, segundo o positivismo ético, deve se expressar por intermédio de regras jurídicas claras e precisas, redigidas sem recurso a uma linguagem moralmente carregada, de forma a possibilitar que os seus destinatários compreendam o seu conteúdo sem a necessidade de formulação de juízos morais complexos. Disso decorre – e vale lembrar que Campbell escreve no âmbito da *common law* –, que a legislação é a fonte preferencial e primeira para a criação de direito novo.⁴⁸³

Já no tocante à aplicação do direito, o positivismo de Campbell afirma que os juízes devem observar a lei mesmo quando ela entra em choque com os seus juízos morais particulares. Campbell sustenta, de forma similar a Raz, que existem razões morais de segunda ordem para que os destinatários das regras jurídicas as observem mesmo quando tais regras entram em choque com os seus juízos morais de primeira ordem.⁴⁸⁴ Se cada destinatário pudesse, de fato, se afastar das regras jurídicas positivas, a partir de suas

⁴⁸¹ Partindo da distinção entre forma e conteúdo, afirma Campbell: “usando essa distinção, vou defender que é esclarecedor e frutífero considerar o positivismo jurídico como uma teoria normativa que trata de determinar o que o Direito deve ser, não a respeito de seu conteúdo, mas com relação à sua forma” (Ibid., p. 21).

⁴⁸² “As fundamentações são totalmente independentes de um juízo a respeito de quais regras particulares estão justificadas, ainda que façam referência ao tipo de atividade à qual se dirigem as regras e à natureza geral dos objetivos para cujo êxito podem ser usadas as regras” (Ibid., p. 36).

⁴⁸³ “Apesar de todas as dificuldades com que tropeça a interpretação de textos, estes oferecem ao menos a possibilidade de acordo em relação àquilo que o direito requer. Com este objeto, o positivismo ético se limita a centrar-se na capacidade do sistema jurídico para identificar o texto autoritativo do direito e a desenvolver um modo de interpretação do texto que justifique o significado dado ao mesmo no processo legislativo. Os tribunais, desde o ponto de vista positivista, devem mostrar respeito pelas palavras que foram debatidas e votadas de acordo com os procedimentos formais de legislação, sem ter que embarcar-se no ingrato processo de pretender descobrir as intenções ocultas e motivos legislativos que subjazem as eleições que o direito fez” (Ibid., p. 40-41).

⁴⁸⁴ Ibid., p. 32-33.

próprias convicções morais aplicáveis ao caso, as funções fundamentais de controle e coordenação do direito estarão seriamente comprometidas.⁴⁸⁵

O sentido do positivismo jurídico, assim compreendido, é recomendar que os sistemas jurídicos sejam desenvolvidos de tal forma que maximizem os benefícios sociais e políticos de se ter um sistema de regras de comando rapidamente identificável, de tal clareza, precisão e alcance que podem habitualmente entender-se e aplicar-se sem recorrer a juízos morais e políticos controvertidos.⁴⁸⁶

De um ponto de vista ético, o modelo de direito proposto por Campbell resulta do fato de que, nas sociedades pós-modernas, não se acham presentes as condições necessárias para um consenso generalizado sobre o que é moralmente correto.⁴⁸⁷ Em uma comunidade jurídica na qual exista alguma homogeneidade em torno daquilo que é moralmente correto, o fato de os aplicadores do direito recorrerem a padrões morais (homogeneamente aceitos) não representaria uma ameaça significativa às funções de controle e coordenação exercidas pelo direito.⁴⁸⁸ O problema é que, segundo Campbell, “essas condições não se encontram nas sociedades pluralistas contemporâneas”.⁴⁸⁹

Por fim, vale ressaltar que o positivismo ético é também moralmente exigente no sentido de que requer que os participantes da prática jurídica se comprometam com uma ética positivista. O êxito de um sistema positivista do direito depende de um certo nível de comprometimento dos participantes da prática. Se o direito se concretiza por meio de decisões jurisdicionais e se “ninguém pode ser forçado a adotar aqueles significados que estão clarissimamente dentro dos termos das convenções linguísticas de sua comunidade”,⁴⁹⁰ é forçoso concluir que “só os tribunais, comprometidos com ideais

⁴⁸⁵ Tom Campbell sugere que a justificação das regras se distingue com base em sua função de controle e de coordenação (Ibid., p. 35-36).

⁴⁸⁶ Ibid., p. 23-24.

⁴⁸⁷ Moreso assim delimitou a premissa ética fundamental do positivismo de Campbell: parte-se do pressuposto básico de que há muita controvérsia a respeito do que é moralmente correto e, por essa razão, o império das leis sobre o comportamento humano deve ser exercido através de regras claras, precisas e facilmente identificáveis. Como a introdução de juízos morais na determinação das regras jurídicas pode solapar esses atributos necessários à regulação jurídica da vida social, o positivismo ético sustenta que o direito deve ser identificado sem recurso à moralidade (MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004).

⁴⁸⁸ Assim, segundo o autor, “não há objeção, em princípio, para que um regra de reconhecimento faça referência à moral social, desde que exista um conjunto homogêneo de costumes morais na sociedade em questão, e o conteúdo dessa moral possa ser estabelecido de modo empírico e incontroverso” (CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: UCL Press, 2004. p. 27-28).

⁴⁸⁹ Ibid., p. 28.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 39.

positivistas, e municiados com regras que possuem níveis satisfatórios de clareza, precisão e compreensibilidade, podem lograr um sistema positivista de Direito”.⁴⁹¹

3.4.3.2 O positivismo normativo de Jeremy Waldron

A produção acadêmica de Jeremy Waldron pode ser vista como um projeto de reaproximação entre teoria jurídica e teoria política. Foi em defesa dessa conexão que ele rejeitou expressamente a possibilidade – ou a utilidade – de uma abordagem de tipo analítico-conceitual, apresentando as linhas gerais da sua versão normativa do positivismo jurídico.⁴⁹²

As reflexões filosóficas de Waldron começam pelo reconhecimento da existência de uma série infinita de desacordos sobre diversas questões políticas e morais com as quais lidamos diuturnamente nas sociedades contemporâneas.

Nós somos muitos e discordamos sobre a justiça. Isto é, nós não só divergimos sobre a existência de Deus e o sentido da vida; divergimos também sobre quais são os termos justos de cooperação entre pessoas que discordam sobre a existência de Deus e o sentido da vida. Nós discordamos sobre o que devemos um ao outro em termos de tolerância, indulgência, respeito, cooperação e ajuda mútua. Os liberais discordam dos conservadores; os socialistas discordam dos economistas de mercado; os defensores da liberdade discordam dos defensores da comunidade e ambos discordam dos defensores da igualdade; as feministas discordam daqueles que querem um governo comprometido com os “valores

⁴⁹¹ Ibid., p. 39.

⁴⁹² Nesse sentido, CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, p. 2424-2448, 2015. Waldron sustenta expressamente que “there is an obvious connection between political philosophy and the philosophy of law. The latter is not the whole of the former, for law is not all there is to politics. But there is a very significant overlap; the philosophy of law may be regarded as a large sub-field of political philosophy” (WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 4). Considerando que o positivismo analítico ou descritivo sabidamente rejeita a busca pelos fundamentos de legitimidade do direito em teorias políticas, é possível afirmar que o desenvolvimento do positivismo normativo foi um passo necessário para o projeto de Waldron de aproximar a teoria do direito de concepções político-democráticas. Bandeira observa que, apesar de estar situado na tradição analítica, Waldron não corroborou o método descritivo: “ao contrário de alguns de seus colegas, Waldron é um autor que assume uma recusa explícita à chamada análise conceitual e descritiva – muito comum àqueles filósofos do direito que também se dizem herdeiros da filosofia analítica” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 212). É relevante ainda fazer referência ao estudo de Gilberto Morbach, que analisando o desenvolvimento do pensamento de Waldron ao longo do tempo, concluiu que o autor se afastou, em seus últimos escritos, do positivismo jurídico. Segundo Morbach, Waldron ficaria melhor situado como uma terceira via entre Dworkin e os positivistas (MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo**: a terceira via de Waldron. Salvador: JusPodivm, 2020). Essa questão, contudo, não será determinante para os nossos propósitos. Para os fins deste trabalho, importam apenas as ideias desenvolvidas pelo autor sobre uma concepção normativa do positivismo jurídico, especialmente em WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 411-433.

familiares”; os defensores do Estado de bem estar social discordam dos opositores da tributação; e os pragmatistas e utilitaristas discordam daqueles que pensam que a função do direito é avançar pretensões de ordem, retribuição e mérito.⁴⁹³

Seu ponto de partida é, portanto, uma teoria política conflitiva.⁴⁹⁴ Diversamente dos teóricos da justiça que clamam por algum tipo de convergência em meio a um amontoado de desacordos político-morais,⁴⁹⁵ a proposta de Waldron passa pelo respeito à existência e a inevitabilidade de desacordos razoáveis sobre questões de justiça. Mais do que isso: como se pode extrair do texto transcrito acima, não só discordamos sobre as questões morais de fundo, como também sobre os meios adequados para a determinação da verdade moral, isto é, não existe nem um acordo moral abrangente nem métodos amplamente compartilhados para indicar a prevalência de uma determinada concepção moral sobre outra.⁴⁹⁶

A existência de desacordos, entretanto, não podem paralisar a vida comum. É justamente por haver desacordos político-morais que se torna necessária a existência de padrões normativos comuns (baseados em fontes sociais), capazes de orientar e limitar a ação conjunta dos diversos agentes que discordam no âmbito moral. Aqui reside o

⁴⁹³ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 1.

⁴⁹⁴ É o entendimento de Gargarella e Martí, para os quais Waldron faz uma releitura dos fundamentos do liberalismo político com base em uma teoria política conflitiva (baseada em desacordos e não em consenso). Segundo Waldron, essa abordagem já estava na base da formulação histórica do pensamento liberal (GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005. p. XVI-XVII).

⁴⁹⁵ Basta pensar importância da noção de *consenso sobreposto* para a teoria da justiça de Rawls (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997).

⁴⁹⁶ Waldron se apressa para esclarecer que a sua teoria não importa um compromisso com o relativismo moral. O que ele sustenta é que a questão da objetividade moral é irrelevante para a teoria jurídica, uma vez não havendo um meio compartilhado de reconhecimento do valor moral objetivo, permanecem os desacordos e, conseqüentemente, a necessidade de uma teoria jurídica democrática. Em outros termos, a existência de uma verdade moral será irrelevante se, ao fim e ao cabo, as pessoas continuarem a divergir quanto ao tema e se dividirem entre aqueles que a aceitam e aqueles que a rejeitam. Como esclarece Consani: “a questão epistemológica por trás dessa discussão a respeito da existência ou inexistência de objetividade moral ou de uma verdade é que, na concepção de Waldron, esse é um ponto irrelevante. Ainda que se admita a existência de objetividade moral, assim como a possibilidade de um legislador ou de um juiz identificá-la, isso pouco contribuiria para a resolução dos desacordos, haja vista que dificilmente as partes envolvidas admitiriam que o ponto de vista do legislador ou do juiz a respeito de uma determinada concepção de justiça ou de moralidade é mais adequado do que o seu (CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, 2015. p. 2435-2436). E segue a autora: “por essa razão, o direito não deve estar associado apenas à tentativa de alcançar essa verdade moral, mas deve preocupar-se principalmente em assegurar o respeito às diversas concepções morais que coexistem na sociedade e, principalmente, precisa buscar a realização dessa tarefa eliminando a arbitrariedade” (Ibid., p. 2436).

fundamento do direito (sua razão de existir): o direito é o meio que possibilita a ação conjunta mesmo em face de desacordos.

Ao dizer isso já estamos atribuindo uma espécie de *dignidade* ao direito, porque o que se está a afirmar, em última análise, é que o direito desempenha uma função politicamente relevante em nossas vidas.⁴⁹⁷

Entretanto, embora essa aptidão do direito para coordenar as ações em meio a um ambiente divergente seja fundamental, segundo Waldron isso ainda não é suficiente para fundamentar a autoridade do direito. No extremo, um regime totalitário também seria capaz de coordenar a ação conjunta. A autoridade (moral) do direito situa-se, pois, não só em sua capacidade de fornecer uma pauta comum em um universo de divergências, mas, sobretudo, no modo como essa pauta comum é elaborada. O fundamento da autoridade do direito impõe um passo a mais rumo à conexão entre direito e democracia.

Waldron justifica a autoridade do direito com base na existência de um processo legislativo democrático, isto é, a dignidade das leis remonta ao processo democrático de sua elaboração. O ambiente parlamentar é representativo da diversidade das agendas morais e políticas existentes em determinada sociedade. O processo legislativo deve permitir que as diversas vozes dissonantes sejam ouvidas, consideradas e respeitadas, de modo que, ao final – diante da inexistência de consenso –, a vontade da maioria possa transformar-se em uma decisão normativa a todos aplicável.⁴⁹⁸ Como bem explica Consani:

Exatamente em razão de conferir grande credibilidade à dignidade da legislação, por considerar que a legislação é fruto do trabalho de um Parlamento representativo e cujos procedimentos de deliberação e de votação podem apresentar a melhor resposta para o desacordo político, é que Waldron busca entrelaçar a teoria da democracia e a teoria do direito. A autoridade do direito está atrelada exatamente à adequação dos procedimentos políticos para lidar com os desacordos morais, políticos e sobre justiça. A validade do direito, portanto, não pode vincular-se a um conteúdo (moral, político ou de justiça) em razão do próprio desacordo a respeito desses conteúdos. A interpretação do direito, por sua vez, deve restringir-se à textualidade da lei aprovada. Isso porque, na concepção de Waldron, o fórum mais adequado para a resolução dos desacordos é o político e não o jurídico. E essa é a premissa que liga sua teoria da democracia à sua teoria do direito e à perspectiva do positivismo jurídico normativo.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Ibid., p. 2432.

⁴⁹⁸ Segundo Consani, “a autoridade do direito, assim, reside em sua origem de acordo com procedimentos capazes de incorporar e respeitar os desacordos. A validade do direito está atrelada à observância de tais procedimentos e, como visto, não pode se respaldar em uma concepção de justiça e/ou moralidade exatamente porque, segundo Waldron, essas são concepções que estão imersas nas circunstâncias da política e são objeto de desacordos” (Ibid., p. 2437).

⁴⁹⁹ Ibid., p. 2438.

E, como a autora citada bem esclarece, é a justificação político-democrática da autoridade do direito que irá conduzi-lo a endossar uma versão normativa do positivismo jurídico.⁵⁰⁰ Nas palavras do autor, o positivismo normativo sustenta

a tese de que o direito *deve ser* tal que as decisões jurídicas possam ser tomadas sem a realização de juízos morais. Ou, se não quisermos afirmar isso na linguagem da obrigação: é a tese de que seria *uma coisa boa* para o direito ser aquilo que os positivistas descritivos acreditam que ele é. O positivismo normativo é, em si mesmo, uma pretensão moral: de fato, é uma pretensão moral sobre a formulação de pretensões morais nessa área específica da vida social que chamamos *direito*. Ele identifica a contaminação das decisões jurídicas por juízos morais como uma desvantagem moral; ele diz que, com isso, perdemos algo valioso. É de longe a forma mais interessante de positivismo jurídico (e, de fato, é difícil imaginar como uma definição positivista do conceito de direito poderia ser sustentada sem eventualmente apelar a alguma tese normativa desse gênero).⁵⁰¹

Em linhas gerais, portanto, pode-se afirmar que o positivismo normativo de Waldron aceita, no plano do *ser*, a premissa do positivismo jurídico inclusivo, segundo a qual é possível que a moral seja incorporada em um sistema jurídico concreto como um dos critérios de determinação de juridicidade dos padrões normativos, mas sustenta, no plano do *dever ser*, que isso não deve ocorrer, por significar um déficit de juridicidade. Em uma palavra: o positivismo normativo admite o *inclusivismo*, mas prescreve o *exclusivismo*.⁵⁰²

Em termos metodológicos, Waldron irá se aproximar de Dworkin na crítica ao projeto de elaboração de uma teoria essencialmente descritiva ou conceitual do direito. Em sua visão, um projeto moral e politicamente desengajado de formação de um conceito de direito não faz sentido.

Conceitos normativos – como o conceito de “direito” – não podem ser compreendidos de forma desengajada ou moralmente neutra, justamente porque são

⁵⁰⁰ Segundo Consani a teoria do direito de Waldron foi “delineada no intuito de vincular valores democráticos à teoria do direito, enfrentando questões complexas como a justificação da autoridade do direito em sociedades nas quais se torna cada vez mais difícil falar em verdade ou objetividade moral. (Ibid., p. 2438).

⁵⁰¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 167.

⁵⁰² Segundo Waldron, “o positivismo normativo admite o que Coleman chama de positivismo negativo, mas prescreve algo como o positivismo exclusivo” (WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *the concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 414). Na análise que faz do texto de Hart acerca da passagem de uma sociedade pré-jurídica para uma sociedade regulada pelo direito (união de regras primárias e secundárias) e a ponderação de vantagens e custos dessa transição, Waldron irá sustentar que “o direito não pode fornecer quaisquer benefícios em uma ponderação contra os custos que acompanham o seu surgimento a menos que ele seja configurado de um modo positivista” (Ibid., p. 430-431).

conceitos que possuem um significado relevante para a nossa existência – o conceito de direito expressa um determinado modo de viver em sociedade. Logo, o interesse por esse tipo de conceito não pode ser uma mera curiosidade acadêmica.⁵⁰³

O positivismo normativo está interessado, então, no *direito* como um conceito cujo desenvolvimento na análise teórica está conectado com os valores que estão envolvidos quando os cidadãos o empregam; não estamos simplesmente interessados no conceito de direito por causa de suas conexões com os valores técnicos ou “intrateóricos” da teoria jurídica.⁵⁰⁴

Isso significa que o conceito de direito só pode ser adequadamente apreendido se tivermos uma profunda consideração pelo modo como os participantes da prática jurídica o compreendem. Com relação a isso, portanto, a mera observação externa do teórico do direito não será de muita ajuda.⁵⁰⁵

É com base nessa premissa metodológica que Waldron irá sustentar que o conceito de direito não pode ser dissociado da noção de eminentemente normativa de “estado de direito”,⁵⁰⁶ uma vez que a compreensão daquilo que o direito é envolve, do

⁵⁰³ Diante de conceitos desse tipo, pontua Bandeira, “não podemos dizer simplesmente que estamos em busca de uma verdade conceitual desengajada e desencarnada sobre o direito” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 213). Nas palavras de Waldron, “o conceito mesmo de direito é normativo, um conceito que não se pode usar ou compreender fora da participação em uma forma de vida que ordena as práticas políticas de variadas formas – por exemplo, atribuindo sentido à distinção entre o governo mediante o direito e outras formas de governo” (WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *the concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 426).

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 427.

⁵⁰⁵ Ao analisar a premissa hartiana de que a análise do conceito de direito deve iniciar pela compreensão que um homem comum e educado tem sobre o significado da palavra “direito”, Waldron observa o seguinte: “um homem comum pode ser ‘educado’ sobre o direito de dois modos: ele pode ser educado como um espectador ou como um cidadão. Compare isso com o conhecimento que o homem comum educado tem de algo como a Igreja Católica. A maioria das pessoas conhece a Igreja Católica e tem uma ideia de como reconhecer seus edifícios, seus funcionários e inclusive sua doutrina. Alguém careceria de educação se ignorasse isso. Porém tal conhecimento comum por parte de uma pessoa que não teve contato interno com a Igreja (que nunca tenha sido católico ou tivesse estreita relação com alguém que o fosse) seria questionável como ponto de partida para uma explicação confiável daquilo que a Igreja é. Para começar a construir uma boa explicação e captar o sentido de coisas como a paróquia, o culto, o sacramento de maneira mais profunda e participativa do que, por exemplo, a seguinte: ‘Bem, eles têm esses padres e o Papa e acreditam que há esse Deus que os ameaça com todo tipo de coisas se eles não usam contraceptivos etc.’” (*Ibid.*, p. 423-424). Segundo o autor, “algo similar pode ser verdadeiro em relação ao direito” (*Ibid.*, p. 424).

⁵⁰⁶ Como explica Bandeira, “para Waldron, uma investigação sobre o conceito do direito não pode ser separada do Estado de Direito. Isso faz com que descrever uma prática como sendo uma prática jurídica já é dignificá-la com algum valor político” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 219).

ponto de vista dos participantes da prática jurídica, a atribuição de um sentido a respeito do que significa, para nós, sermos governados por regras jurídicas.

Assim, por trás da pergunta (positivista) pelo significado do direito (o que é o direito?) e por trás da busca por um teste definitivo para distinguir os padrões jurídicos daqueles não jurídicos oculta-se já uma alguma compreensão sobre a relevância (política) do direito. Em uma palavra, a distinção entre direito e não-direito só é importante porque vivemos sob um regime político que atribui uma função relevante ao direito em nossas vidas enquanto cidadãos.⁵⁰⁷ Daí o autor conclui que a questão “o que é o direito?” é uma pergunta essencialmente normativa, já que procura desvelar aquilo que pode ser *dignificado* com o nome de “direito”.⁵⁰⁸

os cidadãos usam o conceito de *direito* não só para captar obrigações particulares que eles podem ter ou as regras dos procedimentos judiciais específicos nos quais eles poderiam estar envolvidos. Eles o usam também para captar a “desejabilidade” de ser governado de determinadas formas (por exemplo, pelo direito) ao invés de outras (por exemplo, por decretos ou discricionariedade executiva). E eles traçam essas distinções não só como cientistas políticos (interessados em uma taxonomia fecunda), mas como cidadãos e políticos praticamente interessados nas implicações que as diferentes formas de governo têm sobre suas vidas.⁵⁰⁹

Waldron adverte ainda que a questão sobre o sentido que o direito possui em nossas vidas não está abarcada pela noção hartiana do *ponto de vista interno*. Já se viu que Hart utilizou esse conceito como um expediente metodológico para esclarecer que o

⁵⁰⁷ Segundo Waldron, é amplamente aceito que “nem todos os aspectos da governança em um estado moderno são regidos por meio do direito. Alguns aspectos envolve a governança jurídica; outros, envolve governança não-jurídica (por exemplo, mediante ordens direitos ou decretos executivos). As teorias do “estado de direito” atribuem uma enorme importância a essa distinção (WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 420).

⁵⁰⁸ Como salienta o autor, “a menos que nossa teoria do direito seja uma completa bagunça, nós deveríamos esperar que aquilo que nós dizemos sobre o que o direito é (sobre o conteúdo do direito) tenha algum tipo de conexão com a *explicação da importância distintiva do direito como um modo ou aspecto de governança*” (Ibid., p. 420). E a questão de saber qual é a extensão dessa conexão não pode ser uma questão inteiramente não-normativa (Ibid., p. 420). Ao tratar da distinção do positivismo normativo em relação ao jusnaturalismo, Consani leciona que “a distinção é sutil, mas quando o positivismo jurídico normativo assume a interferência da moral no direito ele não está se referindo ao conteúdo de normas particulares, como faziam os jusnaturalistas, mas ao próprio sistema jurídico e ao modo como esse deve estar organizado de modo a atender aos clamores de uma sociedade livre e democrática. Nesse sentido, o positivismo normativo não se limita a ser uma teoria cuja preocupação repousa apenas sobre aspectos técnicos da teoria do direito, mas sua atenção volta-se também para a importância moral, social e política da distinção entre formas de governo que serão reguladas pelo direito. Trata-se exatamente de reconhecer não apenas que é melhor viver sob a égide do direito do que viver sem sua mediação, mas que o próprio direito é uma instituição desejável” (CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, 2015. p. 2442).

⁵⁰⁹ WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 427.

teórico do direito não pode se limitar à perspectiva de um observador externo que se limita a registrar regularidades comportamentais. Antes, o teórico do direito deve se capaz de compreender o que significa para as pessoas orientar o seu próprio comportamento com base em regras.

Waldron, contudo, está preocupado com um tipo mais amplo de compreensão por parte dos participantes da prática jurídica: não com o que significa para eles seguir esta ou aquela regra jurídica, mas sobre a importância que o direito desempenha em suas vidas. O que está em jogo não é a introjeção individualizada de normas jurídicas, mas a compreensão do que significa ser regulado por essa instituição social denominada “direito”.⁵¹⁰

O conceito de direito, portanto, só faz sentido à luz dos relevantes propósitos morais e políticos que ele desempenha. São esses propósitos que levam o autor a uma versão normativa da tese da separação, segundo a qual que “os valores associados ao direito, à legalidade e ao Estado de Direito [...] podem ser melhor alcançados se a operação ordinária de tal sistema [jurídico] não requer do povo o exercício de julgamento moral a fim de descobrir o que o direito é”.⁵¹¹ Por essa razão, continua o autor, a “distinção entre direito e moral, ou a distinção entre o juízo jurídico e o juízo moral, é algo bom, talvez mesmo indispensável (de um ponto de vista político, social e moral), e seguramente algo que precisa ser estimado e encorajado”.⁵¹²

A tese da separação em Waldron é normativa no sentido de que a preocupação determinante do autor não é com questões conceituais, mas com as consequências

⁵¹⁰ “Mas neste artigo estamos preocupados com a relevância que tem para a filosofia do direito uma proposição mais geral, a saber: dado que *direito* e *sistema jurídico* são conceitos normativos, uma pessoa que busque uma compreensão jusfilosófica precisa ter certa compreensão do que está em jogo quando se distingue entre regras jurídicas e outras classes de regras, ou entre o direito e alguma outras atividade “normatizada” (como o *cricket* ou a administração corporativa)”. (Ibid., p. 424-425). “Voltando ao nosso exemplo do catolicismo, a analogia seria a lacuna entre a compreensão que alguém possui do que significa seguir um mandamento (e consequentemente – e apenas consequentemente – o que significa seguir um mandamento divino) e a compreensão mais profunda que alguém tem a nível teológico do papel desempenhado pelos mandamentos no trato de Deus com a humanidade. Assumo que é isso que Postema quer dizer quando sustenta que uma teoria jusfilosófica adequada não pode ‘se divorciar da consideração do fim, do propósito ou da função das instituições do direito’” (Ibid., p. 425).

⁵¹¹ Ibid., p. 421. Segundo Bandeira, os positivistas normativos afirmam que “os valores associados ao direito (princípios da legalidade para uns ou Estado de Direito para outros) só podem ser atingidos em sua plenitude se a operação ordinária deste sistema não exigir que as pessoas exerçam um julgamento moral para encontrar o que o direito é, pois recorre a um processo de adjudicação cuja autoridade deriva de alguma fonte humana e sociologicamente determinada (tese das fontes)” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 214).

⁵¹² WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 411.

políticas e morais acarretadas pela confusão entre direito e moral na prática jurídica. Trata-se, assim, de recuperar a tradição positivista iniciada com Hobbes e Bentham:

Em suas respectivas versões da tese da separação, Hobbes e Bentham não demonstraram um interesse particular na análise das diferenças puramente conceituais entre o direito e a moral. Antes, estavam eles interessados nas condições necessárias para a coordenação, a resolução de conflitos, e para a estabilização geral das expectativas das pessoas que lidam umas com as outras. Esses são interesses normativos que informaram e estruturaram o seu relato positivista da natureza e função do direito.⁵¹³

Admitir que o conteúdo do direito seja determinado com base em critérios morais – especialmente quando se reconhece a existência de um largo espectro de desacordos sobre questões morais no seio social – significa fragilizar ou mesmo frustrar as funções que o direito deve desempenhar em um estado democrático de direito.⁵¹⁴ Por isso, a formação de um juízo jurídico destinado a dizer o que um sistema jurídico determina em relação a uma questão fática específica não pode depender, em absoluto, da formulação de um juízo moral. Se isso ocorrer, tanto autoridade democrática do direito, quanto a sua capacidade de nortear a ação conjunta estarão ameaçadas.

Por fim, resta mencionar uma crítica que é comumente colocada ao positivismo normativo: como conciliar os propósitos políticos atribuídos ao sistema com uma perspectiva positivista do direito? O positivismo normativo, ao trazer para dentro da teoria positivista considerações de ordem moral, não estaria dando início à implosão de todo edifício teórico do positivismo jurídico?

O segredo aqui – responderá Waldron – é perceber que a questão do conceito de direito pode ser colocada em dois níveis distintos: (i) um nível mais geral, no qual se pensa

⁵¹³ Ibid., p. 413. Na lição de Bandeira, “não é difícil dizer, na visão de Waldron, que o positivismo descritivo é falso e que deveríamos defender uma tese normativa da separabilidade, normativa no sentido de ser algo encorajado para que o direito atinja as finalidades a que se propõe. Esta constatação não deveria nos espantar, já que a honrosa tradição do positivismo clássico, como Thomas Hobbes e Jeremy Bentham, é composta justamente por autores que nos alertaram para os perigos desta contaminação em bases abertamente normativas, como um caminho para paz, para aquele ou por critérios utilitaristas, para este” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 216).

⁵¹⁴ Segundo Consani, “no que diz respeito à metodologia, o positivismo normativo defende uma concepção normativa ou prescritiva do direito, abandonando a pretensão meramente descritiva do direito enquanto tal. Nesse sentido, trata-se de uma concepção moral e também política a respeito do que o direito deve ser, a qual estipula justamente que considerações morais não devem ser admitidas na determinação do direito, uma vez que fazer o direito depender de critérios e argumentos morais implicaria atentar contra a dignidade e a autoridade da legislação aprovada num contexto de desacordos morais e políticos” (CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, 2015. p. 2442).

o direito enquanto instituição social; e (ii) um nível mais específico, no qual se pretende determinar o que o direito de uma determinada jurisdição estabelece em relação a uma questão qualquer.⁵¹⁵ É perfeitamente possível admitir uma vinculação entre o direito e a moral no primeiro nível, e rejeitá-la no segundo.⁵¹⁶

um relato normativo (moral) no nível geral não é incompatível com a tese da separação no nível específico de uma resposta a questões jurídicas específicas, isto é, nada impede um relato geral (normativo) de porque é importante ser capaz de identificar o que o direito é sem o exercício de julgamentos morais.⁵¹⁷

Em síntese, pode-se dizer que o positivismo normativo de Waldron sustenta que existem fortes argumentos de ordem político-moral (argumentos funcionais) no sentido de que, para a consecução dos seus elevados propósitos, o direito deve ser aplicado sem a intromissão de considerações morais, isto é, os juízos jurídicos concretos não podem depender de juízos morais.

⁵¹⁵ Quando se procura determinar o que o direito é, pode-se “distinguir dois níveis de consideração: pode significar a abordagem por atacado sobre o que direito é – enquanto instituição –; ou pode significar a abordagem no varejo sobre qual é o direito em alguma questão determinada diante de uma determinada jurisdição” (WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *the concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 415).

⁵¹⁶ Diz o autor: “mesmo se uma abordagem geral do direito (no atacado) for moralmente orientada, não há uma infiltração necessária da moral na abordagem específica (no varejo). Assim, se uma abordagem específica do direito (varejo) puder ser separada da abordagem moral dada no nível geral (atacado), o positivismo normativo não é autodestrutivo” (Ibid., p. 415). Como explica Bandeira, “podemos dizer que o direito é, em geral, um modo de governo associado a finalidades políticas e morais, mas não deixar raciocínios morais contaminarem nosso teste que identifica o direito vigente em determinada jurisdição” (BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emilio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 214). Em outros termos, “Waldron afirma que raciocínios morais não devem ter papel algum na resposta a questões jurídicas, ainda que se possa admitir, em um nível teórico ou filosófico, que tal raciocínio moral seja possível” (Ibid., p. 216).

⁵¹⁷ WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart’s postscript: essays on the postscript to *the concept of law***. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 415.

4 A RELAÇÃO ENTRE PROPÓSITO POLÍTICO E MÉTODO JUSPOSITIVISTA NO GARANTISMO: POR UMA SUPERAÇÃO DA TENSÃO

Na primeira parte deste trabalho, analisamos os fundamentos teóricos do garantismo penal, dividindo-os, nos termos dos objetivos aqui propostos, em uma parte normativa (núcleo normativo do garantismo) e uma parte metodológica (calcada nas premissas do positivismo jurídico). Na ocasião, destacamos a existência de uma tensão entre esses dois núcleos do pensamento ferrajoliano, expondo a solução proposta pelo autor para a sua superação.

Na segunda parte, fizemos um rápido sobrevoo pelas principais teses e vertentes do positivismo jurídico contemporâneo (o novo positivismo jurídico). A ideia era mostrar que, após a obra fundamental de Hart – especialmente no contexto do debate Hart-Dworkin –, o positivismo jurídico se diversificou, de modo que não é mais possível nos dias de hoje falar em positivismo jurídico sem uma adjetivação especificadora.

O caminho trilhado nos habilita a formular agora uma proposta de conciliação entre a tese da separação e a base normativa existente no interior do garantismo penal. Essa proposta passa por um refinamento do método garantista: é preciso perquirir qual tipo de positivismo jurídico sustenta metodologicamente o garantismo penal, isto é, trata-se de determinar qual a versão do positivismo contemporâneo se ajusta melhor a uma concepção garantista de Direito Penal.

Essa tarefa não é simples, pois, como já se disse, Ferrajoli não dialoga diretamente com os principais expoentes do positivismo jurídico pós-hartiano. Diante dessa constatação, uma abordagem possível seria vasculhar toda a produção bibliográfica do autor em busca de indícios de um possível engajamento com uma ou outra versão do novo positivismo jurídico.

Mas não é propriamente essa abordagem que será utilizada aqui. Em um primeiro momento, parece importante isolar alguns tópicos do pensamento de Ferrajoli para verificar sua maior ou menor aproximação em relação a esta ou aquela versão do positivismo. Porém, mais importante do que isso parece ser encontrar uma base metodológica adequada aos propósitos que o Direito Penal desempenha no marco de uma concepção garantista de direito.

Com isso quero dizer que este trabalho não se limitará a uma mera interpretação/reprodução do pensamento de Ferrajoli, nem a uma simples especulação de qual vertente do positivismo jurídico o autor teria sufragado ao sistematizar sua teoria

garantista do direito. A ideia é, antes, desvelar qual versão do positivismo jurídico pós-hartiano é mais apropriada para a realização dos propósitos garantistas do Direito Penal.

4.1. Por que o positivismo jurídico?

A essa altura alguém poderia se perguntar: mas se a questão determinante é encontrar uma teoria jurídica metodologicamente adequada à realização dos propósitos fundamentais do Direito Penal nos termos de uma concepção garantista de direito, essa teoria não poderia ser uma teoria não-positivista do direito? Devemos insistir em uma teoria positivista apenas porque o sistematizador do garantismo penal contemporâneo a elegeu? Não poderia ele ter se equivocado ao imaginar que o positivismo jurídico constitui a base metodológica mais adequada para uma teoria garantista do Direito Penal?

É claro que o pensamento de Ferrajoli sobre o tema não pode ser simplesmente descartado. O autor é responsável por revisar, atualizar e sistematizar a tradição garantista iniciada com o pensamento penal ilustrado. Logo, a rejeição pura e simples de um aspecto tão fulcral de sua elaboração teórica traria inevitavelmente o risco de não se estar mais falando da mesma coisa, ou seja, de se estar utilizando o termo “garantismo” com uma outra referência.

Mas isso não pode ser suficiente para deter o pensamento crítico. Poderíamos sustentar que não se trata apenas de interpretar o garantismo ferrajoliano, mas de adaptá-lo às novas discussões da teoria do direito. Isso abriria o caminho para uma “releitura” do garantismo penal à luz de uma teoria não-positivista do direito, e essa releitura poderia ser apresentada como uma nova versão do garantismo penal contemporâneo, diversa da versão originariamente proposta por Ferrajoli.

Não é esse o caso, no entanto. O argumento que se pretende desenvolver neste trabalho é que a escolha metodológica de Ferrajoli pelo positivismo jurídico não é gratuita. Existem relevantes razões para sustentar que o positivismo é a concepção de direito mais adequada aos anseios garantistas do Direito Penal. Tais razões guardam relação com o conteúdo normativo da garantia penal da legalidade, que, entre outras coisas, exige um determinado tipo de vinculação entre os juízes e a lei.

Como se verá oportunamente, a garantia penal da legalidade desempenha a tarefa fundamental de conter o arbítrio judicial em tema de criminalização: a lei funciona, no âmbito penal, como garantia política do direito de liberdade. É a barreira onde devem cessar os impulsos voluntaristas do aplicador do Direito Penal. Logo, somente a

submissão, no maior grau possível, dos juízes à lei se ajusta ao propósito garantista de contenção do poder punitivo e de tutela da liberdade.

É, portanto, na submissão à lei que se encontra, segundo o garantismo, o fundamento de legitimidade da atuação jurisdicional. As decisões jurisdicionais não encontram legitimidade por reverberar aquilo que os juízes entendem ser os legítimos anseios sociais nem por se adequar ao sentimento geral de justiça ou a quaisquer outros argumentos de moralidade política, e menos ainda por tentar representar o modo como determinada comunidade política se autocompreende moral e politicamente.

A legitimidade da atuação dos juízes penais tem como base o respeito à lei democraticamente elaborada pelo Parlamento – este sim responsável por captar e transformar em material jurídico autoritativo a autocompreensão moral e política da comunidade.

Em geral, as teorias do direito contemporâneas não refutam essa noção elementar de que os juízes devem, em geral, tomar as suas decisões com base na lei (ou no precedente). Em muitos países, inclusive, a garantia da legalidade está positivada como norma constitucional. O problema é que o respeito à lei constitui uma *questão escalar*: sendo a lei um dispositivo linguístico, a textualidade legal pode ser mais ou menos observada no confronto com fatores externos à linguagem (fatores pragmáticos). Além disso, a própria compreensão da linguagem depende de inúmeros fatores de ordem hermenêutica.

Na sequência, vai-se discorrer, brevemente, sobre a possibilidade de uma avaliação funcional das concepções jurídicas, para, logo depois, explicar em que sentido o positivismo jurídico constitui uma concepção de direito mais vocacionada à realização dos propósitos garantistas da legalidade penal.

4.1.1 Avaliação funcional das teorias do direito

A questão é a seguinte: o modo como os filósofos e teóricos do direito compreendem o fenômeno e o raciocínio jurídicos exerce alguma influência sobre o modo como os juízes aplicam o direito nos casos concretos?

A hermenêutica filosófica pode contribuir para uma resposta positiva a essa questão: as concepções jurídicas elaboradas pelos teóricos do direito constituem um dos elementos que formam as pré-compreensões (jurídicas) dos aplicadores do direito. Elas, portanto, fazem parte do modo como os juízes compreendem a juridicidade e o raciocínio

jurídico, e essa compreensão, por sua vez, afeta a aplicação daquilo que se compreende por “direito”.

As concepções jurídicas costumam fazer diferentes aportes teóricos sobre o lugar que a legislação ocupa no interior da argumentação jurídica e sobre qual é (deve ser) a sua relação com outros padrões normativos. As teorias do direito, portanto, avançam, direta ou indiretamente, considerações sobre a postura ou o nível de deferência que os juízes devem devotar à lei.

É possível, então, pensar que o positivismo jurídico tem a seu favor um argumento funcional, que surge como resposta à seguinte questão: qual concepção de direito é mais vocacionada à formação de pré-compreensões jurídicas aptas a promover o postulado da submissão dos juízes à lei?

Com base nessa questão, torna-se possível avaliar as teorias do direito de acordo com o seu grau de aptidão para auxiliar na promoção desse propósito (submissão dos juízes à lei). Em outros termos, é possível avaliar as concepções acerca da juridicidade e do papel da lei no raciocínio judicial com base em sua maior ou menor capacidade de implementar o projeto ou propósito político de limitar as decisões judiciais pela linguagem legal.

Certamente o nível de respeito que se espera que os juízes concedam à lei pode variar bastante conforme a pré-compreensão de direito e raciocínio jurídico que se assuma. Basta pensar no déficit que a concepção tópica do direito de Vieweg possui a esse respeito.

Muito resumidamente, Vieweg concebeu o raciocínio jurídico a partir da *técnica do pensamento problemático*, como uma busca incessante e aberta por premissas a partir de problemas. Trata-se, assim, de uma contraposição ao método axiomático-dedutivo (cartesiano), que pensa o raciocínio jurídico como um procedimento dedutivo, isto é, como um modo de pensar que parte de um sistema fechado de axiomas que, em tese, seria capaz de pré-selecionar os futuros casos-problema.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Como explica Atienza: “a noção de problema se contrapõe em Vieweg à de sistema, o que o leva a distinguir – seguindo Hartmann – entre modo de *pensar sistemático* e modo de *pensar aporético*. A distinção não é bastante clara e parece residir numa questão de ênfase; isto é, todo pensamento – toda disciplina – surge a partir de problemas e dá lugar a algum tipo de sistema, mas a ênfase pode recair em um ou outro elemento. Se a ênfase é posta no sistema, então este realiza uma seleção dos problemas e, assim, os que não recaem sob ele são afastados e ficam simplesmente sem ser resolvidos. Se, pelo contrário, a ênfase é posta no problema, então se trata de buscar um sistema que ajude a encontrar a solução; o problema leva assim a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade de sistemas; aqui se trataria, portanto, de algo assim como um sistema aberto no qual o ponto de vista não é adotado de antemão” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 50).

O teórico da tópica parte, ao contrário, do problema e procura elaborar um sistema que o solucione adequadamente. Para tanto, ele irá se valer de um universo de tópicos argumentativos (os *topoi*), concebidos como “possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento que só permitem alcançar conclusões curtas”.⁵¹⁹ Os *topoi* são, portanto, os instrumentos de que o teórico se vale para a solução dos problemas e sua legitimidade resulta do fato de serem “premissas compartilhadas que têm uma presunção de plausibilidade ou que, pelo menos, impõem a carga da argumentação a quem os questiona”.⁵²⁰

O problema é que a lei é alocada por Vieweg dentro desse conjunto de tópicos, sem qualquer indicação de precedência hierárquica em relação aos demais. Em termos caricaturais, pode-se dizer que a lei aparece ao lado de um amontado de tópicos e que todos, sem distinção, estão à disposição juiz como ferramentas para a resolução do caso-problema.⁵²¹

Trata-se, assim, de um modo de compreender o direito e o raciocínio jurídico que nitidamente fragiliza a função garantista da legalidade (a função que a lei possui de impor limites às decisões judiciais). Em última análise, o modo viewegeano de compreender o lugar da legislação no raciocínio jurídico autoriza o juiz a desconsiderar a autoridade da lei, em um caso concreto, diante da possibilidade de lançar mão de outros *topoi*.⁵²²

Claro que a tópica é um caso extremo e foi mencionado aqui apenas para ilustrar o argumento funcional-avaliativo que ora se propõe. Atualmente, as teorias do direito que disputam espaço com positivismo jurídico certamente têm a lei em melhor lugar.

Creio que os principais adversários do positivismo jurídico nos dias de hoje são Ronald Dworkin e Robert Alexy.⁵²³ Eles desenvolveram, cada qual a seu modo,

⁵¹⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 49.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 49.

⁵²¹ Atienza observa que “o problema essencial que se coloca com seu uso é que os tópicos não estão hierarquizados entre si, de maneira que, para a resolução de uma mesma questão, seria necessário utilizar tópicos diferentes, que levariam também a resultados diferentes” (*Ibid.*, p. 49-50).

⁵²² Ainda segundo Atienza, “a tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito [...]. Ela se limita a sugerir um inventário de tópicos ou de premissas utilizáveis na argumentação, mas não fornece critérios para estabelecer uma hierarquia entre eles” (*Ibid.*, p. 55).

⁵²³ Além, é claro, de seu arquirrival, o jusnaturalismo, que também seu renovou e continua vivo no debate teórico contemporâneo. A releitura do jusnaturalismo se deve, sobretudo, a FINNIS, John. **Natural law and natural right**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

concepções não-positivistas de direito que se apresentam como alternativas ao positivismo jurídico contemporâneo.

Embora este não seja o lugar apropriado para uma síntese do pensamento jurídico desses autores, é importante fazer alguma referência a eles com o intuito de mostrar que, de forma muito geral, o modo como eles compreendem o fenômeno jurídico implica uma menor valorização da autoridade da lei do que uma concepção positivista de direito. Se é certo que eles atribuem grande relevância à legalidade e ao papel da lei no raciocínio judicial, também é certo que o não-positivismo, por definição, franqueia aos juízes lançar mão de elementos não autoritativos para a compreensão da juridicidade.

No não-positivismo, a moralidade costuma aparecer como mais um componente do “conceito” de direito ao lado do material autoritativo, relacionando-se diretamente como este. Em termos bem simplistas, pode-se afirmar que há uma diferença entre uma concepção que *dignifica* com o termo “direito” apenas o material jurídico autoritativo e aquela outra que insere, ao lado deste material, outros elementos conceituais. Não seria possível dizer que a relevância do material autoritativo é, de algum modo, mais destacada no primeiro caso do que no segundo?

Além disso, a maneira como se dá essa relação entre material autoritativo e elementos morais não é algo trivial, porque a moral pode (i) influir na compreensão do material autoritativo, ampliando ou restringindo o sentido textual do material autoritativo e (ii) eventualmente, concorrer com o material autoritativo, em claro desprestígio à autoridade da lei. O relacionamento desses elementos precisa, pois, ser bem esclarecido e é isso que as teorias de Dworkin e Alexy procuram fazer.

Mas a questão central para os propósitos deste trabalho é que o recurso a argumentos morais é especialmente problemático no âmbito da aplicação do Direito Penal. Frequentemente o “crime”, mesmo quando compreendido como categoria abstrata, é socialmente percebido com um tipo bastante sério de desvio moral e a sua punição, conseqüentemente, é muitas vezes defendida pelos participantes da prática do sistema penal como um imperativo de ordem moral. Não é de se estranhar, portanto, que grande parte dos argumentos morais invocados na aplicação do direito se consubstanciem em apelos punitivistas de defesa social.

As diversas formas pelas quais se manifestaram historicamente as *cruzadas morais* (o combate às bruxas, aos hereges/infiéis, a guerra às drogas, o combate à corrupção etc.) têm em comum a construção de uma espaço de luta do bem contra o mal, no qual argumentos morais são frequentemente manejados com o intuito de ampliação do

poder punitivo – ou, o que é o mesmo, com o propósito de redução das garantias estabelecidas no material autoritativo do sistema.⁵²⁴

À luz dessas breves considerações, pode-se afirmar, preliminarmente, que o não-positivismo representa, muitas vezes, uma ameaça aos propósitos garantistas concernentes à aplicação do Direito Penal. São concepções que fornecem instrumentos teóricos que podem ser (mal) utilizados pelos aplicadores do direito como um subterfúgio para um distanciamento da legalidade na direção de concepções (solipsistas) de moralidade.

É possível pensar a concepção jurídica elaborada por Dworkin a partir dessa lente. No capítulo anterior, já vimos as críticas dirigidas pelo autor ao positivismo jurídico. Trata-se agora de fazer apenas uma menção ao modo como a teoria do direito como integridade pode ajudar a formar, nos aplicadores do direito, pré-compreensões jurídicas mais relaxadas em termos de submissão à lei.

A teoria do direito como integridade de Dworkin representa, no dizer de Habermas, uma grandiosa empresa de “reconstrução racional do direito vigente”.⁵²⁵ Se move por um ideal de coerência, segundo o qual “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”.⁵²⁶

Dworkin pensa a integridade a partir de duas óticas distintas, embora interligadas: a integridade pode aparecer como princípio legislativo e como princípio jurisdicional. No que tange à jurisdição, que aqui nos interessa diretamente, a integridade “diz aos juízes e, portanto, aos advogados, que façam suas decisões e argumentos se integrarem ao corpo do direito existente”.⁵²⁷ Ela demanda dos juízes uma compreensão do direito como um todo moralmente coerente.⁵²⁸ Nas palavras do autor:

O princípio judiciário da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que

⁵²⁴ Basta pensar na carga pejorativa que foi atribuída ao termo “garantismo” no cenário jurídico brasileiro do pós-lava-lato.

⁵²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 289.

⁵²⁶ Ibid., p. 289.

⁵²⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 213.

oferecem a melhor interpretação constitutiva da prática jurídica da comunidade.⁵²⁹

Trata-se de uma concepção que foi apresentada por Dworkin como resposta à questão colocada por seu conceito eminentemente normativo de direito, consistente em saber como justificar o uso da coerção estatal com base em direitos e deveres jurídicos resultantes de decisões políticas tomadas no passado. A integridade concebe, de forma interpretativa, a ideia de direitos e deveres jurídicos, uma vez que, embora eles devam se ajustar às decisões pretéritas, eles não se encerram nos limites convencionais dessas decisões. A prática jurídica é uma atividade interpretativa eminentemente criativa. O juiz deve “encaixar” sua decisão no material autoritativo (dimensão do ajuste), mas, primeiro, o material autoritativo e sua própria decisão devem ser compreendidos como um todo moralmente coerente, isto é, precisam ser colocados em sua melhor luz (dimensão da substância).⁵³⁰

Guest mostrou como as dimensões do *ajuste* e da *substância* podem ser bem compreendidas a partir da conhecida imagem dworkiniana do “romance em cadeia”.

Vários romancistas juntam-se com a proposta de escrever, cada um deles, um capítulo de um livro em coautoria. O primeiro capítulo é escrito por um, o segundo por outro e assim por diante. Está claro que haverá certas limitações de “ajuste” ao autor do segundo capítulo, e que essas limitações tenderão a aumentar para os autores subsequentes, embora mudanças (convincentes) de direção possam facilitar um pouco as coisas.⁵³¹

É claro, portanto, que o autor que encontra uma obra em andamento encontra-se *limitado* por aqui que já foi produzido, no sentido de que precisará levar tudo aquilo que já foi feito em consideração (dimensão do ajuste). Mas ele precisará também seguir

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271-272.

⁵³⁰ Segundo o próprio autor, “a resposta da integridade à terceira pergunta – sua descrição da natureza da coerência com as decisões com as decisões políticas do passado, exigida pelo direito – apresenta uma diferença corresponde com a resposta dada pelo convencionalismo. Sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, *não só quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que as decisões explícitas pressupõem a título de justificativa*” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 120, grifei). Igualmente Guest observa que “na maioria dos casos difíceis, o argumento jurídico irá se desenvolver como resultado de uma tensão entre duas dimensões de argumento, uma que argumenta em direção a um ‘ajuste’ (*fit*) em relação ao que é aceito como direito ‘estabelecido’, e a outra que argumenta em direção a questões substantivas de moralidade política” (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52).

⁵³¹ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 52.

adiante na elaboração do texto e, para tanto, precisará colocar aquilo que já foi produzido em sua “melhor luz” – reapreciar o sentido do material encontrado –, a fim de que possa escolher o caminho que irá trilhar (dimensão da substância).⁵³²

O juiz Hércules é um dos autores do romance em cadeia. Ele deve continuar a obra de elaboração do direito, tomando uma decisão que, a um só tempo, ajusta-se ao material jurídico existente e o coloca sob sua melhor luz, é dizer, ele deve encontrar a resposta que melhor se ajusta aos propósitos morais da prática jurídica.⁵³³ Hércules é, portanto, um juiz comprometido com o ideal da integridade na prática jurídica, devendo compreender cada lei, cada precedente, cada argumento jurídico como uma pequena peça que deve integrar-se, de forma moralmente harmônica, ao todo.⁵³⁴

Como observa Morais da Rosa,

Esse juiz de Dworkin, de fato, seria um *paranoico* exemplar, onde tudo o que aconteceu, acontece e acontecerá, gira em torno de sua pessoa, tendo condições de ordenar conscientemente a realidade, proferindo, a cada processo a decisão certa. O *Outro*, pois, faz-se carne. Se visto, todavia, sob a perspectiva retórica, a postura montada por Dworkin mantém a estrutura herdada da Escolástica [...], e o Juiz-Hércules seria o único portador legítimo das chaves da *verdade verdadeira*, primeva.⁵³⁵

É interessante observar como a noção de romance em cadeia passa por cima uma compreensão bem assentada na prática jurídica, consistente na distinção entre criação e aplicação do direito. Por mais que se reconheça que toda aplicação contém um relevante ingrediente criativo – e ela inevitavelmente tem –, o processo de aplicação judicial do

⁵³² Sobre a questão da substância no romance em cadeia, explica Guest: “no exemplo do romance em cadeia, pode haver várias maneiras diferentes pelas quais o romance poderia se desenvolver, cada uma delas ajustando-se igualmente bem às limitações aceitas como existentes nos primeiros (e subsequentes) capítulos. Nesses casos, o participante do romance encadeado terá de fazer um tipo diferente de julgamento a respeito de como o romance deve se desenvolver. Este julgamento será sobre a substância do romance. Que desenvolvimento tornaria o romance *melhor* como romance, por exemplo?” (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 54-55).

⁵³³ Deve-se observar que Hércules não é uma descrição daquilo que os juízes são, mas de uma ideia regulativa, da qual os juízes devem buscar se aproximar. Segundo Guest, “Hércules é um juiz ideal, de forma que não faz sentido supor que ele realmente exista. Esse ponto é muito banal, mas é surpreendente o quão comum é a crítica a Dworkin por essa via” (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 51).

⁵³⁴ Trata-se, na lição de Morais da Rosa, do “super *juiz* desbravador e descobridor do sentido correto [que] irá, a partir das *normas, princípios e diretrizes*, bem como do estudo dos *precedentes* – os quais trazem consigo a história das finalidades morais, políticas e sociais da nação – o direito que existe e é único, mas se acha oculto. Esse *Juiz Hércules* seria, com seu *método argumentativo* e permeado pela *política e moral*, capaz de descobrir quais seriam os direitos das partes, ao invés de ‘*criar*’ novos direitos, papel democrático do Legislativo, concedendo a partir da visão do *direito como integridade*, a resposta correta” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 176-177).

⁵³⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

direito não pode ser equiparado com a escrita de um romance em coautoria. Essa imagem exagera a dimensão criativa da interpretação/aplicação do direito, no sentido de atribuir um papel mais fortemente criativo aos juízes, que em nada contribui com o propósito de submissão dos juízes a lei.

Dworkin coloca os juízes ao lado do legislador na elaboração do direito, sem qualquer distinção hierárquica ou funcional. A única ideia de precedência da legislação em relação à decisão judicial decorre de uma questão cronológica: é que os juízes já chegam com o romance em andamento, de modo que, quando da decisão judicial, o legislador já terá escrito a maior parte dos seus capítulos. Mas isso não impede o juiz de reavaliar tudo que já produzido (pelo legislador), com o objetivo imprimir uma nova orientação ao texto que lhe incumbe agora escrever. E, além disso, após ter escrito o novo capítulo, este funcionará como uma chave de interpretação importante para a compreensão do material autoritativo antigo.⁵³⁶

Essa imagem talvez seja adequada para um sistema jurídico filiado à *Common Law*, no qual os participantes da prática jurídica lidam mais facilmente com produção judicial do direito. Mas não é uma boa imagem para sistemas jurídicos que, como o brasileiro, atribuem maior grau hierárquico ao direito legislado.

Se pensarmos no caso específico do Direito Penal, no qual o juiz precisa estar mais rigidamente submetido à lei, a imagem do romance em cadeia seria uma boa imagem para explicar apenas a atividade dos legisladores ao longo do tempo, sem misturar a atividade legislativa com a atividade judicial. Esta última talvez fosse mais bem compreendida com a imagem de um “clube do livro”, no qual os juízes discutem sobre a melhor interpretação da obra produzida pelo legislador e como essa interpretação se aplica – pensando a aplicação em sentido hermenêutico – na vida de cada participante do clube.

Na concepção de Dworkin, direito e moral caminham juntos, sendo impossível a sua distinção pelo teórico. E essa confusão entre aquilo que constituem os comandos proveniente da autoridade jurídica e as compreensões morais de quem quer que seja contribui para o enfraquecimento da autoridade do material legislativo, fragilizando a normatividade do direito.

Segundo a concepção de integridade, cada intérprete, diante de cada caso de aplicação do direito, deverá refazer todas as valorações político-morais já realizadas pela

⁵³⁶ Nesse sentido, vale mencionar que um problema interessante com o qual se defrontou a hermenêutica teológica, foi justamente o de reapreciar o Velho Testamento à luz do Novo.

autoridade jurídica democraticamente legitimada (no caso, o legislador), podendo o aplicador, inclusive, discordar dos resultados obtidos no Parlamento e dar novo sentido ao material autoritativo editado. Na integridade, o juiz efetivamente cria, lado a lado com o legislador, o material autoritativo e seu papel em relação ao direito legislado é mais de cooperação criativa do que de submissão.

Isso é especialmente preocupante quando se constata que a dimensão do *ajuste* (*fit*) em Dworkin também é eminentemente interpretativa, no sentido colocado por Guest:

É muito importante apreciar que, para Dworkin, a questão do ‘ajuste’ é *uma questão interpretativa em si mesma*. [...] Obviamente, a aceitação do gênero ‘romance’ para um romance em cadeia é em si mesma aberta a interpretação. Não há nada que impeça o segundo escritor de decidir que o primeiro capítulo seja parte de um tratado político. Seria estranho porque presumivelmente haveria algum tipo de acordo quanto ao gênero literário que teria levado os escritores a trabalhar. Mas não há nada que o impeça no trabalho, propriamente.⁵³⁷

Em síntese, o que se percebe de tudo isso é que, ao menos quando compreendida nesse sentido interpretativo vislumbrado por Guest, a dimensão do ajuste em Dworkin, é dizer, a necessidade de que a decisão judicial se *ajuste* ao material autoritativo existente, limita de algum modo o aplicador, mas nem tanto assim.

Esse quadro, por sua vez, não é tão melhor na teoria discursiva do direito de Alexy. O autor é considerado – ao lado de Neil MacCormick – um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento das modernas teorias da argumentação jurídica.⁵³⁸ Seu interesse pela argumentação, como teoria da fundamentação das decisões jurídicas, inicia-se pela constatação de que os materiais jurídicos autoritativos (a lei e o precedente) não são capazes de fornecer, por si sós, todos os elementos necessários para a tomada de decisão por parte do aplicador do direito.

Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõe vigentes,

⁵³⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 53.

⁵³⁸ É a visão de Atienza, para quem os dois autores são responsáveis pelos desenvolvimentos mais significativos da argumentação jurídica contemporânea: “entre as diversas teorias que surgiram nestes últimos anos, duas – elaboradas por Neil MacCormick e por Robert Alexy – são, na minha opinião, as que têm maior interesse e talvez também as que foram mais discutidas e alcançaram maior difusão” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 118).

juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.⁵³⁹

Da insuficiência do material jurídico autoritativo para assegurar uma única solução logicamente possível segue (i) que existem outros elementos envolvidos na decisão que precede a aplicação do direito e (ii) que esses elementos precisam ser (racionalmente) justificados.

Nas palavras de Travessoni, o processo de aplicação do direito em Alexy “inclui o material autoritativo, mas não se limita a ele”.⁵⁴⁰ Outros fatores, portanto, ingressam no processo jurídico-decisório pela via do discurso e precisam ser justificados por meio da argumentação jurídica.⁵⁴¹

A teoria discursiva do direito desenvolvida por Alexy destina-se, assim, a estabelecer os parâmetros para aquilo que se pode considerar um discurso jurídico racional e, nesse sentido, capaz de obter resultados racional e juridicamente corretos. Trata-se de uma teoria procedimental do direito, uma vez que não se preocupa propriamente com o conteúdo daquilo que é discutido, mas com a formulação de um conjunto de regras e procedimentos que devem ser observados pelos participantes do discurso e que se destinam a garantir, entre outras coisas, a isonomia e a racionalidade no debate.

Mas é importante perceber que o que se garante com a teoria discursiva é apenas isso, é dizer, a racionalidade e a correção jurídica dos resultados do discurso:⁵⁴² a teoria

⁵³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19. Ainda segundo o autor, “uma decisão jurídica U, que se segue logicamente da formulação das normas jurídicas tidas como vigentes N1, N2, ..., Nn e dos axiomas empíricos A1, A2, ... An pode ser classificada como *justificável* a partir de N1, N2, ... Nn e A1, A2, ... An. Se há decisões que não se seguem logicamente de N1, N2, ... Nn, junto com A1, A2... An, surge então a questão de como podem ser fundamentadas tais decisões. Esse problema é o problema da metodologia jurídica” (Ibid., p. 20). É isso que Ferrajoli parece ter em mente quando se refere à “impossibilidade de uma perfeita correspondência entre jurisdição e legislação” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103).

⁵⁴⁰ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 40.

⁵⁴¹ Como destaca o autor, “a necessidade da argumentação jurídica, que é constituída por mais que a mera subsunção e, com isso, mais que a mera execução do autoritativo, emerge da frequentemente descrita textura aberta do material autoritativo” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 92).

⁵⁴² Como destaca Travessoni, o modelo de aplicação do direito de Alexy “conecta correção e procedimento” (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito.

discursiva do direito de Alexy não elimina a possibilidade de mais de uma resposta correta – há comumente mais de uma resposta “discursivamente possível” –, embora consiga excluir, de antemão, alguns resultados como “discursivamente impossíveis”.⁵⁴³

Para os nossos propósitos, o que importa é o modo como Alexy caracterizou o discurso jurídico nos termos da *tese do caso especial*. Segundo essa tese, “o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral”.⁵⁴⁴ Significa, grosso modo, que o discurso jurídico é essencialmente um tipo de *discurso moral* (em sentido amplo), embora guarde algumas peculiaridades em relação a este.⁵⁴⁵

O discurso jurídico situa-se no mesmo gênero que o discurso moral porque ambos possuem o mesmo *objeto* (as questões práticas) e sustentam uma *pretensão de correção*. O discurso jurídico, assim como o discurso moral, lida com questões práticas ou normativas, isto é, consiste na fundamentação de enunciados normativos sobre aquilo

Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 43).

⁵⁴³ Trata-se da questão que Alexy chamou de “problema do conhecimento prático”. Sobre o tema, conferir Travessoni, que assim colocou a questão: “ao contrário do que ocorre em Dworkin, o modelo de Alexy não afirma existir uma solução única para toda questão jurídica. [...] ele afirma que mesmo no discurso ideal é questionável a possibilidade de uma única solução para todo e qualquer caso, e considera a ideia da única resposta correta uma ideia regulativa, ou seja, algo que deve ser perseguido, mas não pode, pelo menos em alguns casos, ser alcançado” (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 40). Ao discorrer sobre a utilidade de sua teoria discursiva do direito, Alexy afirma que “as regras e formas introduzidas não oferecem garantia de que se obtenha acordo em toda questão prática e nem que um acordo alcançado seja definitivo e irrefutável” (ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 66). Mais adiante, segue o autor: “seria um equívoco concluir, em virtude do fato de as regras do discurso não garantirem a certeza em todos os casos, que qualquer coisa é compatível com elas. Há alguns resultados que, através delas são forçosamente exigidos ou excluídos. Isso vale por exemplo para normas que excluem inteiramente pessoas do desenvolvimento discursivo, atribuindo a elas o *status* jurídico de escravas. Nesse sentido pode-se falar em ‘impossibilidade discursiva’ e em ‘necessidade discursiva’. Nos casos em que dois enunciados normativos incompatíveis entre si podem ser fundamentados sem violar as regras do discurso pode-se falar em ‘possibilidade discursiva’. (Ibid., p. 67-68).

⁵⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 210; ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 92.

⁵⁴⁵ O discurso prático geral, segundo Alexy, “é um discurso no qual questões morais, éticas e pragmáticas estão conectadas” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 97). Mais adiante continua o autor: “o discurso prático geral é, em suma, um discurso que combina os pontos de vista da conveniência ou utilidade, do valor ou indetidade e da moralidade ou justiça” (Ibid., p. 98).

que é comandado, proibido ou permitido. Além disso, um e outro levantam uma pretensão de correção argumentativa.⁵⁴⁶

Não obstante, diversamente da pretensão de correção no âmbito moral, a pretensão de correção levantada no discurso jurídico não é inteiramente livre, já que ela está limitada pela necessidade de deferência aos padrões jurídicos, é dizer, a argumentação jurídica deve vincular-se à lei, aos precedentes e à dogmática.⁵⁴⁷ É a referência a esses elementos do universo jurídico que garante a especialidade do discurso jurídico em relação ao discurso moral ou prático geral.

A tese do caso especial, portanto, conecta o direito e a moral por dentro, isto é, conecta-os no interior do discurso jurídico. É o próprio Alexy quem diz que “na argumentação jurídica racional argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais estão combinados em todos os níveis e são aplicados conjuntamente”.⁵⁴⁸

Não foi por acaso que Travessoni vislumbrou na tese do caso especial o germen da tese da conexão entre direito e moral desenvolvida por Alexy posteriormente. Segundo o autor, é possível dizer que o conceito não-positivista de direito alexyano é uma decorrência da tese do caso especial na forma da teoria do discurso:

no caso da tese da conexão entre direito e moral, presente no conceito de direito de Alexy, o fenômeno da derivação é ainda mais evidente. A tese do caso especial na forma da teoria do discurso significa que o discurso jurídico é um *genus proximum* do discurso prático geral exatamente porque este, assim como aquele, levanta uma pretensão de correção. Ora, a pretensão de correção é exatamente o que, na teoria de Alexy sobre o conceito de direito, conecta o

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 92-93.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 210-214. ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 92-93. Segundo o autor, “a pretensão de correção do discurso jurídico é diferente daquela do discurso prático geral. Ela não se ocupa daquilo que é absolutamente correto, mas daquilo que é correto no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente e com base nele. O que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente daquilo que é estipulado autoritativa ou institucionalmente e daquilo que se encaixa nessas estipulações, devendo não contradizer o autoritativo e concordar com o todo. Se quiser se expressar isso em uma fórmula curta, pode-se dizer que a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes, e tem ainda que observar o sistema jurídico elaborado pela dogmática jurídica” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 93).

⁵⁴⁸ ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 101. Trata-se do que Alexy chamou de “pressuposição da integração” em resposta à crítica de Habermas. Segundo ele, “a *differentia specifica* do discurso jurídico não é a mera restrição através do direito validamente dominante, mas sim a integração dentro do sistema jurídico” (Ibid., p. 101).

direito à moral. Não bastasse isso, a tese da conexão, como defendida por Alexy, ou seja, na forma de um não-positivismo inclusivo, implica uma ponderação entre os princípios da segurança jurídica (que representa a dimensão real do direito) e da correção material ou justiça (que representa a dimensão ideal do direito). Assim, a tese da conexão, na forma como defendida por Alexy, decorre da tese do caso especial na forma da teoria do discurso e da teoria dos princípios.⁵⁴⁹

Nos termos da tese do caso especial, a argumentação jurídica é composta por uma parte vinculada ao material autoritativo (dimensão real) e uma parte livre, totalmente desvinculada dessas amarras do direito (a dimensão ideal).⁵⁵⁰ É certo que, segundo Alexy, correção do argumento jurídico depende de sua vinculação ao material autoritativo, com o que se destaca a relevância desse material para o raciocínio jurídico em sua concepção de direito.⁵⁵¹ Mas a vinculação ao material autoritativo parece não bastar. Ainda que encontrada a resposta mais adequada ao material jurídico autoritativo (correção-vinculação), os participantes do discurso continuarão a sua busca pela resposta moralmente correta (correção moral).

Como bem observou Habermas, a “harmonia entre direito e moral” que está pressuposta na tese do caso especial tem a “desagradável consequência” de relativizar a correção da decisão judicial.⁵⁵² Segundo ele, “a dimensão de validade mais complexa das normas do direito proíbe equiparar a correção de decisões jurídicas à validade de juízos morais e, nesta medida, considerá-la como um caso especial de discursos morais”.⁵⁵³

A correção-vinculação e a correção moral relacionam-se, pois, de muitas – e não tão claras – maneiras no interior do discurso jurídico. O que preocupa é que nessa confusa relação, a argumentação jurídica possa “ganhar asas” e desprender-se, ainda que imperceptivelmente, do material autoritativo em direção ao moralmente correto (do ponto de vista de alguém). Em outros termos, o discurso moral pode corroer, por dentro, o

⁵⁴⁹ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 15.

⁵⁵⁰ ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 92.

⁵⁵¹ Para o autor, “o que é correto em um sistema jurídico depende essencialmente daquilo que é estipulado autoritativa ou institucionalmente e daquilo que se encaixa nessas estipulações, devendo não contradizer o autoritativo e concordar com o todo” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 93).

⁵⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 289.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 290.

sentido do texto legal. E o problema se torna ainda mais crítico quando se concebe a lei apenas como um ponto de partida para o processo de argumentação jurídica.⁵⁵⁴

Mas, sem dúvida, a maior ameaça à legalidade e às garantias no processo de aplicação do Direito Penal provém da teoria dos princípios de Alexy: sua definição de princípio já prenuncia o seu enfraquecimento normativo e a técnica da ponderação é um dispositivo de poder que certamente por ser utilizado para flexibilizar o postulado da submissão dos juízes à lei.

Em sua conhecida definição, Alexy concebe os princípios como “comandos de otimização”, isto é, como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.⁵⁵⁵

Trata-se de uma definição que já releva alguma transigência com uma menor realização do conteúdo normativo dos princípios, quaisquer que sejam eles. Em seu conceito, Alexy já nos informa que existem não apenas obstáculos fáticos, como também limites jurídicos à plena realização dos princípios. Entre estes últimos, o autor destaca a existência de outros princípios – qualquer um dos outros princípios – que, à luz do caso concreto, orientem a decisão judicial em sentido diverso.

Isso significa que a definição de princípio proposta por Alexy já contém o anúncio: (i) da possibilidade de que os princípios colidam entre si no caso concreto; bem como (ii) da possibilidade de que o conteúdo normativo de um princípio possa, diante de um caso concreto, ser afastado ou minimizado em decorrência da prevalência do conteúdo normativo de outro princípio.

A ponderação é apresentada pelo autor como um tipo de raciocínio jurídico: ocupa, ao lado da subsunção, um papel fundamental na aplicação do direito. Mais especificamente, a ponderação é, segundo Alexy, o método fundamental para a resolução da colisão de princípios. Grosso modo, incumbe ao juiz determinar o peso absoluto e relativo dos princípios colidentes diante de um caso concreto e, ao final, determinar, com base nessa preliminar atribuição de pesos, qual conteúdo normativo deverá prevalecer.

⁵⁵⁴ “O processo democrático, que resulta em decisões parlamentares, prevê os pontos de partida mais importantes para a argumentação jurídica em um estado democrático constitucional: as leis” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 91).

⁵⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

Por essa razão, a ponderação de princípios é uma fonte inesgotável de discricionariedade judicial: ela exige o aplicador do direito faça diversas escolhas que consubstanciam alto índice de discricionariedade.⁵⁵⁶

A menos que haja alguma forma objetiva ou intersubjetivamente compartilhada de aferir o peso de cada princípio envolvido no caso, o processo da ponderação ampliará claramente a discricionariedade judicial na aplicação do direito. Basta pensar em uma discussão que envolva o direito fundamental de propriedade privada e no peso que seria atribuído a esse direito fundamental por um teórico nozickeano e por outro teórico marxista; ou um caso envolvendo um aborto, no qual o direito fundamental à vida e ao próprio corpo precisam ser valorados por um magistrado fervorosamente religioso e por uma juíza feminista.

Mas ainda: vamos imaginar, por um instante, que Hume estivesse correto e que as nossas mais profundas formulações racionais não sejam mais do que adornos destinados a dar um ar dignificante aos nossos *desejos*. Imagine, agora, que, quando lidamos com um texto legal forjado com base em um valor com o qual não concordamos, sejamos psicologicamente impelidos a procurar meios racionais de reduzir o seu alcance normativo para, assim, aplacar o nosso desejo mais profundo de que aquele texto sequer existisse. Se algo assim for verdadeiro, a ponderação certamente será uma ferramenta teórica ímpar a serviço dos desejos e das ideologias dos juízes.

Os perigos acarretados pela ponderação para o postulado da submissão dos juízes à lei foram também destacados por Ferrajoli. Para o autor, a ponderação

é concebida, em suma, como uma atividade de escolha ‘orientada’ pela ‘exigência de justiça substancial’, que arrisca comprometer não apenas a

⁵⁵⁶ Nesse sentido, é a lição de Joseph Raz: “embora algumas vezes os princípios limitem o propósito da discricionariedade das Cortes, eles tendem a expandi-lo. Em virtude das razões já mencionadas, o direito frequentemente determina com precisão o peso relativo das regras. Mas isso não é assim com os princípios. O direito caracteristicamente inclui apenas indicações incompletas sobre o seu peso relativo e deixa muito para ser exercido por meio de discricionariedade judicial nos casos concretos. O propósito da discricionariedade é, de fato, duplamente ampliado, uma vez que não só a importância relativa dos princípios deve ser determinada, mas também a importância relativa de cada desvio ou observância de um princípio em ocasiões concretas. Essa matéria é usualmente confiada à discricionariedade judicial” (RAZ, Joseph. *Legal Principles and the Limits of Law*. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972. p. 846. Tradução do autor. No original: Though principles sometimes limit the scope of the courts' discretion, they tend on the whole to expand it. For reasons noted earlier, the law usually determines with precision the relative weight of rules. Not so with principles. The law characteristically includes only incomplete indications as to their relative weight and leaves much to judicial discretion to be exercised in particular cases. The scope of discretion is in fact doubly extended, since not only must the relative importance of principles be determined, but also the importance relative to each principle of deviating from it or of following it on particular occasions. This matter is usually entrusted to judicial discretion).

submissão do juiz à lei, mas também, como observou justamente Riccardo Guastini, os valores da certeza e da igualdade perante a lei.⁵⁵⁷

Assim, embora conceda, no plano teórico, maior importância ao material autoritativo do que Dworkin, Alexy parece ser traído, no plano prático, por sua concepção de ponderação. Na ponderação, o texto autoritativo, por mais claro que seja, vincula pouco o aplicador, já que o seu conteúdo normativo poderá ser sempre afastado à luz de outros princípios escolhidos com bastante discricionariedade pelo intérprete.

Essa é também a essência do entendimento de Ferrajoli, que com base em uma crítica da própria distinção entre regras e princípios, sustenta que o modo como Alexy caracteriza os princípios promove o seu “enfraquecimento normativo”, isto é, promove o “ofuscamento do [seu] alcance normativo”.⁵⁵⁸ Segundo ele,

não se trata de um jogo de palavras. A contraposição, a meu ver inconsistente, instituída, indistintamente, entre regras e princípio tem relevantes implicações práticas. O seu aspecto mais insidioso é o radical enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios, sobretudo se de nível constitucional.⁵⁵⁹

Isso pode ser exemplificado, no caso brasileiro, com a garantia constitucional do estado de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição da República. Nem mesmo a clareza textual somada à estabilidade secular do conceito de “trânsito em julgado” impediram que o seu conteúdo normativo fosse fragilizado em nosso país por um lapso de quase quatro anos. Segundo o voto de juízes constitucionais da nossa Suprema Corte, a garantia da presunção de inocência precisava ser “ponderada” com a necessidade de uma justiça penal mais eficiente.

Em síntese, as teorias não-positivistas, como as de Dworkin e Alexy, formulam uma leitura da aplicação do direito que fragilizam a relação de submissão que deve haver entre juízes e a lei. Ao assegurar à moral um papel constitutivo da juridicidade, algo se perde em termos de autoridade da legislação.

O positivismo jurídico, ao contrário, é uma concepção de direito que tradicionalmente valoriza e dá precedência à autoridade das fontes (aí incluída a legislação). Tanto que, vez por outra, é confundida, pelo grande público no Brasil, com uma teoria de perfil meramente legalista ou formalista.

⁵⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 42 e 43.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 41.

As versões normativas do positivismo, especialmente, defendem a autoridade da legislação por seu fundamento democrático e indicam que a inclusão de elementos morais na determinação do conteúdo do direito prejudica a força normativa da legalidade. Mas também o positivismo exclusivo valoriza, de modo especial, as fontes institucionais do direito em detrimento de concepções morais correlatas.

Joseph Raz, por exemplo, lançou mão de dois argumentos para justificar a tese das fontes. Em primeiro lugar, Raz percebe a tese das fontes como um reflexo de nossa concepção corriqueira ou cotidiana daquilo que é o direito, e, por essa razão, está em melhores condições de explicar e sistematizar algumas distinções que são fundamentais na prática jurídica. A tese das fontes, por exemplo, consegue dar conta da distinção entre *aplicação* e *criação* do direito, isto é, permite-nos compreender a diferença entre a aplicação judicial do direito pré-existente, de um lado, e a criação judicial de direito novo operada com base em argumentos morais e outros argumentos não-jurídicos, de outro.⁵⁶⁰

Mas aqui interessa sobretudo o segundo argumento utilizado por Raz para justificar a tese das fontes. Nele, o autor relaciona a autoridade do direito com a consecução de seus propósitos mais abrangentes. Segundo o autor, a tese das fontes capta uma função fundamental do direito, a saber, a formulação de padrões autoritativos reguladores da conduta. O direito procura regular a convivência e a cooperação social por meio de padrões públicos e *autoritativos* destinados a guiar a conduta dos seus destinatários e a regular determinados aspectos da vida social. Por essa razão, o desempenho desta função básica do direito depende inteiramente da consideração da normatividade do direito, isto é, de sua autoridade. A tese das fontes é, portanto, uma tese inteiramente comprometida com a autoridade do direito.⁵⁶¹ Nas palavras de Etcheverry,

⁵⁶⁰ RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 48-50. Em outro lugar, Raz sintetizou: “a concepção comum do direito que prevalece em nossa sociedade é compatível com a tese das fontes. Além disso, esta tese explica várias crenças fundamentais sobre o direito que são correntes em nossa sociedade, tais como a ideia de que o direito às vezes é algo determinado e às vezes é indeterminado, de modo que os tribunais às vezes aplicam a lei preexistente e às vezes criam uma nova norma etc.” (RAZ, Joseph. Pós-escrito. In: RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. Rev. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 288-289).

⁵⁶¹ RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 50-52. Nesse texto, Raz afirmou que “uma vez que é da verdadeira essência da autoridade alegada emitir padrões que vinculam independentemente de qualquer outra justificação, segue-se que deve ser possível identificar esses padrões sem se engajar com um argumento justificatório, isto é, como emitido por certa atividade e interpretado à luz de padrões publicamente determináveis sem o envolvimento de argumentos morais” (Ibid., p. 51-52. Tradução do autor. No original: Since it is of the very essence of the alleged authority that it issues rulings which are binding regardless of any other justification, it follows that it must be possible to identify those rulings without engaging in a justificatory argument, i.e. as issuing from certain activities and interpreted in the light of publicly ascertainable standards not involving moral argument).

a tese das fontes identifica uma função básica do direito que consiste em estabelecer diretivas apoiadas por razões excludentes para a coordenação e cooperação da ação dos membros de uma comunidade.⁵⁶²

Em síntese, o positivismo jurídico é um tipo de teoria jurídica que, ao valorizar com mais intensidade as fontes autoritativas do direito, contribui para a formação de pré-compreensões jurídicas mais habilitadas à promoção dos propósitos garantistas da legalidade penal.

4.1.2 Positivismo jurídico e o modelo garantista de jurisdição penal

O positivismo jurídico é também a concepção de direito que melhor se ajusta ao modo como o garantismo ferrajoliano compreende a atividade jurisdicional. Em Ferrajoli, o fundamento de legitimidade da jurisdição repousa na máxima adstrição das decisões judiciais à lei penal, como forma de implementação de um modelo cognitivista de processo, garantidor da liberdade dos jurisdicionados contra o poder punitivo estatal.

O cognitivismo processual é um componente fundamental da epistemologia garantista. Compreendido como *modelo de direito*, o garantismo se apresenta como um conjunto de garantias penais e processuais inter-relacionadas que formam um *esquema epistemológico* destinado a controlar, racional e normativamente, a identificação do desvio punível. A identificação do delito tanto em nível abstrato ou legislativo, quanto em nível concreto ou jurisdicional deve respeitar os axiomas do modelo garantista de Direito Penal. Nesse sentido, a epistemologia garantista representa um esquema teórico de controle e redução do poder de punir estatal.

A epistemologia garantista se apoia em dois elementos centrais: (i) o convencionalismo penal e (ii) o cognitivismo processual.⁵⁶³ O primeiro cuida da definição abstrata do delito e indica que o juiz deve submeter-se apenas à descrição legal (convencional) do delito elaborada pelo legislador, nos termos e nos limites da estrita legalidade penal. O segundo, refere-se à identificação concreta do delito a cargo do

⁵⁶² ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 40.

⁵⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

Judiciário e consiste em um modelo de processo que tem por objetivo a redução da discricionariedade judicial no processo de criminalização secundária.⁵⁶⁴

O cognitivismo processual é assegurado pelo princípio da estrita jurisdicionalidade, segundo o qual a lei deve determinar, de antemão, tudo quanto possível (taxatividade), evitando ao máximo a transferência de poderes decisórios ao Judiciário, deixando para o julgador o mínimo possível de escolhas valorativas no que tange à determinação concreta do desvio punível.⁵⁶⁵

Condição de possibilidade da estrita jurisdicionalidade é a elaboração de leis penais com base na rígida observância das garantias penais que compõem o sistema de estrita legalidade (caráter retributivo da pena, legalidade, necessidade, ofensividade, materialidade, culpabilidade).⁵⁶⁶ Uma lei elaborada em consonância com as garantias penais e nos termos de uma técnica legislativa adequada é uma lei taxativa e, portanto, capaz de impor limites ao aplicador do Direito Penal. O objetivo é a constituição de um modelo de processo no qual o juiz tenha mínimos poderes de valoração:

Daí deriva um modelo teórico e normativo de processo penal como processo de cognição ou de comprovação, onde a determinação do fato configurado na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório do tipo indutivo, que, tanto quanto possível, exclui as valorações e admite só, ou predominantemente, afirmações ou negações – de fato e de direito – das quais sejam predicáveis a verdade ou falsidade processual [...].⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Ibid., p. 40.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 40.

⁵⁶⁶ Desse modo, quando vista de um ângulo puramente epistemológico, a teoria garantista do Direito Penal consiste em um conjunto de condições (garantias) destinadas a promover, o quanto possível, um modelo *cognitivista* de jurisdição e, assim, reduzir os espaços de liberdade decisória do juiz. Como observa Sanchís, “as garantias não só se identificam com o Direito penal mínimo, mas o fazem também com a verdade e com uma concepção cognitivista da aplicação do direito” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 83. Tradução do autor. No original: las garantías no sólo se identifican con el Derecho penal mínimo, sino que lo hacen también con la verdad y con una concepción cognitivista de la aplicación del Derecho). A correta elaboração das leis penais em um sistema de legalidade estrita – como o proposto por Ferrajoli – depende da observância das garantias penais que funcionam como limites impostos ao legislador sobre aquilo que pode ser o conteúdo semântico de uma lei penal. O princípio da estrita legalidade, que abarca em si todas as demais garantias penais, exige que a lei penal incriminadora contenha a descrição taxativa de um comportamento externo (princípio da materialidade), lesivo a bem jurídico alheio (princípio da lesividade) e realizado de forma subjetivamente culpável (princípio da culpabilidade) etc. Assim, a receita para a diminuição do poder judicial na teoria de Ferrajoli é simples: quanto maior for o grau de realização das garantias penais, mais próximo estará o sistema jurídico penal analisado do modelo processual cognitivista. E quanto mais próximo um sistema penal concreto estiver do cognitivismo processual, menores serão os espaços de discricionariedade judicial e, conseqüentemente, menores os poderes dos magistrados.

⁵⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juares Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

As falhas de elaboração da lei penal ampliam o poder de valoração moral dos juízes. Ferrajoli adverte para o fato de que grande parte dos espaços deixados para livre decisão judicial é proveniente de “*defeitos de legalidade estrita*”, isto é, da existência de leis penais elaboradas sem a devida observância das garantias penais, o que permite que a decisão seja tomada (arbitrariamente) com base em valores éticos-políticos.⁵⁶⁸ É o que ocorre, por exemplo, quando existe, no texto legal, termos vagos e valorativos, insuscetíveis de verificação e refutação, e totalmente dependentes da valoração moral e/ou política do magistrado.

Se o cognitivismo processual busca uma jurisdição baseada preponderantemente em juízos de fato, eliminando – o quanto possível – os juízos de valor, fica clara a impossibilidade de conciliar o modelo garantista de processo com concepções jurídicas que franqueiam ao juiz o recurso a considerações de ordem moral. Qualquer teoria que procure legitimar a atuação dos juízes por meio de sua aproximação com a moralidade política quando da aplicação do Direito Penal – ou que, de alguma maneira, transija com esse tipo de aproximação – trai os propósitos garantistas do Direito Penal.

Aliás, também o convencionalismo penal tem como função afastar os juízos morais do juízo de identificação concreta do delito no momento da aplicação do Direito Penal.⁵⁶⁹ Crime é aquilo, e apenas aquilo, que como tal foi convencional e textualmente descrito pela lei penal. Como indica Ferrajoli, uma das consequências do cognitivismo processual é que

somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu.⁵⁷⁰

O cognitivismo processual, portanto, clama por uma teoria positivista do direito. A tese da separação entre direito e moral, nos termos da leitura avançada pelo positivismo

⁵⁶⁸ Ibid., p. 106.

⁵⁶⁹ Segundo o autor, “o grande mérito do pensamento ilustrado, antes que seu ingênuo otimismo epistemológico, foi o reconhecimento destes nexos entre garantismo, convencionalismo legal e cognoscitivismo judicial, de um lado, e entre despotismo, substancialismo extralegal e decisionismo judicial, de outro” (FERRAJOLI, Luigi. *El juicio penal*. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 451).

⁵⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41-42.

normativo, coincide com o propósito do cognitivismo processual de minimizar o papel da valoração moral na aplicação do Direito Penal.

Obviamente, Ferrajoli é consciente que um cognitivismo jurisdicional puro ou absoluto não é possível por variadas razões, o que não o impede de pensá-lo como uma ideia regulativa, da qual devemos sempre procurar nos aproximar na prática institucional do Direito Penal.⁵⁷¹

O objetivo da epistemologia garantista é, pois, fornecer as condições a partir das quais a formulação dos juízos necessários para a aplicação da lei penal ocorre em um contexto processual que maximiza os *juízos de fato* e minimiza os *juízos de valor* baseados em argumentos de moralidade política. Esse modelo de processo penal depende, portanto, em um nível macro, da tese normativa da separação entre direito e moral.

Pode-se dizer, assim, que há pelo menos duas razões para afirmação de que a escolha metodológica de Ferrajoli pelo positivismo jurídico não foi gratuita, ocasional ou arbitrária. Em primeiro lugar, o positivismo jurídico possui a vantagem funcional de ser uma concepção de direito mais habilitada para a promoção do propósito liberal da legalidade (submissão dos juízes à lei). Além disso, ele se ajusta perfeitamente ao modelo de atividade jurisdicional idealizada pelo garantismo penal. O positivismo jurídico constitui a concepção que mais se aproxima do anseio garantista de formulação de um arranjo institucional capaz de conter o poder discricionário dos juízes e ampliar as esferas de proteção da liberdade. Em uma palavra, o positivismo jurídico é, por excelência, o método do garantismo penal.

Respondida essa questão preliminar é possível retornar à questão principal, que consiste em saber qual versão do positivismo jurídico contemporâneo é mais adequada para a concretização dos propósitos garantistas do Direito Penal.

⁵⁷¹ Ferrajoli destaca que mesmo “no plano epistemológico, com referência somente a sua dimensão cognoscitiva, pode reiterar-se que o juízo penal é sempre, de fato, um ‘saber-poder’, isto é, uma soma de asserções e decisões”, já que “a dimensão valorativa e decisionista” sempre “intervém em toda atividade de conhecimento empírico”. Nesse entrelaçamento, “quanto maior é o saber, menor é o poder e maior é a legitimação do juízo; e vice-versa” (FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordinación e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 450-451).

4.2 Garantismo e positivismo jurídico descritivo: aproximação e limites

Em determinados aspectos centrais, o garantismo parece aproximar-se do positivismo jurídico descritivo. Mas naquilo que o faz, fica sujeito à crítica metodológica que se tem indicado neste trabalho.

4.2.1 Legado kelseniano?

O modo como Ferrajoli lida com a mencionada tensão entre propósito normativo e método positivista no interior do garantismo penal o coloca significativamente próximo do positivismo jurídico descritivo. Como se viu, Ferrajoli isolou os aspectos normativos e descritivos ao colocar, de um lado, o nível discursivo interno ao direito e, de outro, o nível discursivo a ele externo.

Essa separação responde, em certo sentido, ao anseio metodológico kelseniano de elaborar uma teoria do direito livre de elementos estranhos à juridicidade.⁵⁷² Graças à distinção entre teoria jurídica e filosofia política no interior do garantismo, Ferrajoli assegura que a determinação da existência e do conteúdo do direito – que incumbe à teoria jurídica – faz-se com base apenas em textos jurídicos autoritativos, ignorando-se, ao menos nesse nível, os elementos normativos que lhes são estranhos. Nesse sentido, a teoria jurídica ferrajoliana – de forma similar à ciência jurídica kelseniana – está liberada de elementos valorativos de moralidade política.

Sabe-se que Kelsen não negou a importância da moralidade política, tanto que dedicou diversos escritos ao tema. O que ele pretendia era apenas eliminar a confusão da ciência jurídica como a moral, já que, segundo o autor, a ciência do direito deveria cuidar única e tão somente de seu objeto: o direito.

[...] um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos séculos XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de

⁵⁷² Logo no início da teoria pura do direito, Kelsen anuncia essa proposta metodológica: “quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1).

estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.⁵⁷³

Também Ferrajoli reconhece a importância da filosofia política. É ela que nos dará o tom para a imprescindível crítica moral do direito. Por essa razão, ele acomoda a filosofia política no interior do garantismo. E, se nesse aspecto ele se distancia de Kelsen – ao sustentar que o jurista garantista não pode se abster de considerações de ordem político-moral –, na sequência ele o reencontra, ao sustentar que as considerações de moralidade política devam manter-se totalmente separadas das considerações inerentes à juridicidade.

Como vimos, para Ferrajoli, o teórico garantista, no nível interno ao direito (ponto de vista interno), realiza o juízo de vigência e validade normativas sem referência a argumentos de moralidade política. Tais argumentos, contudo, não ficam excluídos da vida do teórico garantista, que pode lançar mão deles para uma avaliação moral das normas jurídicas estabelecidas. Essa avaliação político-moral do direito (ponto de vista externo) é, ademais, extremamente valorizada por Ferrajoli como uma necessária retomada do perfil crítico da Ilustração, que se perdeu com o positivismo jurídico novecentista (chamado pelo autor de “paleopositivismo”).

A separação entre ponto de vista interno e ponto de vista externo parece, portanto, corresponder a uma *versão forte da tese da separação*, segundo a qual a determinação da existência e do conteúdo do direito independe do recurso a argumentos morais. Em outros termos – e isso fica claro na separação ferrajoliana –, o juízo de vigência e validade das normas jurídicas (juízos internos ao direito) não pode ser “contaminado” por reflexões (juízos) típicas da filosofia política garantista (juízos externos ao direito).

Esse cenário, parece, de fato, aproximar a concepção garantista de Luigi Ferrajoli de uma *concepção descritiva do positivismo jurídico*, que não admite nenhuma forma de contato entre moralidade política e os juízos de determinação da existência e do conteúdo do direito.

⁵⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 1-2.

4.2.2 Os limites da separação ferrajoliana

A pretendida separação total entre teoria jurídica e filosofia política não está livre de problemas. Já vimos que a distinção entre esses campos de reflexão do garantismo é assegurada pela *tese metacientífica da separação entre direito e moral*, que sustenta a autonomia recíproca entre o ponto de vista interno (ou jurídico) e o ponto de vista externo (ético-político). Em outros termos, o isolamento da teoria jurídica e da filosofia política é teoricamente assegurada pela distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo.

Mas será mesmo possível uma separação total entre o ponto de vista interno (jurídico) e o ponto de vista externo (moralidade política)? Essa questão é, certamente, o pano de fundo de décadas de debate, na teoria do direito, entre positivistas e não-positivistas. No momento, importa apenas indicar como essa distinção pode ser problemática no interior do garantismo.

Já se fez alusão ao caráter eminentemente geral e inespecífico da distinção ferrajoliana entre ponto de vista interno e externo, já que não se esclarece quais são os critérios aptos a assegurar que teórico/intérprete do direito se encontre, exclusivamente, no nível do ponto de vista interno.

Quando se parte da formulação geral da tese metacientífica da separação, pode-se perceber a existência de uma formulação *positiva* e outra *negativa*: (i) positivamente, o ponto de vista interno indica que “o direito” é o objeto sobre o qual deve dar-se a formulação dos juízos de vigência e validade; (ii) negativamente, a tese indica que, na formação de juízos de vigência e validade, o teórico não deve levar em consideração questões inerentes à filosofia política garantista, atinentes ao ponto de vista externo.

Assim, considerada em sua formulação positiva, a tese metacientífica da separação indica o *objeto* da teoria do direito: o teórico garantista formulará os juízos de vigência e validade tendo por base “o direito”. Por seu turno, a formulação negativa da tese impõe uma *limitação* ao objeto da teoria do direito em termos bem kelsenianos, a saber, o teórico garantista formulará os juízos de vigência e validade tendo por base *apenas* o “direito”.

Mas para que essa possa ser uma orientação metodologicamente útil ao afazer do teórico do direito, ela precisaria vir acompanhada de alguma indicação mais precisa do que deve ser considerado “direito” para a incidência do ponto de vista interno ferrajoliano.

Neste trabalho, vai-se assumir a conhecida distinção entre texto e norma, para compreender a norma jurídica como o resultado da interpretação de textos jurídicos

autoritativos. As normas jurídicas (o direito), pois, não se confundem com os textos jurídicos (legislação ou precedente), mas constituem um ente abstrato (proposição) que deriva de uma atividade interpretativa incidente sobre o texto.

É claro que o objeto inicial sobre o qual deve recair o trabalho do teórico são os textos jurídicos autoritativos. Mais especificamente, o conjunto de textos editados pelos poderes constituídos serão, a um só tempo, *objeto* e *parâmetro* dos juízos de vigência e validade normativas formulados pelo teórico garantista do direito. Para determinar a vigência e a validade de uma norma jurídica extraída de um texto jurídico (o texto objeto), o jurista precisará se valer de outros textos jurídicos (textos parâmetro), a fim de verificar se as determinações procedimentais e substanciais foram observadas na elaboração do texto objeto. A vigência e a validade de uma lei penal, por exemplo, serão aferidas a partir do texto constitucional atinente ao processo legislativo e ao conteúdo normativo penalmente admitido.

Mas é óbvio que tanto a compreensão do texto objeto, quanto a determinação do sentido dos textos parâmetro serão totalmente perpassadas pela atividade interpretativa (normas correspondem a uma determinada interpretação dos textos). E a interpretação poderá ser mais ou menos sensível a argumentos de moralidade política. A interpretação constitucional, por exemplo, comumente envolve argumentos que, referidos a um texto constitucional de alta generalidade e abstração, são fortemente embasados em considerações de moralidade política.

Não faria sentido orientar o teórico do direito a dirigir-se *apenas e tão somente* ao seu objeto, afastando de sua análise considerações de moralidade política, se a própria determinação daquilo que é o seu objeto (o direito), por meio da atividade interpretativa, envolvesse esse tipo de consideração.

Considerando, pois, que a interpretação exerce papel central na determinação daquilo que o direito é e, ainda, que ela está sujeita a diferentes níveis de influência moral, parece-me que, para ser metodologicamente útil, a distinção entre ponto de vista interno e ponto de vista externo precisaria trazer alguma indicação complementar sobre o *modo* como devem ser interpretados os textos jurídicos autoritativos (objeto e parâmetro). Seria preciso esclarecer como devem se relacionar textos jurídicos e argumentos de moralidade política, ou seja, qual seria o nível de argumentação político-moral admitida na interpretação de textos jurídicos de modo a assegurar que o intérprete ainda se encontra no nível do ponto de vista interno. Mas a essa altura já teremos abandonado o positivismo jurídico descritivo e nos aproximado das versões normativas da tese da separação.

O fato é que, no âmbito do positivismo jurídico descritivo, a tese metacientífica da autonomia entre teoria do direito (ponto de vista interno) e filosofia política (ponto de vista externo) é traduzida, internamente, pela *tese científica da separação*, segundo a qual a determinação da existência e do conteúdo do direito independe de considerações de moralidade política. E, no garantismo, essa total liberação do teórico do direito em relação à moralidade política é questionável, especialmente se tivermos em conta o *modelo garantista de direito*, um arranjo ideal de orientações normativas que é fruto da experiência histórica da positivação de determinados direitos humanos nos modernos estados constitucionais de direito.

É especialmente o modelo garantista de Direito Penal que nos faz colocar em dúvida a total independência dessas três dimensões do garantismo (filosofia política, modelo de direito e teoria do direito). A conexão mais evidente entre essas “ilhas” parece ser a seguinte: as reflexões de filosofia política levadas a cabo pela tradição garantista ajudaram ou ajudam a compor o modelo garantista de Direito Penal; este modelo, por seu turno, irá exercer certa pressão sobre a determinação do conteúdo das normas jurídicas no âmbito da teoria garantista do direito.

4.2.3 A pressão do modelo garantista de Direito Penal sobre a interpretação

Ao lado da teoria do direito e da filosofia política, Ferrajoli vislumbra ainda um terceiro sentido para a palavra “garantismo”: o garantismo pode ser também compreendido como *modelo de direito*. E a influência que esse modelo exerce sobre a interpretação dos textos jurídicos autoritativos torna especialmente delicada a delimitação entre argumentos internos e externos ao direito.

Nesse terceiro sentido, o termo “garantismo” invoca uma determinada *imagem* de direito que deve servir como paradigma de avaliação dos sistemas jurídicos concretos e que corresponde a uma determinada leitura do Estado constitucional e democrático de direito. É nesse sentido que, segundo o autor, “o garantismo é sinônimo de ‘Estado constitucional de direito’”.⁵⁷⁴

Nessa acepção, portanto, o garantismo pode ser entendido como um discurso que, reconstruindo e avançando na tentativa de realização desse projeto (construção de um

⁵⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 356.

Estado constitucional de direito), fornece os padrões ideias que podem ser utilizados como parâmetros de avaliação da realidade jurídica. O modelo garantista do Estado constitucional de direito desempenha, pois, um importante papel crítico, já enquanto “modelo teórico-normativo, destinado a não ser nunca plenamente realizado”,⁵⁷⁵ funciona como uma ideia regulativa, como um critério para avaliar as diversas experiências históricas de concretização do modelo ideal. É dizer, a crítica dos diversos sistemas jurídicos concretos ocorre a partir dos critérios fornecidos pelo modelo garantista, seja quando os sistemas concretos positivam normas que contrariam o esquema ideal, seja quando deixam de positivar aquelas garantias reputadas essenciais por aquele modelo.

Assim compreendido, o garantismo penal consiste em um modelo ideal de sistema jurídico penal,⁵⁷⁶ elaborado a partir de uma leitura teórica (reconstrutiva) do projeto histórico de implementação de um sistema penal democrático e constitucionalmente limitado. Encampa um conjunto de garantias que funcionam como *condições necessárias* para identificação do desvio punível e, conseqüentemente, para a determinação da responsabilidade penal.⁵⁷⁷

O modelo garantista de Direito Penal é constituído por dez axiomas,⁵⁷⁸ que, harmonizados em um sistema integrado, representam um ideal a ser perseguido pelos

⁵⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal.** Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 306.

⁵⁷⁶ Enquanto modelo ideal ou limite, o garantismo nunca é totalmente implementado. Assim, a comparação dos sistemas jurídicos concretos com este modelo, consente falar em grau de garantismo, assim como distinguir entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 786).

⁵⁷⁷ Os axiomas são condições, limites ou proibições à imposição de pena a alguém (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 101). E, segundo Ferrajoli, cada um desses princípios “enuncia, portanto, uma condição *sine qua non*, isto é, uma *garantia jurídica* para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena” (Ibid., p. 90). Além disso, o que assegura unidade às garantias é o fato de que, em seu conjunto, elas formam este esquema epistemológico de identificação, tanto abstrata, quanto concreta, do desvio punível. Por essa razão, Ferrajoli entende que as garantias penais e processuais legadas pela ilustração e pelo pensamento liberal “formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário” (Ibid., p. 38).

⁵⁷⁸ Os axiomas do garantismo penal são os seguintes: (A1) não há *pena* sem *crime* (princípio da retribuição penal); (A2) não há *crime* sem *lei* (princípio da legalidade); (A3) não há *lei* (penal) sem *necessidade* (princípio da necessidade); (A4) não há *necessidade* sem *lesão* (princípio da lesividade); (A5) não há *lesão* sem *conduta* (princípio da materialidade da ação); (A6) não há *conduta* sem *culpa* (princípio da culpabilidade); (A7) não há *culpa* sem *processo* (princípio da jurisdicionariedade); (A8) não há *processo* sem *acusação* (princípio ou sistema acusatório); (A9) não há *acusação* sem *prova* (princípio do ônus da prova para a acusação); e (A10) não há *prova* sem *defesa* (princípios do contraditório e da ampla defesa) (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos

sistemas jurídicos concretos, de modo que a aproximação de um sistema concreto em relação ao modelo garantista depende do seu maior ou menor comprometimento com a enunciação das garantias em textos jurídicos autoritativos e com a sua efetivação/implementação.

Percebe-se, pois, que o garantismo penal – mais ainda do que o garantismo em sua acepção ampla –, é tributário do iluminismo, pois dele retira não apenas a sua ideia estruturante (proteção de direitos através da fixação de garantias jurídicas), mas, sobretudo, os princípios ou axiomas que formam o núcleo do modelo garantista de Direito Penal.⁵⁷⁹ Trata-se, essencialmente, do desenvolvimento e atualização do pensamento jurídico da Ilustração penal, com toda a carga normativa (político-moral) aí envolvida.⁵⁸⁰

Essa breve caracterização do modelo garantista de Direito Penal e a sua ancoragem na tradição iluminista já revelam como esse modelo situa-se no cruzamento entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. De um lado, possui uma dimensão fortemente normativa, que serve de parâmetro para a avaliação da realidade jurídica; de outro, o próprio conteúdo do modelo garantista é forjado a partir de uma leitura reconstrutiva da própria realidade jurídica. Nessa reconstrução o teórico vale-se tanto dos valores políticos envolvidos no projeto de implementação do Estado democrático de Direito, quanto dos padrões normativos historicamente positivados na experiência concreta desses Estados.

O modelo garantista de Direito Penal funciona como uma espécie de “ponte” que liga os valores assumidos pelo filósofo político garantista à abordagem interpretativa desempenhada teórico garantista do direito.

Já se viu que o núcleo normativo do garantismo (filosofia política garantista) exerce influência decisiva na formulação do quadro conceitual com o qual o teórico do

Tribunais, 2014, p. 91). Como observou o autor, “estes dez princípios, ordenados e aqui conectados sistematicamente, definem [...] o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal” (Ibid., p. 92). Enquanto *condições necessárias* para a determinação da responsabilidade penal, estes princípios estão ligados entre si de tal forma que cada princípio da série implica o princípio sucessivo, ou seja, os axiomas estão “encadeados de maneira que cada um dos termos implicados implique por sua vez o sucessivo” (Ibid., p. 92 e p. 89-90).

⁵⁷⁹ Segundo Ferrajoli, os princípios que formam o alicerce do garantismo penal são produtos da tradição jurídica iluminista e do liberalismo, maturados no século XVIII (Ibid., p. 37). Diz o autor: “O pensamento iluminista representa seguramente o momento mais alto da história – e ao mesmo tempo não honorável – da cultura penal: se não por outro motivo, porque a ele se deve a formulação mais incisiva da maior parte das garantias penais e processuais das formas do Estado constitucional de direito” (Ibid., p. 17).

⁵⁸⁰ O modelo caracteriza-se, assim, (i) no plano epistemológico, por ser um sistema cognitivo ou de poder mínimo; (ii) no plano filosófico-político, como técnica de tutela idônea à minimização da violência e à maximização da liberdade; e (iii) no plano jurídico, por ser um sistema de vínculos impostos à função punitiva estatal em garantia dos direitos dos cidadãos (Ibid., p. 785-786).

direito irá trabalhar posteriormente. Nada impediria, no entanto, que após essa influência inicial – em um “estágio pré-teórico”, por assim dizer –, os conceitos pudessem ser utilizados de forma moralmente neutra.⁵⁸¹

O problema é que o teórico do direito garantista orienta-se pelo modelo garantista de Direito Penal e este exerce enorme pressão sobre a delimitação do conteúdo do Direito Penal (sobre a interpretação da lei penal): toda a carga de filosofia política presente na elaboração do modelo garantista de direito penal é despejada na interpretação dos textos jurídicos.

Assim, por exemplo, a compreensão do conteúdo do dispositivo constitucional que estabelece a garantia penal da legalidade dificilmente poderá dispensar o uso de argumentos de moralidade política. Uma compreensão adequada do sentido dos textos constitucionais que tratam de temas integrantes do modelo garantista de Direito Penal não poderá furtar-se à recuperação do contexto no qual emergiram e dos propósitos políticos perseguidos. E, em seguida, no processo de interpretação das leis penais, a determinação do seu conteúdo também está suscetível ao modelo garantista de Direito Penal: o sentido da lei é totalmente filtrado pelos axiomas do modelo, especialmente quando se concebe que o sentido da lei penal *deve ser* aquele que melhor atenda à noção de máxima efetivação do modelo garantista de Direito Penal.

Tudo isso parece indicar que o garantismo penal não está tão próximo de versões puramente descritivas do positivismo jurídico quanto pode parecer à primeira vista. O garantismo, considerado de forma abrangente em suas três acepções (teoria do direito, filosofia política e modelo de direito), é muito carregado normativamente – no nível teórico – para se harmonizar inteiramente com esquemas metodológicos descritivos e moralmente neutros.

4.3 Garantismo e positivismo jurídico normativo

Os problemas acima expostos podem ser obviados por uma aproximação entre o garantismo penal e o positivismo jurídico normativo. Desde essa ótica, o garantismo não precisaria negar a influência exercida pelo modelo garantista de direito sobre a

⁵⁸¹ Assim, por exemplo, PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução Silvana Vieira. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

identificação do conteúdo do direito. Bem ao contrário: poderia desenvolver um modelo no qual essa influência se viabilizaria sem prejuízo da tese da separação, que, como se viu, coaduna-se perfeitamente com o modelo de juiz penal exigido pelo garantismo.

Há, inclusive, na obra de Ferrajoli, algumas considerações suficientes para afastá-lo de uma vertente puramente descritiva do positivismo jurídico: ao longo de sua obra, é possível identificar, de forma dispersa, algumas concepções que incomodariam os teóricos descritivistas.

4.3.1 Defesa do Estado constitucional e democrático de direito

Como destacou Waldron, há, em geral, uma dimensão normativa (valorativa) na pretensão positivista de distinguir entre padrões jurídicos e não jurídicos. O fato de o positivismo buscar incessantemente um teste de juridicidade (formado por critérios aptos a distinguir padrões jurídicos e não jurídicos) indica, por si só, que existe para nós uma diferença relevante entre ser regido por normas jurídicas e ser governado por padrões normativos diversos. Em uma palavra, existe algo de *dignificante* no direito, decorrente de sua relação com o ideário político do Estado de Direito.

Ferrajoli levou isso às últimas consequências ao conceber o garantismo – não como uma teoria do direito (em geral) –, mas como uma teoria que incide sobre um determinado modelo de direito, a saber, aquele que tem lugar em um Estado constitucional e democrático de direito. Por essa razão, afirmou o autor que “o garantismo é a outra face do constitucionalismo”.⁵⁸²

Quer isso dizer que é importante, sim, confiar o governo de nossas vidas ao direito, mas não a qualquer direito: apenas o direito elaborado no contexto de uma democracia constitucional, isto é, em um contexto político institucional no qual o direito é elaborado pela vontade majoritária (e não de forma autocrática), mas no qual exista também um carta constitucional de direitos capaz de limitar a vontade das maiorias ocasionais.

⁵⁸² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25. Ainda segundo o autor, o garantismo não constitui uma teoria do direito de qualquer época e lugar, mas uma teoria do direito moderno, vale dizer, uma teoria que pretende explicar aquele tipo de ordenamento jurídico “nascido com as modernas Constituições” – o chamado “Estado constitucional de direito” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 790).

Assim, enquanto teoria que tematiza o direito de um arranjo político institucional específico (Estado constitucional e democrático direito), o garantismo traz implícito, já na escolha do objeto, a valorização político-moral desse modelo institucional. O garantismo, nesse sentido, é uma teoria que valoriza moralmente tanto o Estado democrático de direito, quanto o constitucionalismo rígido.

Isso fica ainda mais claro quando se pensa no propósito moral atribuído ao direito pelo filósofo garantista. Como já se viu, incumbe ao direito a função nada trivial de proteger os direitos humanos mediante a limitação dos poderes selvagens. Os dispositivos jurídicos são instrumentalizados para a proteção de direitos, por meio da oposição de limites ao exercício arbitrário dos poderes constituídos. No caso especificamente penal, ao direito incumbe a tarefa de minimizar os níveis de violência social. O direito, portanto, possui uma nobre missão moral.

A valorização do constitucionalismo rígido vem a reboque. Essa forma de constitucionalismo representa, segundo Ferrajoli, o estágio mais avançado – em termos de limitação do poder – de desenvolvimento do Estado de direito. É o momento histórico-institucional em que se consegue impor limites não só ao executivo e ao judiciário, mas também ao poder do legislador.

Todos os conceitos que o garantismo utiliza em sua abordagem do direito destacam, de alguma forma, esse ideal do poder juridicamente limitado. E isso só ocorre porque, antes, atribuiu-se ao direito o papel moralmente relevante de proteger direitos fundamentais. Daí a relevância do Estado democrático de direito e do constitucionalismo rígido. A atribuição de um propósito moral ao direito insere o garantismo em uma intrincada teia de arranjos político-institucionais específicos, concebidos como mais aparelhados para a realização do propósito fundamental do direito.

4.3.2 A crítica do postulado da não-valorização

Um forte sinal do afastamento de Ferrajoli em relação ao positivismo descritivo encontra-se ainda em sua crítica à pretensão de avaloratividade da teoria jurídica – presente na teoria kelsiano do direito, por influência do positivismo lógico.

Embora tenha sido fortemente influenciado pelos modelos positivistas de Kelsen e Bobbio, o positivismo de Ferrajoli assimilou também importantes influxos do desenvolvimento do positivismo jurídico italiano, especialmente a partir das décadas de 60 e 70 do século passado.

A partir da década de 50, o positivismo jurídico foi difundido na Itália pela escola de Bobbio. Norberto Bobbio herda de Kelsen os fundamentos de sua teoria positivista do direito e lhe adiciona uma preocupação com a análise da linguagem, que inaugura, na Itália, o projeto de uma filosofia jurídico-analítica.⁵⁸³

Uberto Scarpelli, ao avançar a trilha da abordagem analítica da linguagem jurídica, termina por desenvolver uma crítica importante à pretensão de pureza do positivismo jurídico kelseniano. Scarpelli observa que a elaboração de teorias e a estipulação conceitual sempre envolvem uma dimensão política, já que pressupõe escolhas ético-políticas justificadas pragmaticamente.⁵⁸⁴ Claudio Luzzati, importante expoente contemporâneo da escola de Scarpelli (escola de Milão), assim explicou a concepção scarpelliana do positivismo jurídico:

Na Itália todos sabem que SCARPELLI é o principal difusor da ideia de que o positivismo jurídico é “uma eleição de segundo grau”. A eleição metajurídica de eleger *per relationem*, que mostra um respeito formalista às normas produzidas por determinadas fontes e autoridades, que são analisadas pela “ciência jurídica” ainda quando tais normas, em casos individuais, se afastem dos valores pessoais dos intérpretes. O caráter ético-político desta eleição de fundo, sem embargo, para SCARPELLI não compromete a separação entre direito e moral. Com efeito, a necessidade de um compromisso extrajurídico de nível superior, para distinguir o direito da moral, para separar o *ius conditum* do *ius condendum*, não elimina, a um nível inferior, a distinção mesma. “É a moral, em uma palavra, que separa o direito da moral”.⁵⁸⁵

⁵⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. Organização e tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79. Diz o autor: “o ato de nascimento da filosofia jurídica analítica italiana é geralmente identificado pelo ensaio, agora clássico, de Norberto Bobbio intitulado *Ciência do Direito e Análise da Linguagem*, publicado em 1950 na *Revista Trimestral de Direito e Processo Civil*” (Ibid., p. 76). Uberto Scarpelli foi outra figura fundamental para o desenvolvimento da filosofia jurídica analítica italiana. Segundo Ferrajoli, “a Uberto Scarpelli, em particular, devem-se os primeiros estudos de análise da linguagem jurídica, de semântica da linguagem normativa e de metodologia da ciência jurídica [...]” (Ibid., p. 75-78).

⁵⁸⁴ Ibid., p. 80.

⁵⁸⁵ LUZZATI, Claudio. **La política de la legalidad: el rol del jurista en la actualidad**. Traducción de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 66. Tradução do autor. Na versão espanhola: en Italia todos saben que SCARPELLI es el principal propugnador de la idea de que el positivismo jurídico es “una elección de segundo grado”. La elección metajurídica de elegir *per relationem*, mostrando un respeto formalista hacia las normas producidas por determinadas fuentes y autoridades y que son analizadas por la “ciencia jurídica”, aun cuando tales normas, en casos individuales, se alejen de los valores personales de los intérpretes. El carácter ético-político de esta elección de fondo, sin embargo, para SCARPELLI no compromete la separación entre derecho y moral. En efecto, la necesidad de un compromiso extrajurídico de nivel superior, para distinguir el derecho de la moral, para separar el *ius conditum* del *ius condendum*, no elimina, a un nivel inferior, la distinción misma. “Es la moral, en una palabra, que separa el derecho de la moral”.

Impressiona como Scarpelli, já em meados da década de 60, houvesse enunciado os principais fundamentos daquilo que hoje tem sido bastante debatido no mundo anglófono, a saber, o chamado positivismo jurídico normativo.

Pouco tempo depois, Giovanni Tarello opõe outro problema à pretensão de neutralidade da ciência do direito. Partindo de uma abordagem analítico-realista, influenciada, sobretudo, pelo realismo jurídico norteamericano, Tarello observa que as normas jurídicas não são – como os textos – um dado prévio sobre o qual possa recair uma descrição neutra. As normas – e, portanto, o conteúdo do direito – são, na verdade, o resultado da interpretação jurídica e esta última, por diversas razões, não consiste em uma mera descrição do significado textual.⁵⁸⁶ Assim sendo, a pureza descritiva não pode ser uma característica do direito já que a própria identificação das normas jurídicas pressupõe uma atividade interpretativa “impura”.

O núcleo da crítica destes dois autores foi recepcionado por Ferrajoli. Apesar de da influência de Kelsen e Bobbio, Ferrajoli, desde cedo, afastou-se, em diversos pontos, destas fontes de inspiração – sem jamais, ressaltar-se, abandonar o paradigma juspositivista.⁵⁸⁷

Acompanhando o positivismo jurídico italiano, Ferrajoli rejeitou expressamente a pretensão de avaloratividade da ciência jurídica, argumento metodológico segundo o qual o jurista não formula (ou não deve formular) *juízos de valor* ao abordar o objeto de sua ciência (abordagem não-valorativa do direito).⁵⁸⁸ Para Ferrajoli, isto não é possível já que

⁵⁸⁶ Sobre Tarello, Ferrajoli assim se manifestou: “Giovanni Tarello, por sua vez, partindo de uma abordagem realístico-analítica, submete a uma revisão epistemológica ainda mais radical o velho juspositivismo dogmático e as suas pretensões de cientificidade, mostrando que as normas não são o objeto preexistente, mas o produto (opinável e mutável) da interpretação e da manipulação dos juristas [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. Organização e tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80).

⁵⁸⁷ Em relação à Kelsen, houve um gradativo processo de distanciamento que parece ter se concluído com o livro, publicado em 2016, *La logica del diritto*, no qual Ferrajoli aponta diversos problemas na teoria de Kelsen, propondo as respectivas soluções. O texto foi traduzido para o espanhol no ano seguinte: FERRAJOLI, Luigi. **La lógica del derecho: diez aporias en la obra de Hans Kelsen**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017. Título original: *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*.

⁵⁸⁸ Este postulado foi e é considerado por muitos teóricos como um elemento constitutivo do positivismo jurídico. Trata-se de uma das aporias apontadas por Ferrajoli na obra de Kelsen (FERRAJOLI, Luigi. **La lógica del derecho: diez aporias en la obra de Hans Kelsen**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017). Além dele, pode-se citar aqui o exemplo de Bobbio que, quanto ao aspecto metodológico, enfatizou o modo avalorativo de abordar o estudo do direito como traço marcante do positivismo jurídico (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 135-138). Segundo o autor, no afã de transformar o estudo do direito em uma verdadeira ciência (nos moldes das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais), o positivismo avançou a tese da

a construção de conceitos e estruturas teóricas sempre pressupõe escolhas ético-políticas e, além disso, a interpretação das fontes jurídicas possui caráter inevitavelmente opinável, decisório e valorativo.

Quanto à ‘tese da neutralidade’ (diria preferentemente da ‘pura descritividade’ ou mesmo da ‘não valoração’) essa exprime um suposto aspecto não do positivismo jurídico, mas da ciência jurídica paleo-juspositivista. Digo um ‘suposto’ aspecto, pois aquele sempre constituiu uma assunção ilusória e largamente ideológica. Na argumentação jurídica e na interpretação das leis, seja doutrinária ou jurisprudencial, são inevitáveis e decerto sempre intervêm juízos de valor de tipo ético-político que desmentem o seu suposto caráter descritivo e ideologicamente neutro. Pensem-se nas inevitáveis margens de valoração presentes na interpretação da lei penal que, neste caso, precisamente a presença de constituições rígidas [...] teve o efeito não de alargar, como comumente se sustenta, mas de restringir, já que servem a excluir as interpretações com elas contrastantes.⁵⁸⁹

Segundo Ferrajoli, a pretensão de avaloratividade da ciência do direito, que sempre pesou como uma verdadeira “obsessão sobre a cultura juspositivista”,⁵⁹⁰ nunca se realizou no plano fático, servindo apenas para mascarar aqueles juízos de valor que são inerentes ao estatuto normativo de seu objeto.⁵⁹¹ Como ressalta o autor, a epistemologia pós-empirista atual tem se destacado por evidenciar uma dimensão pragmática inevitável nos discursos científicos, em virtude da qual as ciência, inclusive as ciências naturais,

avaloratividade: “a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato” (Ibid., p. 135). Ideia similar aparece em Troper que fala no “postulado da neutralidade axiológica”. Para ele, “a abordagem positivista pode ser caracterizada pela convicção de que é desejável e possível construir uma verdadeira ciência do direito, tendo como modelo as ciências da natureza, o que implica várias ideais. É preciso, a princípio, distinguir a ciência de seu objeto de estudo, isto é, a ciência do direito do direito em si. A ciência é compreendida como o conhecimento de um objeto exterior. Em seguida, esse objeto deveria ser descrito, sem que lhe fossem aplicados quaisquer julgamentos de valor (postulado da *Wertfreiheit* ou da neutralidade axiológica)” (TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 26). Ferrajoli indica diversas tradições que contribuíram para a consolidação deste equívoco na cultura juspositivista, como, por exemplo, “el principio weberiano del carácter no valorativo de las ciencias sociales, la idea kelseniana de pureza – en particular, de la teoría del derecho –, la epistemología del primer neopositivismo lógico y su descalificación de los juicios de valor como carentes de sentido y, finalmente, el método técnico-jurídico y el modelo apolítico de jurista transmitido por la pandectística alemana y consolidado entre finales del siglo XIX y comienzos del XX en todas las ramas de la ciencia del derecho” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. v. 1: teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 20).

⁵⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

⁵⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia**. v. 1: teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 29.

⁵⁹¹ Ibid., p. 20.

não são nunca pura e completamente assertivas, incluindo sempre uma inevitável dimensão valorativa e normativa tanto na construção dos conceitos e das teorias, como nas estratégias da investigação empírica. Em consequência, a velha ilusão paleo-neopositivista, e também weberiana e kelseniana, da neutralidade das ciências, incluídas as sociais e jurídicas, foi abandonada.⁵⁹²

Ferrajoli possui, inclusive, uma hipótese para explicar o surgimento da tese da não valoratividade ou da pura descritividade. Para o autor, essa tese só faz sentido à luz do paradigma do *Estado legislativo de direito* (supremacia do legislador), no bojo do qual formou-se o positivismo jurídico novecentista. Nesse paradigma de nível único (sem escalonamento normativo), era subtraído “à ciência jurídica e à jurisdição a formulação de juízos jurídicos sobre a validade substancial das leis”,⁵⁹³ restringindo-se estas à análise da vigência ou existência das normas jurídicas, isto é, ao exame de seus requisitos formais de elaboração. Por acreditar que tais requisitos eram meramente descritivos, isto é, que poderiam ser realizados sem a intervenção de juízos de valor, o paleo-juspositivismo defendeu o caráter avalorativo da ciência jurídica. Contudo, conclui Ferrajoli,

desaparecendo, com as constituições rígidas, o caráter unidimensional do direito positivo e o caráter unicamente formal da validade jurídica, a velha tese da proibição ao jurista de formulação de juízos críticos a respeito da validade e da invalidade das leis se converte no seu oposto: é o próprio positivismo jurídico que impõe aos juristas e aos juízes, com o reconhecimento dos princípios estipulados nas constituições como normas de direito positivo de grau superior às leis, a formulação de juízos jurídicos relativos à validade substancial das leis (com os inevitáveis e sempre subjetivos juízos de valor àqueles conexos) e, desta maneira, a crítica do direito tido como inválido porque em contraste com as normas constitucionais.⁵⁹⁴

E, embora não tenha tematizado expressamente a distinção tarelliana entre texto e norma, Ferrajoli indicou como o caráter sempre opinável da interpretação jurídica faz com que qualquer pretensão de pureza da teoria jurídica resulte em fracasso. Segundo ele, no paradigma do positivismo jurídico contemporâneo, não é possível falar em não-valoração quando se está diante da interpretação das leis.⁵⁹⁵

⁵⁹² FERRAJOLI, Luigi. La pragmática de la teoría del derecho. Tradução de Jordi Ferrer. In: FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. Tradução de José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Pedro Salazar, Marina Gascón, Mary Beloff y Christian Courtis, Lorenzo Córdova, José María Lujambio. México, D. F.: Fontamara, 2004. p. 109. Tradução do autor. Na versão espanhola: no son nunca pura y completamente assertivas, incluyendo siempre una inevitable dimensión valorativa y normativa tanto en la construcción de los conceptos y de las teorías como en las estrategias de la investigación empírica. En consecuencia, la vieja ilusión paleo-neopositivista, y también weberiana y kelseniana, de la neutralidad de las ciencias, incluídas las sociales y jurídicas, ha sido abandonada.

⁵⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

⁵⁹⁴ Ibid., p. 15-16.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 16-17.

Como mostrou o próprio Kelsen, esta atividade envolve sempre, por causa das margens de indeterminação e imprecisão da linguagem legal, espaços de discricionariedade interpretativa chamados a ser preenchidos por opções e juízos de valor que lhe conferem uma inevitável dimensão prescritiva.⁵⁹⁶

Com isso fica perceptível como a influência do positivismo jurídico italiano, especialmente o scarpelliano, aproximou Ferrajoli das versões normativas do positivismo jurídico contemporâneo.

4.4 Propósito e método: o positivismo normativo como base metodológica do garantismo penal

A resposta à questão metodológica apresentada no primeiro capítulo desta tese depende da compreensão de que a relação entre o direito e a moral pode ser tematizada em dois níveis distintos: (i) em um primeiro nível, eminentemente teórico, no qual é possível pensar, de forma mais geral ou filosófica, sobre a relação da moral com o direito enquanto instituição social; e (ii) em um nível mais específico, no qual é possível tratar da relação entre o direito e a moral no contexto da solução oferecida por um sistema jurídico determinado a um caso concreto (contexto de aplicação, em sentido hermenêutico). Por razões meramente didáticas, vou chamar o primeiro nível de “nível teórico” e o segundo, de “nível da aplicação”.

Essa distinção é fundamental para as versões normativas do positivismo jurídico. Já vimos que Waldron tratou dela, denominando o nível teórico de “nível do atacado”, no qual se coloca a questão das funções institucionais exercidas pelo direito, e o nível da aplicação – chamado por ele de “nível do varejo” – no qual se busca a solução que um sistema jurídico específico oferece a um determinado caso.⁵⁹⁷

A importância da distinção reside no fato de que o núcleo teórico do positivismo normativo consiste na tese de que (i) a existência de alguma conexão entre direito e moral no “nível teórico” (ii) não impede a afirmação da separação entre direito e moral no “nível

⁵⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 1: teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. p. 20. Tradução do autor. Na versão espanhola: como mostró el propio Kelsen, esta actividad conlleva siempre, a causa de los márgenes de indeterminación e imprecisión del lenguaje legal, espacios de discrecionalidad interpretativa llamados a ser colmados por opciones y juicios de valor que le confieren una inevitable dimensión prescriptiva.

⁵⁹⁷ WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to *the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 415.

da aplicação”. Mais precisamente, o que os positivistas normativos sustentam é que, justamente por (i) haver um determinado tipo de conexão entre o direito e a moral no nível teórico, (ii) *deve* existir uma separação entre o direito e a moral no nível da aplicação. Ou, em termos scarpelliano, é a própria moral que separa o direito da moral.

Com isso, o que se percebe é que a tese da separação passa a estar direcionada para a resolução de problemas relativos à *determinação do conteúdo do direito*. Ela passa a ser vista como uma espécie de prescrição metodológica que deve ser observada por todos os intérpretes do direito positivo, aí incluído os juízes. Uma prescrição metodológica de cunho negativo, uma vez que sustenta que a solução que o material jurídico autoritativo oferece para uma determinada situação (concreta ou hipotética) deve ser encontrada sem recurso a considerações de ordem moral específicas.

Trata-se da versão normativa ou prescritiva da tese da separação, totalmente rechaçada pela vertente conceitual ou descritiva do positivismo jurídico. Segundo Marmor, um de principais representantes contemporâneos da vertente analítica, o positivismo jurídico, enquanto empresa descritiva, não tem nada a ver com afirmações sobre o que os juízes-intérpretes devem ou não fazer.⁵⁹⁸ Quando isso ocorre, segundo ele, é sinal que o teórico já abandonou a única tarefa propriamente positivista que consiste em descrever a natureza do direito.

Todavia, se hoje o projeto conceitual ou descritivo é amplamente difundido, a ponto de confundir-se com o núcleo do positivismo jurídico, isso nem sempre foi assim. O positivismo normativo não é uma invenção dos teóricos do direito do nosso tempo.⁵⁹⁹ Trata-se, antes, de uma tentativa de resgatar uma parte da tradição positivista que foi historicamente “interrompida” pela assunção hegemônica do projeto conceitual ou analítico.

Os clássicos do positivismo jurídico – como Hobbes e Bentham –, diversamente dos teóricos do positivismo descritivo contemporâneo, estavam especialmente preocupados com as consequências políticas da confusão entre o direito e a moral quando

⁵⁹⁸ MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. p. 688-689. Segundo Marmor: legal positivism is not a theory about the moral duty of judges. Whether judges have a moral duty to apply the law in any given case, is a moral question that can only be answered on moral grounds. Furthermore, no legal positivist that I am aware of has ever suggested that judges need to set aside morality, so to speak, in their official judicial roles (Ibid., p. 688).

⁵⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

da aplicação do direito.⁶⁰⁰ É dizer, já em seu nascedouro, a tese da separação estava direcionada a problemas resultantes da interpretação/aplicação do material jurídico autoritativo.

Nesse sentido, Postema não apenas identificou uma base normativa na reflexão teórica dos positivistas clássicos, como acentuou que essa base, de certo modo, precedia e era determinante para a empresa conceitual desses autores.

Lon Fuller observou há muitos anos que, diversamente de Austin e dos juristas analíticos que o sucederam, Hobbes defendeu abertamente a sua concepção positivista de direito sobre bases político-normativas. Do nosso estudo da teoria jurídica britânica de Hobbes a Bentham ficou evidenciado que Hobbes não foi o único. Encontramos relatos ou teorias gerais sobre a *natureza* do direito, e mesmo *definições* de direito, mas em nenhum caso se tratava de exercícios metafísicos *a priori* ou de análise conceitual, mas antes estavam firmemente fundados em uma reflexão sobre a prática jurídica comum e o seu sentido, e sobre as tarefas ou funções apropriadas do direito na sociedade.⁶⁰¹

Frederick Schauer também nos lembra que Bentham “tomado por seu conhecido desprezo pelos juízes”,⁶⁰² tornou-se um ferrenho defensor da codificação com o nítido propósito de reduzir a discricionariedade judicial:

Era uma característica dos códigos de Bentham, portanto, que eles tentassem impedir os juízes e outros tomadores de decisões jurídicas de realizar julgamentos políticos, econômicos ou morais em casos individuais. A tomada de decisões judiciais – se é que ela existia – era limitada à aplicação de códigos linguisticamente claros a eventos particulares, com resultados legais a serem alcançados, quase que inteiramente, pela aplicação do significado comum dos termos dos códigos aos fatos particulares. A determinação de questões morais simplesmente não fazia parte do processo.⁶⁰³

⁶⁰⁰ Segundo Schauer, a relação entre positivismo jurídico e a tomada de decisão judicial aparece também em Austin, embora com menos força do que em Bentham (SCHAUER, Frederick. *Positivism before Hart*. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013. p. 279 e 282-285).

⁶⁰¹ POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 328. Tradução do autor. No original: Lon Fuller observed many years ago that, unlike Austin and the Analytic Jurists after him, Hobbes openly defended his positivist conception of law on normative political grounds. It is evident from our study of British legal theory from Hobbes to Bentham that Hobbes was not unique in this respect. We encountered general accounts or theories of the *nature* of law, and even *definitions* of law, but in each case they were not exercises in a priori metaphysics or conceptual analysis but were firmly grounded in reflection on familiar legal practice and its point and on the appropriate tasks or functions of law in society.

⁶⁰² SCHAUER, Frederick. *Positivism before Hart*. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013. p. 284.

⁶⁰³ *Ibid.*, p. 284. Tradução do autor. No original: It was a feature of Bentham's legal codes, therefore, that they attempted to preclude judges and other legal decision-makers in individual cases from making political, policy, economic, or moral judgements. Judicial decision-making was limited, if it had to exist at all, to the application of linguistically clear codes to particular events, with legal outcomes to be reached almost entirely by applying the ordinary meaning of the terms in the legal codes to the facts of particular cases. Determining moral questions was simply not part of the process.

Ainda segundo Schauer, que nesse sentido concorda com Postema, foi a agenda normativa de Bentham que o motivou a formular a tese da separação entre o direito e a moral, isto é, o positivismo conceitual de Bentham foi desenvolvido por razões eminentemente normativas.⁶⁰⁴

É justamente essa dimensão do positivismo jurídico, essencialmente preocupada com a tomada de decisão jurídica e fortemente orientada para a diminuição dos poderes decisórios do aplicador, que se pretende resgatar. Schauer a denomina de “positivismo decisional”,⁶⁰⁵ concebido como “uma visão sobre o arranjo de instituições jurídicas e os procedimentos de tomada de decisão jurídica”.⁶⁰⁶

Mais particularmente, é um visão que, em seu aspecto normativo, procura criar instituições que se baseiem em regras relativamente precisas, minimizando a discricionariedade judicial, limitando o poder de criação jurídica dos juízes e de outros aplicadores do direito, restringindo os órgãos de decisão um conjunto limitado de fontes facilmente identificáveis e, em geral, promovendo a previsibilidade e limitando a autoridade judicial.⁶⁰⁷

Se a dimensão decisional é uma marca importante do positivismo jurídico dos clássicos, o fato é que, em algum momento no evoluir da tradição, a questão conceitual

⁶⁰⁴ Ibid., p. 283.

⁶⁰⁵ Schauer compreende o positivismo jurídico de uma maneira diversa do sentido analítico ou conceitual que ele assumiu na teoria jurídica desde Hart. Como explica Struchiner, “para Schauer, a tarefa do positivismo consiste em ser capaz não só de diferenciar o direito de outras esferas normativas, mas mostrar como essa diferenciação impacta a maneira peculiar com a qual juízes, advogados e outros operadores do direito argumentam e tomam decisões” (STRUCHINER, Noel. O(s) positivismo(s) de Frederick Schauer. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 184). Schauer nos fornece três conceitos de positivismo jurídico: (i) positivismo conceitual, que é a abordagem dominante (positivismo jurídico descritivo) e que concebe o conceito de direito como algo dotado de certa estabilidade e que pode ser descrito sem elementos morais; (ii) o positivismo normativo, que pensa o conceito de direito como sujeito modulações de significado a partir da compreensão dos participantes da prática jurídica, isto é, conceitos são “artefatos sociais, sujeitos a criação e recreação pela sociedade na qual eles existem”; e (iii) positivismo decisional que consiste em “uma visão sobre o papel do direito positivo na tomada de decisões jurídicas” (SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin’s Jurisprudence**. New York: Springer, 2013. p. 276-280). Esses três conceitos de positivismo jurídico podem ser compreendidos como três dimensões diversas, mas interligados do positivismo jurídico: “os três tipos de positivismo esboçados acima estão em uma relação linear e lógica entre si, sendo o positivismo conceitual um pré-requisito para ambos, o positivismo normativo e decisional, e sendo o positivismo normativo também um pré-requisito para o positivismo decisional” (Ibid., p. 287).

⁶⁰⁶ Ibid., p. 278. Tradução do autor. No original: For now, it is sufficient to say only that decisional positivism – some might call it formalism – is a view about the design of legal institutions and legal decision-making procedures.

⁶⁰⁷ Ibid., p. 279. Tradução do autor. No original: More particularly, it is a view that in its normative aspect seeks to create institutions relying on relatively precise rules, minimizing adjudicative discretion, limiting the law-making power of judges and other law-application officials, restricting legal decision-makers to a limited set of easily identifiable sources, and in general fostering predictability and limiting judicial authority.

ou descritiva tornou-se preponderante e as bases normativa e decisional foram decotadas das teorias positivistas do direito.⁶⁰⁸

Logo, a questão central para o positivismo normativo é resgatar essa dimensão perdida e deixar claro que a preocupação com a distinção entre direito e moral no nível da tomada de decisão jurídica não precisa necessariamente se estender às reflexões mais gerais da teoria jurídica. A tese da separação, reclamada no nível da aplicação, não precisa vincular o jurista com nenhum tipo de neutralidade moral no nível teórico-institucional.

Nesse sentido, Campbell observou que muitos compreenderam, erroneamente, que a tese da separação entre o direito e a moral subtrairia ao teórico do direito a possibilidade de uma tomada de posição moral nas reflexões sobre as funções institucionais do direito:

A distinção [austiniana] entre a existência e o mérito do direito foi assumida como se implicasse que a teoria do positivismo jurídico estivesse em si mesma confinada ao estudo da existência do direito de forma oposta aos seus méritos. Essa é uma suposição falaciosa. Uma teoria sobre como o direito deve ser pode, de maneira consistente com suas próprias premissas, recomendar um sistema jurídico no qual se preste escrupulosa atenção à distinção entre o “ser” e o “deve ser” em relação a questões como a identificação e aplicação das normas jurídicas.⁶⁰⁹

Com base nessas considerações, torna-se perfeitamente coerente a relação entre o núcleo normativo do garantismo penal e a sua base metodológica juspositivista. O garantismo penal, no nível teórico, avança uma série de reflexões sobre o sentido do direito que serão determinantes para a sua teoria da aplicação da lei penal. A solução para

⁶⁰⁸ Assim se manifesta o Schauer: The question is not whether conceptual legal positivism is a true theory of the nature of law. Rather, it is whether the question to which conceptual legal positivism is the answer is the most important question to be asked about law. It was not for Hobbes, it was not for Bentham, and it may not have been even for Austin. But that is not to say it is not important. Still, if we accept that there are other important that those questions were central to many of the major figures in a positivist tradition that long predated Hart, and that some of those questions are important to us now, we should worry about a definition of legal theory, or of the jurisprudential enterprise, that treats those other questions as less important, or even less important to those who have the philosophical skills to illuminate them. Many of these questions have arisen in the positivist tradition, and if there is a definition of positivism that excludes from serious philosophical inquiry questions that were originally part of the tradition, and that were prominent in the thinking of many of the great historical figures of that tradition, then there are ample grounds to foster an understanding of the positivist tradition that does not cut off access to the questions that the tradition has thought important (Ibid., p. 289-290).

⁶⁰⁹ CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004. p. 25. Tradução do autor. No original: The distinction between the existence and the merit of law has been taken to imply that the theory of legal positivism is itself confined to the study of the existence as opposed to the merit of law. This is a fallacious assumption. A theory of how law ought to be can, consistently with its own premises, commend a legal system in which scrupulous attention is paid to the distinction between “is” and “ought” in relation to such matters as the identification and application of laws.

o problema metodológico suscitado nesta tese, portanto, poderia ser resumida na seguinte assertiva: mais Bentham e menos Kelsen.

Ferrajoli não pretendia, como já se viu, elaborar uma teoria do direito moralmente neutra em termos kelsenianos. Bem ao contrário, o garantismo é apresentado como uma concepção teórica que só faz sentido diante de um determinado arranjo político-institucional: o Estado democrático e constitucional de direito.

Além disso, a tradição garantista da ilustração, que é resgatada por Ferrajoli, baseia-se em um conjunto de pré-compreensões político-moralmente carregadas. O garantismo foi forjado sobre uma série de argumentos funcionais sobre o papel do direito na sociedade. Nessa senda, trata-se de uma teoria que concebe o direito (enquanto instituição social) com “bons olhos”, depositando nele a esperança de nobres realizações – como é o caso da proteção dos direitos humanos em face dos poderes sociais e estatais.

Desde que sejam bem distinguidos os planos do *ser* e do *dever ser* no nível argumentativo, nada impede que a teoria garantista receba esses influxos normativos. No nível teórico, portanto, a tese da separação se restringe a distinguir os argumentos factuais e normativos, sem, contudo, impedir o seu relacionamento nas reflexões do teórico garantista do direito.

Já se viu que ao Direito Penal, especificamente, incumbe a nada fácil tarefa de impor limites aos anseios punitivistas da sociedade e do Estado. Como observa Ferrajoli, junto ao fenômeno delitivo podem eclodir duas formas de violência: a violência que se consubstancia na própria realização do delito, ao atingir os direitos fundamentais da vítima; e a violência que se manifesta nas reações ao crime, sejam tais reações espontâneas ou institucionalizadas.

É certo, portanto, que no nível teórico-funcional o Direito Penal é compreendido como um dispositivo destinado à minimização dos níveis de violência social. É esse o duplo propósito garantista: prevenir a violência delitiva mediante a cominação/aplicação das penas e prevenir as reações violentas, exageradas ou arbitrárias à prática do delito. Mas, considerando que, quando surge o problema jurídico-penal, o delito já ocorreu, o sistema de garantias é concebido, preponderantemente, como um mecanismo jurídico de contenção da reação pós-delitiva.

À luz de tais propósitos político-morais, os três sentidos atribuídos por Ferrajoli ao garantismo penal (filosofia política, modelo de direito e teoria do direito) se relacionam de forma coerente e interdependente, uma vez que, nos termos da distinção aqui suscitada,

o modelo garantista de Direito Penal ficará responsável por promover a ligação entre o nível teórico e o nível da aplicação.

Esse movimento poderia ser esquematicamente resumido nos seguintes passos: (i) no nível teórico, a *filosofia garantista* estabelece os propósitos que orientam o sistema jurídico-penal; (ii) com base nesses propósitos, reconstrói-se o *modelo de direito* (modelo garantista de Direito Penal) destinado a assegurá-los; (iii) esse modelo impõe ao *teórico do direito* o postulado da separação entre direito e moral que deve ser utilizado no contexto da interpretação/aplicação do Direito Penal.

O controle da violência pós-delitiva (um dos propósitos fundamentais do Direito Penal) impõe a necessidade de racionalizar o processo de criminalização, assegurando, além disso, a tutela da liberdade individual. Essa racionalização, compreendida como a eliminação de decisionismos, é alcançada pela elaboração do sistema da estrita legalidade (modelo garantista de Direito Penal).

O garantismo-filosofia, assim, se transfigura em um modelo de Direito Penal, que é parte normativo, parte descritivo. Esse sistema consiste em uma releitura das garantias penais e processuais penais que passam a constituir os axiomas do sistema garantista. Do modelo garantista de Direito Penal resulta um esquema epistemológico – já mencionado acima – que se destina a controlar e impor limites tanto ao processo de criminalização primária a cargo do legislador, quanto ao processo de criminalização secundária realizado pelo juiz e demais agências penais. Assim, quanto mais os sistemas jurídico-penais concretos se aproximam do modelo garantista, mais próximo o referido sistema estará da consecução dos propósitos indicados no nível teórico.

A separação entre o direito e a moral, no nível aplicativo, é uma decorrência do modelo garantista de Direito Penal e uma condição de possibilidade dos propósitos do sistema penal. Sem ela, não há limitação possível na tomada de decisão jurídica. Isso porque o modelo garantista de Direito Penal destina-se a assegurar a estrita jurisdicionariedade e o cognitivismo processual e, assim, a minimizar os espaços de valoração moral na formação dos juízos penais. Desse modo, a tese normativa da separação entre o direito e a moral incide em toda sua plenitude quando se trata de encontrar, no sistema jurídico concreto, a solução para determinado fato aparentemente delitivo.

Graças à ligação proporcionada pelo modelo garantista de direito, toda a carga normativa presente no nível teórico do garantismo desagua no nível da aplicação por meio da tese normativa da separação. A realização dos propósitos garantistas do sistema penal

depende de um sistema jurídico que identifique e aplique o material autoritativo nos termos do positivismo jurídico exclusivo.

O relevante aqui é que, para a consecução dos fins de proteção e segurança perseguidos pelo garantismo penal, basta que a tese da separação seja observada apenas pelos participantes da prática jurídica, sendo desnecessária sua incidência sobre o trabalho do teórico, em suas reflexões sobre as funções e o sentido do direito. Nada, em princípio, impede que o teórico do direito seja sensível aos propósitos normativos de uma determinada prática.

5 OS PROPÓSITOS DO DIREITO E A ORIENTAÇÃO NORMATIVA DA INTERPRETAÇÃO: O PROBLEMA METAINTERPRETATIVO

Uma vez constatado, nos capítulos precedentes, como o garantismo penal pode beneficiar-se metodologicamente de uma aproximação com as versões normativas do positivismo jurídico, é possível começar a tratar os problemas com os quais a tradição positivista tem se defrontado em matéria de interpretação.

Esse tema tem sido especialmente tormentoso para o positivismo jurídico descritivo, o qual, limitado pelo próprio projeto conceitual, pouco ou nada tem a dizer em termos de normatividade interpretativa. Mas é claro que as razões que impediram o positivismo descritivo de avançar teoricamente nessa temática não se acham presentes em suas versões normativas.

Logo, o objetivo deste capítulo é refletir sobre as possibilidades do positivismo jurídico em relação ao *problema metainterpretativo*. Trata-se do problema referente à escolha por parte do intérprete da abordagem interpretativa adequada e constitui subconjunto de um problema maior que é representado pelo projeto da modernidade de limitar o poder pela linguagem dos textos jurídicos autoritativos.

A capacidade limitativa da linguagem jurídica é condicionada pela interpretação, já que os limites impostos ao poder são estabelecidos pelas normas jurídicas (compreendidas como uma determinada interpretação do documento normativo).⁶¹⁰ Por isso, não se pode perder de vista que a edição de textos jurídicos autoritativos é uma etapa necessária, mas não suficiente para a consecução dos propósitos limitadores do direito. Algo ainda precisa ser dito sobre o modo como esses textos *devem ser* interpretados por seus aplicadores.⁶¹¹

Se pensarmos que a interpretação sempre envolve aquele que interpreta e aquilo que é interpretado, creio que as dificuldades inerentes ao projeto de limitação linguística do poder podem ser divididos em dois grandes grupos: (i) um primeiro grupo, no qual

⁶¹⁰ Na lição de Guastini, considera-se “disposição qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes” e, por seu turno, a norma jurídica é “todo enunciado que constitua o sentido ou significativo atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado” (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25-26).

⁶¹¹ Nesse sentido, a resolução de problemas interpretativos é uma condição necessária para que o garantismo possa atingir seu propósito de oferecer limites ao poder de punir. É dizer, caso se queira avançar na implementação do propósito garantista de limitação do poder punitivo pela linguagem legal será preciso, de algum modo, conter o arbítrio dos intérpretes da lei penal.

situam-se as dificuldades interpretativas inerentes a própria estrutura da linguagem (ao objeto da interpretação); e (ii) um segundo grupo, no qual a maior liberdade interpretativa decorre das variadas abordagens interpretativas que se abrem ao intérprete (ao sujeito interpretante).

Esta tese cuidará do segundo problema. A questão metainterpretativa entrou em evidência após a segunda crítica de Dworkin ao positivismo. Já vimos que nela, Dworkin demonstra que os participantes da prática jurídica frequentemente divergem sobre a abordagem interpretativa que deve ser assumida diante de um texto jurídico autoritativo. A teoria do direito como integridade consiste, assim, não só em uma explicação da existência desses desacordos metainterpretativos, como também em uma fonte de orientação normativa para o intérprete do direito.

O positivismo jurídico, por seu turno, tem tradicionalmente se alheado ao problema metainterpretativo. A concepção de questão Kelsen sobre o tema é muito representativa desse distanciamento. Ela sustenta que o teórico do direito nada tem a dizer acerca das abordagens metodológicas da interpretação jurídica. Essa concepção, contudo, não ajuda em nada quando o que está em jogo é a implementação de um sistema jurídico que guarde proximidade com o modelo garantista de Direito Penal.

No interior do positivismo jurídico merece destaque a contribuição de Scott J. Shapiro, por se tratar de um novo modo de encarar o problema. Com sua teoria da economia da confiança, Shapiro procura mostrar que o positivismo jurídico tem, sim, algo a dizer sobre o problema metainterpretativo. Sua concepção, como se verá, será relevante para a fundamentação dos limites interpretativos impostos aos aplicadores do Direito Penal.

Seguindo esse roteiro, torna-se perfeitamente possível pensar em um modelo de interpretação do Direito Penal sensível aos propósitos de um modelo garantista de Direito Penal sem, no entanto, abandonar o marco metodológico juspositivista – que, é sempre bom lembrar, constitui um componente fundamental do próprio modelo garantista de Direito Penal.

5.1 O projeto de contenção do poder pela linguagem jurídica e suas limitações interpretativas

Desde o surgimento do Estado de Direito, com as revoluções liberais do século XVIII e o declínio das monarquias absolutistas, a Modernidade atribuiu uma grande

responsabilidade à linguagem jurídica: confiou a ela a difícil missão de impor limites ao poder político.

Nesse período, o constitucionalismo moderno inaugurou um modelo de Estado (Estado de Direito), o qual, amparado no paradigma da legalidade, passou a atribuir a padrões normativos escritos e previamente editados a função de conter o arbítrio dos agentes encarregados do exercício das funções públicas.⁶¹²

Nascia, assim, o paradigma *garantista* do poder limitado, no qual a *lei* irá assumir a função de dispositivo de contenção do poder político. A propalada substituição do “governo dos homens” pelo “governo das leis” veio, portanto, acompanhada da promessa de racionalização do poder político que, doravante, passava a estar limitado por textos legislativos, concebidos como verdadeiras garantias de previsibilidade.⁶¹³ O constitucionalismo moderno representa, como assinala Canotilho, “uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*”.⁶¹⁴

É nesse contexto que começa a ser desenhado o modelo garantista de Direito Penal. O pensamento penal ilustrado, amparado no paradigma moderno da legalidade (Estado de Direito), principia a estruturação de um modelo teórico de sistema penal capaz de racionalizar e limitar o decisionismo punitivista, todo ele baseado na capacidade limitativa de dispositivos linguísticos em relação ao poder punitivo estatal. Como enfatiza

⁶¹² O projeto moderno de Constituição envolve, segundo Canotilho, a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52). Esse movimento ocorreu inicialmente em relação aos agentes do Executivo e do Judiciário com a implantação do Estado de Direito – denominado por Ferrajoli modelo legislativo ou paleo-positivista – e, posteriormente, com a consolidação das constituições rígidas (Estado Constitucional de Direito), também em relação aos membros do Poder Legislativo, inclusive com a retirada de determinadas pautas da deliberação parlamentar (FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014. p. 17-20).

⁶¹³ A respeito da garantia da legalidade, Jescheck e Weigend salientam que suas raízes se cimentam sobre a ideia de uma razão comum a todas as pessoas que encontrou sua expressão decisiva na Lei e que exclui a arbitrariedade estatal como uma ‘perturbação’ irracional, sobre o postulado do reconhecimento para toda pessoa de direitos e liberdades naturais de caráter inviolável, sobre a limitação da missão do Estado à proteção jurídica e sobre a exigência de segurança e certeza do Direito em favor de uma burguesia cada vez mais influente” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 140. Na tradução espanhola: sus raíces se cimentan sobre la idea de una razón común a todas las personas que ha encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye a la arbitrariedad estatal como una ‘perturbación’ irracional, sobre el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable, sobre la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y sobre la exigencia de seguridad y certeza del Derecho a favor de una burguesía cada vez más influyente).

⁶¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

Hassemer, “onde termina a linguagem, começa a força, e a força pode ser adiada enquanto a linguagem tenha efeitos”.⁶¹⁵

E não é preciso dizer que esse movimento histórico em direção ao Estado de Direito e à legalidade representou um avanço sem precedentes em relação ao voluntarismo que era a tônica do antigo regime. No Estado de Direito, os agentes estatais – aí incluídos os juízes – estão vinculados à lei, que aparece como limite ao arbítrio, como barreira intransponível aos caprichos voluntaristas dos agentes públicos.

No entanto, esse novo paradigma não está isento de críticas e de limitações. No século XIX, já é possível rastrear alguns sinais de ceticismo em relação à possibilidade de textos escritos limitarem o poder político. Não haveria, assim, algo de substancialmente ingênuo em imaginar que uma declaração solene de direitos em um texto escrito pudesse limitar a dinâmica das forças do poder político em um Estado?

Ficou bem conhecida, nesse sentido, a provocação de Ferdinand Lassalle, para quem uma “folha de papel” poderia muito pouco em relação ao conjunto dos fatores reais de poder de uma determinada sociedade.⁶¹⁶

É claro que o questionamento de Lassalle se sustenta sobre um problema de perspectiva, por separar, em compartimentos estanques, realidade e normatividade. Como observou Konrad Hesse, Lassalle desconsiderou, em sua crítica, a interdependência existente entre normatividade e realidade, já que se, por um lado, o texto constitucional exerce influência sobre a realidade, por outro, a realidade (as possibilidades fáticas de realização) não pode ser desprezada pela constituição, caso esta queira usufruir de força normativa.⁶¹⁷

⁶¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ad hoc, 2003. p. 13. Na tradução espanhola: “donde termina el lenguaje, comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos”.

⁶¹⁶ Em seu ensaio, Lassalle se propõe a encontrar a essência de uma constituição e, após analisar os fatores reais de poder das sociedades de sua época (poder do rei, das forças armadas, da nobreza, da grande burguesia, da cultura etc.), conclui que “a Constituição de um país” consiste “na soma dos fatores reais de poder que regem um país” (LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Leme-SP: EDIJUR, 2016. p. 27). Essa constatação lhe impõe um conceito dicotômico de constituição: ao lado da constituição real (fatores reais de poder) existiria uma constituição jurídica, que ele chamou, provocativamente, de “folha de papel” (Ibid., p. 35). Ao analisar a relação que existe entre as duas constituições, Lassalle observa que a estabilidade de uma constituição escrita depende de sua adequação à constituição real (aos fatores reais de poder de uma sociedade): “quando essa Constituição escrita não corresponder a real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país” (Ibid., p. 47).

⁶¹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 13-14.

Mas, uma vez corrigido o foco, a essência da questão permanece: considerada a interrelação existente entre normatividade e realidade, *quais são os limites do projeto moderno de condicionamento da realidade por meio de textos jurídicos*, isto é, *em que sentido e com qual intensidade é possível que esses textos possuam força normativa em face de uma pujante realidade?*⁶¹⁸

É certo que aqui não há respostas simples, em virtude de multiplicidade de fatores envolvidos. Um ponto importante é, sem dúvida, que a força normativa de uma constituição escrita depende da existência de uma práxis jurídica que compreenda a importância de se possuir uma constituição e da necessidade de uma luta contínua para concretizá-la – algo similar àquilo que Hesse chamou de “vontade de constituição”.⁶¹⁹ A própria ideia de supremacia da Constituição repousa, em última análise, em uma crença compartilhada pela comunidade jurídica sobre o valor normativo e o lugar que deve ser ocupado pelas constituições nas sociedades políticas contemporâneas.⁶²⁰

⁶¹⁸ É o que questiona Hesse. Segundo ele, “a Constituição adquire forma normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida” (Ibid., p. 16).

⁶¹⁹ Segundo o autor, “essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana” (Ibid., p. 19-20).

⁶²⁰ Daniel Sarmento e Souza Neto explicam que, além de se repousar sobre determinados institutos jurídicos – como a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade – a supremacia da Constituição “depende ainda mais de outro elemento, de natureza sociológica, que os textos normativos não têm como impor: a existência de uma cultura constitucional, caracterizada pela generalizada adesão do povo à Constituição estatal, que ocorre quando este a toma como algo que é seu, e pelo qual vale a pena lutar” (SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26). Mas adiante, referindo-se ao caráter normativo da constituição, os autores nos fornecem um exemplo importante ao afirmarem que “embora o controle de constitucionalidade existisse no papel, ele não tinha muita importância prática no cotidiano da justiça brasileira”, porque “os juízes e tribunais não tinham o hábito de exercê-lo, e nem mesmo de aplicar a Constituição diretamente a casos concretos” (Ibid., p. 27). Por essa razão, em nosso país, foi apenas com a Constituição de 1988 que o texto constitucional passou a ser visto efetivamente como norma jurídica (Ibid., p. 28). Mas é interessante observar que essa ideia não se restringe à Teoria da Constituição. O que se disse em relação à força normativa da Constituição vale, na realidade, para todo o direito, isto é, a força normativa de todo sistema jurídico repousa, em última análise, em uma *crença* da comunidade jurídica: é preciso que os juristas e as pessoas em geral *acreditem* na força normativa destes textos para que eles possam desempenhar o papel que lhes foi atribuído. Textos jurídicos, nesse particular, são como os deuses: só existem e produzem seus esperados efeitos enquanto se acredita neles. Essa é uma das razões do brilhantismo da regra de reconhecimento hartiana. Como já se viu, Hart identificou o fundamento de validade do direito em um *fato social*, a saber, em uma prática social convergente, compartilhada pelos atores jurídicos a respeito da normatividade de determinados padrões. Logo, da noção mesma de regra de reconhecimento é possível deduzir que, no fim das contas, é a existência dessa convenção – isto é, a existência de uma crença compartilhada acerca dos critérios indicativos da juridicidade de determinados padrões (e, consequentemente, a crença em sua força normativa) – que assegura a existência do direito e, por conseguinte, a racionalidade de um poder juridicamente limitado.

Mas para os propósitos deste trabalho importa destacar dois fatores diretamente relacionados à *interpretação* textual. Não há texto sem compreensão e textos podem ser compreendidos de formas diversas. A funcionalidade limitativa de qualquer texto autoritativo depende, portanto, do modo como ele é compreendido (interpretado) por seu aplicador. Quanto mais amplas as possibilidades de obtenção de resultados interpretativos diversos, maior será a liberdade de escolha dos agentes estatais e menor a vocação limitativa do texto jurídico.

Há duas classes de fenômenos que contribuem para a ampliação dos resultados interpretativos e a fragilização dos limites impostos pelo texto autoritativo: (i) a subdeterminação dos textos jurídicos autoritativos é um tema que não pode ser desprezado quando se tem em mente as possibilidades jurídicas de contenção das forças que detém o poder, já que aberturas textuais são espaços juridicamente desregulados de poder; (ii) além disso, a variedade de abordagens e argumentos interpretativos que podem ser utilizados pelo intérprete do direito ampliam ainda mais a possibilidade de obtenção de resultados interpretativos diversos.

A fim de melhor delimitar o objeto deste trabalho, vamos traçar uma distinção entre duas formas de manifestação do fenômeno da discricionariedade judicial no tocante à interpretação jurídica. Embora a relação hermenêutica entre intérprete e texto seja indissociável, é possível distinguir, para fins meramente didáticos, entre as causas da discricionariedade especialmente ligadas ao *objeto interpretado* (subdeterminação do direito) e aquelas que estão mais relacionadas ao *sujeito interpretante*.

Pode-se pensar, assim, (i) em tipo de discricionariedade judicial que é provocada, preponderantemente, por fatores relacionados ao próprio *objeto* da interpretação (os textos do direito positivo); bem como (ii) um tipo de discricionariedade que resulta, preponderantemente, da possibilidade deixada ao *intérprete* de valer-se de diferentes “ferramentas” de interpretação – diferentes cânones/argumentos de interpretação ou posturas interpretativas –, as quais, por seu turno, conduzem ou podem conduzir a variados resultados interpretativos. Vou utilizar a expressão *discricionariedade resultante do objeto* para me referir ao primeiro caso e reservar a expressão *discricionariedade argumentativa, metodológica ou hermenêutica* para fazer referência ao segundo – que, como se verá, é o caso com o qual se pretende lidar neste trabalho.

Existem diversos fatores relacionados ao texto objeto da interpretação capazes de ampliar o número de resultados interpretativos disponíveis ao intérprete. Os candidatos mais frequentemente lembrados pelos teóricos do direito são (i) a insuficiência da

linguagem do direito; (ii) a existência de lacunas no material autoritativo e (iii) a possibilidade de conflito normativo no interior do sistema jurídico.⁶²¹

A indeterminação (subdeterminação) do direito é fator decisivo em tema de discricionariedade judicial. Ela pode resultar, entre outros, dos próprios limites da linguagem,⁶²² da falta de técnica legislativa e redacional adequada,⁶²³ ou de aberturas deixadas no texto propositalmente por seu elaborador.⁶²⁴ Como sustenta Ferrajoli, não é

⁶²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução de Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19-20. O autor acrescenta ainda “a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma” (Ibid., p. 20). Essa hipótese, contudo, parece estar relacionada com aquilo que chamamos aqui de discricionariedade metodológica.

⁶²² A linguagem é, a um só tempo, condição de possibilidade e limite do projeto moderno de contenção do poder pela via do direito. É a linguagem que nos permite trazer à baila, nas relações intersubjetivas de uma mesma comunidade linguística, ideias, sentimentos, sensações e orientações normativas que podem ser compreendidas pelo interlocutor, na medida que se referem a experiências intersubjetivamente compartilhadas. Mas essa capacidade que a linguagem possui de acionar, nas relações interpessoais, um conjunto de experiências, ideias ou sensações comuns é limitada: as *pré-compreensões* do interlocutor sobre um determinado tema podem ser mais ou menos amplas (isto é, existem limitações que dizem respeito à própria riqueza da experiência pessoal do intérprete em relação ao tema que trazido à baila pela linguagem); uma mesma palavra pode evocar *sentimentos* ou *emoções* distintas em pessoas diferentes por variadas razões; um conjunto estruturado de palavras pode fazer vir à mente um conjunto de ideias *similares*, mas, nem por isso, *idênticas*; a linguagem natural é sempre marcada pela vagueza, por polissemias e ambiguidades (sintáticas e lexicais); uma leve variação contextual pode fazer com que um mesmo conjunto de palavras assumam significados completamente distintos etc. Logo, a subdeterminação decorrente dos limites da linguagem não pode ser eliminada. Se direito é linguagem, *os limites da linguagem são também os limites do direito*. Como assinala Hassemer, “‘Direito e linguagem’ é um tema eterno, só a conjuntura muda. A razão é evidente: as leis, sua concretização em direito judicial e na dogmática jurídica, sua interpretação e aplicação em decisões judiciais e na crítica destas decisões, tudo isto é linguagem” (HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2. ed. 1. reimp. Buenos Aires: Ad hoc, 2003. p. 13. Tradução do autor. Na versão espanhola: “Derecho y lenguaje” es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje).

⁶²³ No âmbito penal, a importância da técnica legislativa foi destacada por NAVARRO FRÍAS, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. **Estudios penales y criminológicos**, v. 30, p. 219-267, 2010.

⁶²⁴ É possível que autoridade incumbida de elaborar o texto jurídico autoritativo o faça de forma voluntariamente aberta, deixando algumas questões por resolver, a fim de que a autoridade aplicadora possa decidi-las posteriormente. Trata-se de uma transferência decisória que atribui ao aplicador do direito a tarefa de continuar o processo de “criação” do direito. Refere-se àquilo que Kelsen chamou de indeterminação intencional: “a indeterminação pode ser claramente proposital, isto é, pode ser a intenção da autoridade que editou a norma. Assim, a edição da norma geral sempre se opera – mantendo sua essência – através da pressuposição de que a norma individual editada na implementação da norma geral continuará o processo de determinação, o processo subjacente ao ordenamento hierárquico das normas legais” (KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 33. Na tradução para o inglês, KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128). Hart também se manifestou sobre o tema: “Às vezes se reconhece desde o início que, na esfera a ser controlada juridicamente, as características dos casos individuais variarão tanto, em aspectos imprevisíveis mas socialmente relevantes, que o poder legislativo não pode criar antecipadamente e de modo útil normas uniformes a serem aplicadas caso a caso, sem orientação oficial posterior. Consequentemente, aquele poder

possível “negar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete é, frequentemente, orientado por escolhas de caráter moral”.⁶²⁵ E acrescenta que “opções ético-políticas discutíveis e variadamente argumentáveis [...] estão inevitavelmente por detrás de qualquer interpretação jurídica de um mesmo texto, em face das margens de ambiguidade e de indeterminação da linguagem legal [...]”.⁶²⁶

Mas ainda pior do que a subdeterminação ou insuficiência do texto autoritativo é a inexistência (lacuna) de texto jurídico, no sistema, vinculando a decisão judicial diante de um determinado grupo de casos. Nesse caso, as possibilidades do órgão decisório são extremamente amplas, porque, ainda que haja limites principiológicos à decisão judicial, estes são certamente mais abertos e fluídos do que os resultantes de um texto especificamente voltado a uma determinada hipótese fática.⁶²⁷

Por fim, em relação ao objeto interpretado, a existência de textos jurídicos conflitantes também amplia a discricionariedade judicial, uma vez que, antes de estar limitado por um determinado texto jurídico, o juiz precisará, ele mesmo, resolver o conflito e definir o qual é o texto autoritativo vinculante.⁶²⁸

estabelece, para regulamentar essa esfera, padrões muito gerais, e delega então a um órgão normativo, concededor dos vários tipos de casos, a tarefa de formular normas adaptadas a suas necessidades específicas” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 169-170). Mas registre-se que esse tipo de delegação ou transferência decisória do legislador para o aplicador do direito possui um âmbito de incidência bastante restrito no Direito Penal. No tocante às leis penais que habilitam a incriminação, a garantia penal da legalidade, como se verá no próximo capítulo, impõe ao Parlamento que as leis penais sejam elaboradas com maior precisão possível (taxatividade), além de vedar ao aplicador do direito o recurso à analogia. Pode-se afirmar que no âmbito penal, de um modo geral, é normativamente vedada a transferência aos juízes penais da definição do delito que está a cargo do legislador.

⁶²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁶²⁷ Deve-se enfatizar, contudo, que o problema político decorrente da existência de lacunas é neutralizado no âmbito penal. A garantia da legalidade proíbe a integração das lacunas via analogia, impondo ao juiz penal que, em caso de ausência de texto normativo expresso, decida em favor da liberdade (*favor rei*).

⁶²⁸ Kelsen observou que “a indeterminação do ato legal prescrito pode resultar do fato de que duas normas que pretendem ser simultaneamente válidas [...] por estarem ambas contidas, digamos, em uma mesma lei – se contradizem no todo ou em parte” (KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 34. Na tradução para o inglês, KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 129). Sobre a denominada “colisão de princípio” e sua abertura ao decisionismo por meio da ponderação já fizemos algumas considerações no capítulo anterior. Em relação ao conflito de regras, embora os sistemas jurídicos utilizem critérios relativamente objetivos para selecionar a regra prevalente – critério hierárquico (norma superior revoga norma inferior), critério temporal (norma posterior revoga norma anterior) e critério da especialidade (lei especial revoga lei geral) – eles nem sempre

Mas há também fatores relacionados às abordagens que podem ser assumidas pelo intérprete e sua aptidão para conduzir a resultados jurídicos diversos. Basta pensar na hipótese de um primeiro intérprete que, diante de um determinado caso, privilegia o argumento teleológico em detrimento do sentido literal do texto autoritativo pertinente, enquanto um segundo intérprete, diante do mesmo caso e texto autoritativo, assume o significado literal do texto em prejuízo do sentido considerado, por seu colega, como mais adequado aos anseios sociais.

É sobre a discricionariedade resultante das diferentes abordagens interpretativas (discricionariedade hermenêutica) que se falará de agora em diante. Mas o certo é que tanto neste caso, quanto na discricionariedade resultante do objeto, o *efeito político* será o exatamente o mesmo: a ampliação dos espaços decisórios do intérprete-aplicador e, conseqüentemente, a diminuição do potencial limitativo do documento normativo.

5.2 Discricionariedade metodológica (o problema metainterpretativo)

A discricionariedade metodológica, argumentativa ou hermenêutica consiste em um tipo de discricionariedade judicial que resulta, preponderantemente, da postura assumida pelo intérprete em relação ao texto. Em outras palavras, para além da discricionariedade resultante das hipóteses em que os padrões jurídicos existentes são insuficientes, conflitantes ou mesmo inexistentes, existe um tipo de discricionariedade que se caracteriza pela liberdade do intérprete em relação ao modo como ele se projeta na compreensão do texto.

A possibilidade de “isolar” esse tipo de discricionariedade judicial resulta do fato de que ela representa um tipo de liberdade interpretativa que existiria, em termos hipotéticos, mesmo diante de um texto “perfeito”. Trata-se de um tipo de liberdade que é proveniente das variadas escolhas metodológicas que o intérprete pode fazer com vistas a alcançar determinado resultado interpretativo, independentemente da maior ou menor subdeterminação textual do documento normativo interpretado.

são capazes de eliminar, por completo, a discricionariedade do aplicador. Um exemplo mencionado por Kelsen foi o de regras conflitantes que se encontram no mesmo documento legislativo. Nessa hipótese, ficam afastados os critérios hierárquico e temporal, além de não ser possível, em princípio, a aplicação da regra da especialidade. Mas, mesmo fora dessa hipótese excepcional, a questão não é tão simples. O princípio da especialidade não é tão facilmente aplicável como os demais: existem muitos casos em que não é fácil identificar quando se está diante de uma regra especial em relação a uma regra geral. Sem contar que, em alguns casos, mesmo o critério hierárquico pode encontrar dificuldades de aplicação em casos extremos. É o caso, por exemplo, de não haver acordo sobre o *status* com o qual uma determinada lei foi recepcionada pela Constituição.

Aqui situa-se, em essência, o *problema metainterpretativo*: existe uma pluralidade de abordagens metodológicas legítimas sem que haja, em contrapartida, (i) um amplo consenso entre os participantes da prática jurídica acerca de quais métodos devem ser utilizados em cada caso; nem (ii) o reconhecimento geral da existência de orientações normativas sobre a metodologia interpretativa apropriada.

O primeiro aspecto do problema foi enfatizado pela segunda crítica de Dworkin ao positivismo jurídico – na parte voltada para a natureza convencional da regra de reconhecimento hartiana. Em *Law's Empire*, a crítica ao positivismo inicia-se pela constatação da falta de consenso entre os aplicadores do direito acerca do modo adequado de interpretar os textos jurídicos autoritativos (legislação ou precedente). O objetivo era falsear a premissa positivista de que existe um acordo ou convenção acerca do conteúdo do direito: se o conteúdo do direito é determinado via interpretação e se não há um acordo entre os aplicadores do direito sobre o modo como devem ser interpretados os textos jurídicos, não é possível falar em um consenso sobre o conteúdo do direito.⁶²⁹

Com esse movimento, Dworkin não apenas colocou o problema metainterpretativo no centro do debate teórico, como também acusou o positivismo jurídico de ser uma concepção de direito inteiramente incapaz de explicar adequadamente o problema do dissenso, por partir da pressuposição de um consenso existente entre os participantes da prática jurídica (regra de reconhecimento).⁶³⁰

Esse quadro torna premente uma discussão (de caráter normativo) sobre os limites (jurídicos) da interpretação, especialmente quando se tem em mente o projeto de contenção do poder pela linguagem. É dizer, se o direito pretende limitar as arbitrariedades do poder por meio da linguagem legal, precisa antes *limitar a arbitrariedade do intérprete em relação a linguagem*.

Com isso não se pretende, absolutamente, negar que existam certos consensos significativos sobre a linguagem do direito. Bem ao contrário. Algum consenso sempre existe e vai longe a ideia de que o intérprete pode dizer qualquer coisa sobre o texto. Se é certo que os textos são polissêmicos, também é certo que eles são sempre bem menos

⁶²⁹ A distinção entre texto e norma é fundamental para a compreensão do papel da interpretação na determinação do conteúdo do direito: se a norma jurídica nada mais é do que texto(s) autoritativo(s) interpretado(s), é claro que a determinação do conteúdo do direito pressupõe a atividade interpretativa dos participantes da prática jurídica.

⁶³⁰ E, de fato, o positivismo jurídico tradicional sempre teve dificuldade em oferecer uma resposta ao problema metainterpretativo – o exemplo de Kelsen, abordado mais adiante, é paradigmático a esse respeito.

polissêmicos do que muitos gostariam.⁶³¹ Como bem observa o linguista Amaral Oliveira “do ponto de vista convencionalista, os significados das palavras são determinados pelas convenções da comunidade linguística e não pelos caprichos individuais de cada falante”.⁶³² E se o caráter convencional da linguagem possibilita a comunicação entre as pessoas, pode também funcionar como algum tipo de limite ao poder político estatal.

A questão é que, como já se mencionou, (i) o consenso linguístico de fundo pode não ser tão amplo diante de determinadas combinações linguísticas e diante de uma determinada relação linguagem-mundo (problema subdeterminação da linguagem do direito); e (ii) como destacou Dworkin, efetivamente falta um consenso mais amplo acerca dos métodos interpretativos adequados em cada situação (problema metainterpretativo). Diante disso, corre-se sempre o risco de que capacidade limitativa da linguagem dos textos legais seja desfigurada ou fragilizada em face da força viva do poder político.

Se concebermos a força normativa de um texto legal a partir de sua perspectiva limitadora, isto é, a partir de sua capacidade para regular a atuação estatal e limitar as relações de poder existentes na sociedade, será preciso reconhecer que a ampliação do número de possibilidades interpretativas (aumento das possibilidades decisórias do intérprete) representa uma diminuição dos limites impostos pela linguagem legal. Quanto

⁶³¹ Recordo-me aqui da célebre passagem de Umberto Eco: “frequentemente os textos dizem mais do que o que seus autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem” (ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 81). Um pouco antes o autor havia asseverado: “um texto ‘aberto’ continua, ainda assim, sendo um texto, e um texto pode suscitar uma infinidade de leituras, sem, contudo, permitir uma leitura qualquer. É impossível dizer qual a melhor interpretação de um texto, mas é possível dizer quais são as erradas. No processo de semiose ilimitada é possível passarmos de um nó qualquer a qualquer outro nó, mas as passagens são controladas por regras de conexão que a nossa história cultural de algum modo legitimou (Ibid., p. 81).

⁶³² OLIVEIRA, Luciano Amaral. **Manual de semântica**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017. p. 17. Ao tratar da semântica histórica, que se dedica à análise das alterações de significado das palavras ao longo do tempo, o autor recorda-nos de uma campanha publicitária em nosso país que tentou, sem êxito, promover uma alteração semântica em nossa língua: “curiosa também foi a tentativa da empresa de telefonia celular Oi de provocar uma mudança semântica por meio de uma campanha publicitária no começo das suas operações no Brasil. Vários comerciais na TV mostravam pessoas sendo criticadas por quererem comprar um celular: ela deveriam comprar um Oi, pois celular era coisa do passado. Obviamente, a empresa não foi bem-sucedida nessa empreitada, pois *as mudanças semânticas não são impostas: são os usuários que as instituem*” (Ibid., p. 58. Grifei). Do ponto de vista jurídico, a possibilidade de uma linguagem privativa a cargo de cada magistrado atinge os próprios fundamentos da existência do Direito. Nesse sentido, vale observar a lição de STRECK: “muito mais do que um problema de teoria do direito, esta possibilidade de livre disposição dos sentidos jurídicos manifesta-se, ao fim e ao cabo, como um problema democrático. Se existe uma liberdade para colar significações nas palavras da lei a ponto de subvertê-las, temos uma afronta à democracia, pois nesta presume-se que o Direito seja resultado de uma construção coletiva, intersubjetiva, e não o produto da consciência individual ou de um colegiado. A legitimidade jurídica num ambiente democrático requer outra justificação, que inclui, sobretudo, o respeito aos limites semânticos dos textos constitucionais/legais” (STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. p. 175-176).

mais amplas forem as possibilidades de interpretação de um texto jurídico limitativo, menor será a força limitativa do referido texto em relação ao poder estatal, já que a autoridade jurídica poderá atribuir ao texto a coloração que desejar diante dos casos que lhes são submetidos – é dizer, a capacidade limitativa da linguagem jurídica será extremamente baixa ou mesmo nula se o agente estatal tiver o sentido do texto à sua disposição.

Por essa razão, o paradigma do Estado de Direito e a sua promessa de limitar o poder político pela via da legalidade deve repousar não apenas sobre a possibilidade de formação de certos *consensos intersubjetivos* em torno da linguagem do texto legal, como também sobre a possibilidade de uma regulação (normativa) da atividade do intérprete.⁶³³

Em certo sentido, pois, a maior ou menor capacidade dos textos jurídicos cumprirem sua vocação garantista está atrelada à existência de limites normativos à interpretação jurídica, os quais constituem uma condição *sine quo non* para que a linguagem legal possa desempenhar a função de limitar efetivamente o poder político. Há, portanto, uma relação importante entre a limitação da interpretação jurídica e a força normativa do direito.

Na seara penal, a questão ganha ares ainda mais dramáticos, em virtude da intensidade com que este ramo do direito se apoiou no paradigma da legalidade (e da limitação do poder pela linguagem). Urbina Gimeno tem razão quando acentua que, considerado o propósito garantista do Direito Penal, pouco adianta exigir rigorosamente que o legislador penal elabore os textos incriminadores de modo taxativo, se não houver o mesmo rigor ao tratar o modo como esses textos são interpretados pelos juízes.⁶³⁴ É dizer, os textos jurídicos não serão suficientes para impor limites ao poder punitivo estatal, se não houver limites ao modo como esses textos podem ser interpretados.

Uma tentativa histórica de resolver o problema metainterpretativo provém da chamada “hermenêutica técnica ou normativa”.⁶³⁵ Durante muito tempo, a hermenêutica

⁶³³ Como bem pontua Streck, “cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio (no sentido dworkiniano), e não de política, de moral ou qualquer outro” (Ibid., p. 181-182)

⁶³⁴ GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 173-205.

⁶³⁵ Grondin, por exemplo, conhecido pesquisador da hermenêutica filosófica, sustentou que, até o final do século XIX, a hermenêutica “assumia normalmente a forma de uma doutrina que prometia apresentar as regras de uma interpretação competente. Sua intenção era de natureza predominantemente normativa e mesmo técnica. Ela se restringia à tarefa de fornecer às ciências declaradamente interpretativas algumas

foi concebida como um saber responsável pela formulação de um conjunto de regras destinadas a controlar a atividade interpretativa.

Como leciona Morais da Rosa, a hermenêutica

assim passou a ser denominada no século XVII, como *arte de interpretar*, buscando descobrir regras e métodos para correta interpretação, a *verdadeira*, com o escopo de evitar a “arbitrariedade no campo da interpretação”, acreditando-se na existência de um núcleo fundante, imanente. Por influência da Igreja e da palavra revelada [...], o trabalho da hermenêutica era de, mediante métodos corretos, conceder a *verdade* dos textos. Encontrar um sentido profundo, enigmático, escondido na linguagem era a tarefa do hermeneuta, atuando como mediador dos sentidos editados pelo Outro.⁶³⁶

Parecia-se pressupor – espelhando-se nas ciências naturais – que era possível controlar metodologicamente o resultado da interpretação, de modo que a adoção de métodos adequados seria suficiente para conduzir o intérprete à solução correta. Nesse contexto surgem os cânones hermenêuticos, que ainda hoje configuram importantes elementos na teoria da interpretação jurídica – ainda que a compreensão de sua natureza tenha sofrido importantes alterações, como oportunamente se verá.

A formulação dos famigerados cânones da interpretação jurídica, que representam, sem dúvida, um marco fundamental na história da teoria do direito, surgem a partir da ideia dos elementos de interpretação presentes na obra do romanista e civilista alemão Friedrich Karl von Savigny.

As contribuições de Savigny para a teoria da interpretação das leis encontram-se, especialmente, em dois textos que estão separados no tempo por quase quatro décadas: (i) um texto da juventude, *Juristische Methodenlehre* (metodologia jurídica) e (ii) a sua grande obra da maturidade, o *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema do direito romano atual).⁶³⁷

indicações metodológicas, a fim de prevenir, do melhor modo possível, a arbitrariedade no campo da interpretação” (GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 23).

⁶³⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 170.

⁶³⁷ O primeiro texto é resultado dos apontamentos escritos feitos Jakob Grimm do curso que Savigny ministrou no inverno de 1802-1803 (as Lições de Marburgo). As lições de Savigny foram editadas e publicadas em 1951 por G. Wesenberg (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9-10). O texto foi traduzido para o espanhol (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Traducción de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979) e do espanhol para o português (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução do alemão para o espanhol de J. J. Santa-Pinter. Tradução para o português de Hebe A. M. Caletti Marengo. Adequação linguística de Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001). Já no segundo texto, Savigny dedicou o capítulo quatro do primeiro

Além da distância temporal, há entre os dois textos uma alteração significativa das crenças de fundo do autor: entre um texto e outro, Savigny passa daquilo que Larenz denominou de “positivismo legalista” da juventude para uma nova concepção sobre as fontes do direito, que é marcada pela primazia do direito consuetudinário.⁶³⁸ Se no texto de 1802, o autor identificava o direito positivo com o direito legislado, com o passar do tempo ele se deslocou para a sua conhecida compreensão de que os costumes (o “espírito do povo”) – e não a lei – é que constituem a fonte primária do direito.⁶³⁹ Essa mudança, que já aparece em seu conhecido texto de 1814 (“Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do direito”) e se solidifica no “Sistema”, tem como consequência o abandono de uma concepção lógico-dedutiva, em prol de uma concepção *intuitiva*, na

tomo (de 1840) ao tema da interpretação das leis. O “Sistema” possui uma antiga tradução feita para o espanhol já na segunda metade do século XIX (SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878). Há também algumas indicações metodológicas (teoria do método jurídico) em seu conhecido texto de 1814 – Sobre a vocação do nosso tempo para a legislação e a ciência do direito – as quais, na concepção de Larenz, “não chegam a constituir um todo completo; deixam ver até que ponto SAVIGNY se afastara já do ponto de partida dos primeiros escritos, graças à sua concepção histórica e organológica, já então por ele plenamente desenvolvida, mas não têm em confronto com o escrito ulterior, o ‘Sistema’, nenhum significado autônomo” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9, pé de página).

⁶³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 16-17. Em seu texto da juventude, Savigny fazia a seguinte consideração sobre a objetividade da lei: “a necessidade do próprio Estado radica em que deve existir algo entre os indivíduos que limite o domínio da arbitrariedade de uns contra os outros. [...] O grau de limitação do indivíduo deveria ser independente da arbitrariedade do outro, e um terceiro deveria decidir até onde poderia chegar a limitação. Porém, desde que haja um grande espaço para a arbitrariedade do terceiro, melhor seria que existisse algo totalmente objetivo, algo totalmente independente e afastado de toda convicção individual: a lei. Ela deveria, então, ser completamente objetiva conforme a sua finalidade original, ou seja, *tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio*. Denomina-se saber histórico, todo saber de algo objetivamente dado” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 2-3, Grifei). E, segue o autor: “não é a arbitrariedade do juiz que toma a decisão, mas a própria lei. O juiz apenas reconhece as normas e as aplica no caso particular. Estas normas estão estabelecidas pela ciência do direito. Por isso, o juiz, além da função em comum com o jurista, tem mais outra. Uma vez que a lei foi estabelecida para excluir toda arbitrariedade, a única ação e a única tarefa do juiz é uma interpretação puramente lógica” (Ibid., p. 3-4). Além disso, a defesa da precedência da textualidade na interpretação é também mais explícita em seu texto da juventude: “a lei deve ser objetiva, ou seja, deve se expressar diretamente. Por este motivo, todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais (por exemplo, conhecimento da linguagem da época). A interpretação torna-se fácil se o intérprete se coloca no ponto de vista da lei, mas apenas se for possível conhecer esse ponto de vista por meio da própria lei. Fala-se, geralmente, que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas isso é meia verdade, porque *depende da intenção do legislador desde que apareça na lei*” (Ibid., p. 10. Grifei).

⁶³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 10 e 13. Miozzo esclarece que a crença de Savigny na historicidade implicou a ideia de que se deveria descobrir o direito e não criá-lo. Daí advém a noção de que todo o direito nasce consuetudinário, ou seja, é originado do costume e das crenças do povo e não do arbítrio de um legislador” (MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 89).

qual as relações da vida que constituem os “institutos jurídicos” precisam ser “intuídos” ou “sentidos” pelo jurista.⁶⁴⁰

Não obstante, no que tange aos tópicos mais específicos de sua teoria da interpretação jurídica, é possível sustentar a existência de uma certa continuidade entre o texto da juventude e o da maturidade,⁶⁴¹ razão pela qual se irá concentrar na teoria da interpretação desenvolvida no “Sistema”, destacando, sempre que necessário, as principais alterações de entendimento verificadas em relação aos primeiros escritos de 1802 sobre o problema da interpretação.

Savigny pensa a interpretação jurídica como um modo de assimilação do conteúdo das fontes do direito.⁶⁴² Nela, o intérprete volta-se para o texto da lei, com o objetivo de compreender o seu conteúdo: “toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma. Então, quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei”.⁶⁴³

A compreensão do sentido ou pensamento da lei não se esgota, contudo, na mera leitura das palavras impressas no texto legal, exigindo a adoção de um procedimento intelectual e metodológico complexo. Embora considere que a interpretação é uma arte e que não se pode ensinar uma arte somente “por meio de regras”,⁶⁴⁴ o autor desenvolve alguns argumentos normativamente fortes sobre qual deve ser a postura do intérprete no processo de interpretação das leis.

O sistema metodológico de interpretação em Savigny é composto por algumas distinções importantes: (i) em primeiro lugar, o autor distingue a interpretação das fontes consideradas de forma isolada e consideradas em conjunto; (ii) em relação às primeiras, distingue a interpretação das leis bem elaboradas e das leis defeituosas.

Ao discorrer sobre a interpretação das leis em conjunto, Savigny procurou, com base no princípio da unidade, apresentar soluções para os problemas referentes à aplicação de leis conflitantes (antinomia normativa) e à existência de lacunas normativas.⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 12-14.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁴² SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 145.

⁶⁴³ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 9.

⁶⁴⁴ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 148.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, 1878. p. 179-200.

Mas é especialmente na interpretação das leis consideradas de forma isolada que o autor se preocupa com a questão da compreensão do texto legal. A metódica da interpretação de Savigny foi por ele sintetizada em dois movimentos. Em primeiro lugar, incumbe ao intérprete *reconstruir* o pensamento da lei a partir do texto formulado pelo legislador; em seguida, o texto deve ser relacionado com os dados históricos e com os demais elementos do sistema jurídico.⁶⁴⁶

Para que lei possa gozar da pretendida e necessária objetividade na prática jurídica, é preciso que

o seu espírito seja percebido em sua inteireza e em toda sua pureza por aqueles a quem se refere, os quais devem colocar-se na perspectiva do legislador, reproduzir artificialmente suas operações e recompor a lei em sua inteligência. Esse é o procedimento da interpretação que pode, portanto, ser definido desta maneira: a reconstrução do pensamento contido na lei. Só por esse meio se chega ao conhecimento certo e completo da lei e se está com condição de cumprir o objeto que a mesma se propõe.⁶⁴⁷

Savigny também pensou em um esquema metodológico dual para dar conta da dicotomia entre as leis bem elaboradas e as leis defeituosas. Para a interpretação das leis “em seu estado normal”, quais sejam, “aquelas cuja expressão encerra um pensamento completo que autorizadamente consideramos como o conteúdo verdadeiro da lei”, o intérprete deverá se valer dos *meios ordinários de interpretação*.⁶⁴⁸ Quando, contudo, estiver em jogo a interpretação de leis defeituosas, o intérprete precisará lançar mão de

⁶⁴⁶ Nas palavras do autor: “El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operacion intelectual em virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideracion los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relacion con el texto que tratamos de interpretar” (Ibid., p. 150-151).

⁶⁴⁷ Ibid., p. 149. Na tradução espanhola: para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos á quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su ineligencia. Tal es el procedimiento de la interpretacion que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstruccion del pensamiento contenido en la ley. Solo por este medio se llega al conocimiento cierto y completo de ella y se está en situacion de cumplir el objeto que la misma se propone. O autor ainda esclarece que utiliza a palavra “pensamento” para se referir à *parte intelectual da lei*, por considerar o termo preferível à palavra “sentido” (Ibid., p. 149). Na metodologia, o autor assim colocava a questão: “primeiro é a interpretação: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente seu pensamento. Esta interpretação só é possível através de uma composição tripla da tarefa. A interpretação, portanto, deve ter uma constituição tríplice: lógica, gramática e histórica” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 9). E, mais adiante, afirma: “interpretação é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei” (Ibid., p. 10).

⁶⁴⁸ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 154.

considerações metodológicas adicionais (os *meios extraordinários de interpretação*), destinadas a corrigir (ou remediar) a imperfeição legal.⁶⁴⁹

Os meios ordinários de interpretação nada mais são do que os famosos cânones hermenêuticos, concebidos por Savigny como elementos de interpretação jurídica. No “Sistema” o autor elenca quatro elementos interpretativos: gramatical, lógico, histórico e sistemático.⁶⁵⁰

Na visão do autor, pode-se afirmar que, grosso modo, o *elemento gramatical* é aquele que tem por objeto a linguagem do texto legal, isto é, “as palavras de que o legislador se serve para nos comunicar o seu pensamento”. Por sua vez, o *elemento lógico* envolve um processo de “decomposição do pensamento” ou conteúdo da lei, bem como da busca pelas “relações lógicas que unem as suas diferentes partes”. O *elemento histórico* é aquele que procura explicar as mudanças que a lei interpretada produz no mundo e, por fim, o *elemento sistemático* busca relacionar as instituições e as regras do direito umas com as outras, com vistas à unidade do sistema.⁶⁵¹

O que importa destacar é que, para o autor, os cânones não são alternativas à disposição do intérprete, como se este pudesse optar por um ou alguns cânones em detrimento dos outros. Como *elementos* da interpretação, os cânones são partes integrantes do processo interpretativo. Nesse sentido, “sempre devem ser tomados em conjunto e não de forma isolada”.⁶⁵²

Permanece, todavia, o problema da discricionariedade que resulta das diferentes possibilidades de arranjo e rearranjo dos elementos de interpretação (cânones) na

⁶⁴⁹ Ibid., p. 154-156.

⁶⁵⁰ Ibid., p. 149-150. Em relação ao texto da juventude, portanto, o autor acrescentou o *elemento sistemático* (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 9-10). Como destaca Miozzo, “o elemento sistemático não é pensado originariamente na metodologia ao lado dos outros três. Os chamados quatro cânones da interpretação da hermenêutica clássica na verdade, ao menos nesta fase, são três” (MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 97-98).

⁶⁵¹ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 150.

⁶⁵² MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 97. Nas palavras de Savigny, “el estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretacion, entre las cuales pueda escojese segun el gusto ó el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunion es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar. Por esta razon lo indispensable es no olvidar ninguno de ellos, pues en algunas circunstancias se puede, sin que disminuya la importancia de la interpretacion, omitir alguno, cuando su mencion es inútil ó pedantesca” (SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 150).

justificação de um determinado juízo interpretativo, já que ora prevalecerão uns, ora outros.

No tocante à interpretação das leis defeituosas, Savigny identificou duas espécies de defeito (a expressão indeterminada ou a expressão imprópria) que, a seu ver, demandam soluções jurídicas diversas entre si.

Em primeiro lugar, a lei pode veicular uma “expressão indeterminada”, isto é, pode consubstanciar-se em um texto subdeterminado, seja em virtude de uma incompletude textual (“oração interrompida”), seja em razão de ambiguidade sintática ou semântica. De qualquer modo, nesses casos, a lei não conterà “nenhum pensamento completo”.⁶⁵³

Por outro lado, a lei pode conter uma “expressão imprópria”, definida pelo autor como aquela “cujo sentido está em contradição com o verdadeiro pensamento da lei”.⁶⁵⁴ Aqui Savigny trata de uma defasagem entre o pensamento da lei e o modo como o legislador se expressou linguisticamente.

A interpretação das leis defeituosas exige, pois, o recurso a meios extraordinários de interpretação jurídica, concebidos pelo autor para a correção dos defeitos legislativos. São eles: (i) a interpretação da lei defeituosa em conjunto com outras normas do ordenamento jurídico (abordagem sistemática); (ii) o recurso aos motivos ou fundamentos da lei; e (iii) a avaliação (moral) das consequências ou resultados práticos produzidos por cada alternativa de interpretação.⁶⁵⁵

No caso da interpretação de uma lei cujo defeito é a indeterminação (expressão indeterminada), o remédio será encontrado pelo intérprete na utilização de um dos três artifícios metodológicos extraordinários que devem ser utilizados rigorosamente na ordem em que foram enunciados acima.⁶⁵⁶

O problema, contudo, será mais grave se o defeito legislativo consistir na presença de uma “expressão imprópria”, caso em que a solução na via interpretativa exigirá maiores precauções.⁶⁵⁷ Isso porque a correção da expressão imprópria passa pela ampliação ou restrição do sentido do texto (interpretação extensiva ou restritiva), isto é,

⁶⁵³ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 155. O autor assim definiu uma expressão indeterminada: “La indeterminacion que oscurece un pensamiento, puede referirse a una expresion incompleta o a una expresion ambigua” (Ibid., p. 156).

⁶⁵⁴ Ibid., p. 155. Nas palavras do autor, “es impropia una expresion cuando dá un sentido claro y determinado, pero diferente del pensamiento real de la ley” (Ibid., p. 159-160).

⁶⁵⁵ Ibid., p. 155-156.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 158-159.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 155.

pela correção da expressão legal (correção do texto) a partir daquilo que foi determinado como sendo o conteúdo (ou pensamento) da lei.

Savigny é consciente dos problemas envolvidos na interpretação extensiva e restritiva tanto que, em seu texto da juventude, rechaçou veementemente essa possibilidade como uma forma de arbitrariedade, já que nela o intérprete utiliza a razão da lei (seu *telos*) como um pretexto para a sua modificação.⁶⁵⁸

No “Sistema”, Savigny passa a admitir, ainda que com muita reserva, o procedimento ampliativo ou restritivo como forma de remediar as leis dotadas de “expressão imprópria”. As ressalvas dizem respeito especialmente às dificuldades envolvidas no processo de ampliação/restricção do sentido textual: deve-se pressupor a existência de um sentido (pensamento) da lei que se descola do texto legal e, ao fazê-lo, entra em conflito com esse. E, embora haja nesse expediente uma ordenação hierárquica implícita (o espírito da lei irá prevalecer sobre seu texto), não é isso que incomoda o autor, mas sim o fato de que esse espírito (pensamento da lei) não pode ser adequadamente provado. O principal problema destacado por Savigny é, portanto, a dificuldade de provar a existência do sentido (teleológico) que se opõe ao texto legal.⁶⁵⁹

Para explicitar o pensamento (correto) que subjaz a expressão imprópria do texto legal, Savigny recorre aos meios extraordinários de interpretação, mas impõe ao intérprete novas restrições funcionais, pois “o objeto da interpretação é fixar os verdadeiros limites da lei e não os ultrapassar”.⁶⁶⁰ É com essa cautela que se deve lançar

⁶⁵⁸ MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014. p. 98. A seguinte passagem expressa bem a concepção do jovem Savigny: “há de se notar que esta operação é tão arbitrária que não é possível falar em uma verdadeira interpretação, porque o que o juiz deve adicionar à lei, por este único fato, não pode ser objetivo. Isso é ainda mais evidente pela insegurança da realização da operação, porque de cada regra se desprende uma sequência gradual de razões: uma considerada de modo geral, e a outra, de forma especial, de modo que a razão pode ser aplicada a mais ou menos assuntos. Por este motivo, a operação deve ser descartada, porque a razão não é objetiva pela lei, porém, pela lei, algo objetivo deve ser expressado. Existem casos nos quais a razão não está dada especialmente, mas de maneira tão geral que tudo pode ser entendido através dela. Desde que esta operação apenas é acidental, não pode ser de aplicação na ciência do direito” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 42). Segundo ele, no direito romano admitia-se a interpretação extensiva/restritiva, porque os romanos não distinguiram bem criação e aplicação do direito. Assim, hoje, “certamente, só será possível um aperfeiçoamento da lei através do legislador, mas nunca através do juiz. [...] O pretor tinha tal faculdade, mas não o juiz de nossos dias” (Ibid., p. 46).

⁶⁵⁹ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 160. Trata-se, segundo o autor, de um movimento que “pode, em sua aplicação ocasionar grandes controvérsias, pois toda a dificuldade se reduz a provar o fato em questão” (Ibid., p. 160). Esse fundamento já aparece em SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 40-41.

⁶⁶⁰ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 162.

mão dos meios extraordinários de interpretação: (i) o cotejo com outros textos é a forma mais segura de revelar o pensamento oculto da lei;⁶⁶¹ (ii) já o recurso aos motivos ou fundamentos da lei só será admitido se a referência tiver como base os motivos específicos e não gerais da lei, sob pena de se “modificar o direito querendo interpretá-lo”;⁶⁶² (iii) por fim, segundo o autor, nessa hipótese fica vedado ao intérprete recorrer a uma avaliação das consequências práticas (morais) da interpretação da lei como expediente para corrigir a expressão legal.⁶⁶³

Basta uma rápida exposição do intrincado sistema metodológico elaborado por Savigny, para se perceber que o autor acreditava na possibilidade de uma interpretação jurídica metodologicamente orientada e apta a atingir o conteúdo correto (pensamento ou sentido) da lei. Para tanto, o autor desenvolveu uma série de considerações de ordem normativa destinadas a dizer o que o intérprete pode e não pode fazer quando da interpretação da lei.

A impossibilidade de controlar metodologicamente o resultado da interpretação, contudo, foi bem destacado pela hermenêutica ontológica. Não há um sujeito “descobridor fundamental do sentido”.⁶⁶⁴ Sendo a compreensão um *modo de ser-no-mundo* – e a interpretação um tipo de articulação da compreensão – é totalmente impossível qualquer tentativa de controlá-la metodologicamente. Trata-se de um acontecimento anterior às amarras metodológicas.

É o que ensina Lenio Streck, para quem “o método sempre chega tarde”, já que, “quando eu digo que interpreto de determinado modo, baseado em um dado ‘cânone hermenêutico’, o Dasein já se pronunciou de há muito, porque é condição de possibilidade”.⁶⁶⁵

Mas afóra a impossibilidade hermenêutica, outras razões costumam ser invocadas pelos teóricos do direito para justificar o fato de que a utilização dos cânones não é capaz de assegurar um único resultado interpretativo. Dois argumentos podem ser destacados: (i) os cânones são extremamente amplos, de modo que a utilização de um mesmo cânone por intérpretes diferentes pode levar a resultados diversos; (ii) não há um

⁶⁶¹ Ibid., p. 161.

⁶⁶² Ibid., p. 165.

⁶⁶³ Ibid., p. 165-166.

⁶⁶⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 171.

⁶⁶⁵ STRECK, Luiz Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004. p. 128.

consenso ou uma orientação normativa prévia sobre qual cânone deve prevalecer nesta ou naquela hipótese.

O primeiro argumento foi utilizado por Hart. Após tematizar a textura aberta do direito, Hart esclareceu, na única menção que fez aos cânones de interpretação no capítulo sete de “O conceito de direito”, que eles não conseguem remediar o problema da indeterminação do direito:

Os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas [decorrentes da textura aberta do direito], embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação. Não podem, mais que as outras normas, fornecer sua própria interpretação.⁶⁶⁶

Em síntese, enquanto *normas* de uso da linguagem, os cânones também são formulados em termos linguísticos e padecem dos mesmos limites inerentes à natureza da linguagem em geral. Possuem, portanto, tanto quanto as normas que compõem o ordenamento jurídico, uma textura aberta e estão igualmente sujeitos às dificuldades que caracterizam a classificação de particulares a partir de conceitos gerais.

Muito mais recorrente, contudo, é o argumento segundo o qual a falta de uma hierarquização dos diversos cânones hermenêuticos disponíveis inviabiliza qualquer aptidão para a limitação do intérprete. É a percepção de Alexy, para quem o problema dos cânones é a inexistência de critérios capazes de estabelecer uma “ordem hierárquica” entre eles. Isso porque

cânones diferentes podem levar a resultados diferentes. Diante desse fato, só se podem considerar adequados para fundamentar com segurança um resultado se é possível articular critérios estritos para sua ordenação hierárquica. No entanto, até hoje não se conseguiu fazer isso.⁶⁶⁷

A tese da insuficiência dos cânones também é corroborada no âmbito do Direito Penal. Schünemann após destacar que o problema da relação dos cânones entre si está

⁶⁶⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 164.

⁶⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução de Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21.

entre os “problemas mais importantes e difíceis da metodologia jurídica hodierna”,⁶⁶⁸ destacou:

segundo a opinião hoje dominante, pelo menos na Alemanha, não é possível estabelecer uma determinada hierarquia universal nem uma determinada ordem entre as quatro formas de interpretação, a saber, entre a *gramatical*, a *lógico-sistemática*, a *histórica* e a *teleológica*. Melhor dizendo, irá depender do respectivo problema jurídico qual dos métodos interpretativos goza *in concreto* de preferência.⁶⁶⁹

Hassemer também sustentou que a existência de cânones de interpretação não resolve o problema do controle das decisões judiciais, porque não há um meta-cânon que determine qual dos cânones deve ser utilizado em cada situação que se apresenta. Sendo assim, segundo o autor, os cânones servem mais à justificação posterior da decisão do que ao controle da decisão em si.

uma vez que a escolha de uma determinada via de interpretação (como, por exemplo, a interpretação histórica ao invés da gramatical) implica tipicamente um determinado resultado da interpretação (que seria diferente caso se elegeisse outra via interpretativa), os cânones de interpretação somente poderiam ter consequências enriquecedoras para o resultado da interpretação se houvesse algo assim como um meta-cânon: um conjunto de regras que não somente ponha à disposição e descreva os cânones individuais, mas também, além disso, prescreva de forma precisa em quais situações de decisão se deve eleger cada um dos cânones; só então estarão determinada metodicamente a conduta interpretativa do juiz. Esse meta-cânon não existe. Portanto, a eleição da via interpretativa, e desse modo, também o resultado da interpretação, resultam metodologicamente arbitrários. As regras de interpretação servirão, talvez, para a justificação, mas não para a decisão do direito, seriam um *façon de*

⁶⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución e la metodología jurídica. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 83-84. Schünemann acrescenta ainda o argumento de que a aplicação do direito é um processo mais amplo do que a interpretação jurídica. Segundo ele, o desenvolvimento jurídico-metodológico conduziu à constatação de que a interpretação do texto legal não abarca todo o raciocínio judicial de aplicação do direito. Na verdade, a interpretação da lei é apenas uma parte do raciocínio aplicativo, o qual envolve, de resto, uma série de argumentos de variados tipos. Segundo Schünemann, existe um acordo na discussão metodológica atual de “que a interpretação dos textos legais promulgados pelo legislador só representaria um passo, entre outros, no processo da aplicação do direito” (Ibid., p. 83). Em síntese, Schünemann trata de dois problemas fundamentais da metodologia jurídica contemporânea: i) saber qual é a relação entre a interpretação da lei e fatores determinantes para a aplicação do direito; ii) saber qual é a relação (hierárquica) que os diferentes métodos interpretativos (cânones) estabelecem entre si (Ibid., p. 83-84).

⁶⁶⁹ Ibid., p. 84. Tradução do autor. Na tradução para o espanhol: Según la opinión hoy dominante, al menos en Alemania, no puede establecerse una determinada jerarquía universal ni un determinado orden entre las cuatro formas de interpretación, a saber, entre la *gramatical*, la *lógico-sistemática*, la *histórica* y la *teleológica*. Mejor dicho, deberá depender del respectivo problema jurídico cuál de los métodos interpretativos goza *in concreto* de preferencia.

parler, instrumentos para a representação, mas não para a construção do resultado da decisão.⁶⁷⁰

Juntos esses argumentos mostram que a hermenêutica técnica falha em sua tentativa de solucionar o problema metainterpretativo: ela desconsidera a ontologia hermenêutica, a amplitude linguística dos cânones e não trabalha adequadamente a questão da sua ordenação hierárquica.

A teoria do direito como integridade de Dworkin, por seu turno, foi elaborada como uma resposta direta à ausência de consenso na prática jurídica sobre os fundamentos do direito. Mas como assinalamos no capítulo precedente, essa teoria, ao afastar-se da tese das fontes, pode criar uma atmosfera hermenêutica que fragiliza a força normativa do direito no processo de sua aplicação.

Resta, então, recorrer ao positivismo jurídico como concepção de direito comprometida, por definição, com a autoridade do direito. Mas quais seriam possibilidades de resposta do positivismo ao problema metainterpretativo?

A concepção kelseniana de interpretação é altamente representativa da difícil (ou impossível) relação entre o projeto descritivista ou conceitual do positivismo jurídico – no caso de Kelsen, seu projeto de pureza metodológica – e uma resposta ao problema metainterpretativo.

5.3 Kelsen e o problema metainterpretativo: o intérprete juridicamente desamparado

Um diálogo interessante com Kelsen sobre interpretação jurídica poderia começar com a seguinte questão: pode o direito impor limites à interpretação do direito? É ele

⁶⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 25-26. Tradução do autor. No espanhol: dado que la elección de una determinada vía de interpretación (como por ejemplo, la interpretación histórica en lugar de la gramatical) implica típicamente un determinado resultado de la interpretación (que sería diferente si se eligiera otra vía interpretativa), los cânones de interpretación solamente podrían ser ricos en consecuencias para el resultado de la interpretación si hubiera algo así como un meta-canon: un conjunto de reglas que no solamente ponga a disposición y describa los cânones individuales, sino que, además de ello, prescriba en forma precisa en qué situaciones de decisión debe elegirse cada uno de los cânones; sólo entonces estaría determinada metódicamente la conducta interpretativa del juez. Este meta-canon no existe. Por lo tanto, la elección de la vía interpretativa, y de este modo, también el resultado de la interpretación, resultan metodológicamente arbitrarios. Las reglas de interpretación servirían, quizá, para la justificación, pero no para la decisión del derecho, serían una *façon de parler*, instrumentos para la representación, pero no para la construcción del resultado de la decisión.

capaz de limitar a interpretação de si mesmo, isto é, de antecipar-se ao intérprete, impondo limites a sua própria compreensão?

Essa questão não é tão paradoxal quanto parece. Uma das características mais notáveis do constitucionalismo contemporâneo é a imposição de limites jurídicos à criação do direito – trata-se dos sistemas normativos dinâmicos kelsenianos, nos quais um nível normativo hierarquicamente superior pode regular a criação de normas nos níveis normativos inferiores.

O problema é que, diversamente do que ocorre em relação ao processo legislativo, não há hoje normas constitucionais explícitas no direito brasileiro, norteando o modo como as autoridades constituídas devem interpretar os textos jurídicos infraconstitucionais. Mas será mesmo que a Constituição brasileira não oferece nenhuma orientação para a interpretação dos textos infraconstitucionais? Não seria possível falar em limites constitucionais implícitos à interpretação do direito infraconstitucional?

A resposta de Hans Kelsen a esse problema é emblemática e costuma ser compreendida, metonimicamente, como a versão oficial do positivismo jurídico acerca do tema. Mas o fato é que a hipótese por ele formulada resulta de determinados pressupostos metodológicos que não são compartilhados por muitas versões atuais do positivismo jurídico.

De todo modo, é importante compreender o modo como ele lidou com o tema, se o que está em jogo são as possibilidades do positivismo jurídico em relação ao problema metainterpretativo. O objetivo aqui é compreender o que o autor entendia por interpretação e aplicação do direito, para, na sequência, destacar como sua compreensão metodológica foi determinante para sua resposta ao problema metainterpretativo.

5.3.1 Interpretação e aplicação do direito em Hans Kelsen

Muito já se disse sobre o pouquíssimo espaço reservado à questão da interpretação na vasta obra de Hans Kelsen.⁶⁷¹ Em nosso país, Dimoulis observou que, em geral, o positivismo jurídico tanto se dedicou ao problema do conceito de direito, que frequentemente descurou da questão da interpretação.⁶⁷² Por essa razão, considerou

⁶⁷¹ Sobre o tema, cf. PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 136; TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 35, n. 138 (4), p. 518-529, 1981. p. 518.

⁶⁷² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 209-210.

sintomática a postura de Kelsen sobre o tema: “na segunda edição da *Teoria pura do direito*, Kelsen dedica dez páginas à interpretação jurídica, isto é, menos de 3% da obra. E o leitor de Kelsen em vão buscará referências mais aprofundadas ao problema da interpretação em outras obras do autor”.⁶⁷³

Mas não obstante o número de páginas e o significado que isso eventualmente possa ter para a relação entre positivismo e interpretação, as considerações de Kelsen sobre interpretação e aplicação do direito são fundamentais, não só do ponto de vista interno à obra de Kelsen – por causa da relação que existe entre essas considerações e o desenvolvimento geral da sua maneira de pensar o fenômeno jurídico⁶⁷⁴ –, como também pelo fato de que suas reflexões tornaram-se amplamente conhecidas em virtude do intenso debate que se formou ao seu entorno.

Stanley Paulson, um dos mais reconhecidos intérpretes de Kelsen, apresentou dois aportes bastante úteis para a compreensão da concepção de Kelsen sobre interpretação jurídica: (i) ressaltou a existência de um elemento construtivo ao lado de um elemento negativo nos textos kelsenianos sobre o tema; e (ii) periodizou o pensamento de Kelsen sobre interpretação jurídica, mostrando como ele se desenvolveu ao longo dos anos.

Paulson distinguiu dois elementos que, segundo ele, são capazes de sumarizar as reflexões de Kelsen sobre o tema: um *elemento construtivo* e um *elemento negativo*. O primeiro liga-se à relação explicitada por Kelsen entre a estrutura escalonada do direito e o problema interpretativo, especialmente a tese kelseniana de que a norma geral ou superior comumente possui mais de uma interpretação possível e que todas elas são juridicamente equivalentes. Por sua vez, o elemento negativo consiste na crítica kelsiana às tradicionais abordagens *normativas* da interpretação jurídica, inadmissíveis à luz da teoria pura do direito.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Ibid., p. 210.

⁶⁷⁴ É interessante mencionar aqui como a evolução das reflexões de Kelsen sobre a interpretação jurídica foi decisiva para a sua mudança de paradigma rumo a uma teoria jurídica voluntarista, que caracteriza os seus escritos do “período tardio” (fase pós-1960). Sobre a questão Cf. PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 140. Segundo esse autor, embora haja outros desenvolvimentos da teoria de Kelsen, nenhum deles “antecipa a teoria voluntarista pós-1960 tão diretamente quanto o esforço de Kelsen para extrair as implicações da indeterminação, juntamente com sua crescente consciência da natureza recalcitrante da vontade. Do ponto de vista desse aspecto do desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, o trabalho de Kelsen sobre interpretação é de grande interesse” (Ibid., p. 152. Tradução do autor. No original: No development, however, anticipates the post-1960 ‘will’ theory as directly as Kelsen’s effort to draw out the implications of indeterminacy, coupled with his growing awareness of the recalcitrant nature of volition. From the standpoint of this ‘developmental’ aspect of the Pure Theory of Law, Kelsen’s work on interpretation is of great interest).

⁶⁷⁵ PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 139-140.

Além disso, Paulson dividiu em três fases a evolução do pensamento kelseniano sobre os problemas de interpretação: (i) a primeira fase está centrada em um texto de 1911 (*Main Problems in the Theory of public Law*); (ii) a segunda fase, baseada principalmente em um ensaio sobre a interpretação jurídica publicado em 1934 (*On the theory of interpretation*); e (iii) a terceira fase que se inicia com o Prefácio da obra *The Law of the United Nations* (1950) e culmina com o capítulo oitavo da segunda edição da *Teoria pura do direito* (1960).⁶⁷⁶

A primeira fase pode ser aqui desconsiderada sem qualquer pudor, pois nela Kelsen não trata diretamente de problemas de interpretação jurídica, mas de questões de metodologia da teoria jurídica. Nesse período, o autor criticou o modo como outros teóricos do direito se valiam da interpretação jurídica para estabelecer premissas doutrinárias.⁶⁷⁷ Portanto, para os nossos propósitos, interessam apenas a segunda e a terceira fases do pensamento de Kelsen sobre interpretação.

Na segunda fase, Kelsen fixa os argumentos centrais dos elementos construtivo e negativo mencionados por Paulson. Em relação ao primeiro, Kelsen enfatiza a importância da estrutura escalonada do direito para o fenômeno da interpretação, o que o leva a reconhecer que o direito é, parcial e inevitavelmente, indeterminado e que, por isso, existem comumente várias interpretações juridicamente possíveis. Em relação ao elemento negativo, Kelsen destaca que, do ponto de vista jurídico, comumente não existe nada no direito positivo que autorize o jurista a dizer que uma interpretação deve prevalecer em relação a outra.⁶⁷⁸

Contudo, na segunda fase, Kelsen ainda não havia feito algumas reflexões marcantes em sua “teoria da interpretação”,⁶⁷⁹ como, por exemplo, a distinção entre

⁶⁷⁶ Ibid., p. 141. Embora Paulson não a mencione, é de se acrescentar, na terceira fase, a tradução da Teoria Pura do Direito para o francês de 1953, lembrada por Marcelo Cattoni (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia via, 2012. p. 123). Isso porque, no prefácio da edição francesa, Kelsen assinala que o texto em francês não pode ser visto como uma simples tradução da primeira edição da Teoria Pura do Direito, já que, após quase vinte anos, muito já havia se modificado em sua forma de compreender o direito e a teoria do direito e tais mudanças já se encontravam no material traduzido. Segundo ele, “o presente trabalho não poderia, portanto, ser uma simples tradução daquele que publiquei em 1934. Distingue-se dele por numerosos acréscimos e modificações” (KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**: introduction a la science du droit. Tradução de Henri Thévenaz. Neuchâtel: La Baconnière, 1953. p. 7. Tradução do autor. No original: Le présent ouvrage ne pouvait donc pas être une simple traduction de celui que j'avais publié en 1934. Il s'en distingue par de nombreuses adjonctions et modifications).

⁶⁷⁷ PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 141-143.

⁶⁷⁸ Ibid., p. 143-145.

⁶⁷⁹ Deve-se tomar cuidado ao utilizar a expressão “teoria da interpretação”, pois como reconheceu Paulson, Kelsen não possui uma teoria da interpretação, ao menos não no sentido que a tradição atribuiu a essa expressão (Ibid., 1990).

interpretação autêntica e interpretação não-autêntica, que só aparecerá no início da terceira fase com o Prefácio de 1950.⁶⁸⁰ É também na terceira fase que Kelsen começa a exacerbar o voluntarismo, fato que o levará à alteração de seu paradigma teórico no período pós-1960.⁶⁸¹

Na sequência vamos expor as considerações de Kelsen sobre interpretação jurídica, tomando por base quatro textos do autor: seu ensaio de 1934 (*Zur Theorie der Interpretation*),⁶⁸² em torno do qual gravita a segunda fase das reflexões de Kelsen, e que foi, segundo Cattoni, “praticamente reproduzido” na primeira edição da Teoria Pura do Direito daquele mesmo ano;⁶⁸³ e três textos representativos da terceira fase do pensamento kelseniano sobre interpretação, a saber, o Prefácio da obra *The Law of the United Nations* de 1950,⁶⁸⁴ o capítulo 10 da tradução francesa da *Teoria Pura do Direito* de 1953⁶⁸⁵ e o capítulo oitavo da tradução para o português da segunda edição da *Teoria Pura do Direito* de 1960.⁶⁸⁶

Como se mencionou, na segunda fase, Kelsen avança uma importante relação entre estrutura hierárquica dos ordenamentos jurídicos e interpretação jurídica. Paulson chegou a afirmar que, em Kelsen, “a chave para a interpretação jurídica é a doutrina da estrutura hierárquica dos sistemas jurídicos”, e que, por isso, nos textos kelsenianos sobre

⁶⁸⁰ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv-xvi.

⁶⁸¹ Segundo Paulson, “somente em sua terceira fase Kelsen passa a apreciar plenamente a magnitude do problema da indeterminação da cognição jurídica. E esse problema é exacerbado por um segundo problema. Kelsen fala dos papéis complementares dos elementos cognitivo e volitivo na criação do direito. O primeiro é uma atividade intelectual que acompanha o processo de criação do direito das normas de nível superior para as nível inferior, enquanto o segundo é representado por atos de vontade – o ato de emitir uma norma, o ato de criar direito – em um nível ou outro dentro da estrutura hierárquica” (PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 151. Tradução do autor. No original: Only in his third phase does Kelsen come to appreciate fully the magnitude of the problem of indeterminacy for legal cognition. And this problem is exacerbated by a second problem. Kelsen speaks of complementary roles for the cognitive and volitional elements in lawmaking. The former is an intellectual activity that accompanies the process of lawmaking from higher-level to lower-level norms, whereas the latter is represented by acts of will - the act of issuing a norm, the act of making law - at one level or another in the hierarchical structure).

⁶⁸² Esse ensaio foi traduzido por Bonnie e Stanley Paulson para o inglês (KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990) e para o português por Raissa Mendes (KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997). As duas traduções serão utilizadas neste trabalho.

⁶⁸³ CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia via, 2012. p. 124.

⁶⁸⁴ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii-xvii.

⁶⁸⁵ KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**: introduction a la science du droit. Tradução de Henri Thévenaz. Neuchâtel: La Baconnière, 1953.

⁶⁸⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

interpretação, “a estrutura hierárquica (ou *Stufenbau*) e a interpretação são noções complementares”.⁶⁸⁷

Na visão de Kelsen, os sistemas normativos em geral – e, especialmente, aqueles de tipo dinâmico – possuem uma estrutura hierárquica, é dizer, os diversos elementos que compõem esse tipo de sistema são organizados de forma verticalizada, em relações de superioridade-inferioridade.⁶⁸⁸ Segundo Kelsen, um sistema normativo dinâmico é aquele composto por normas que regulam a criação de outras normas.⁶⁸⁹ Assim, o fato de haver normas de criação e normas que são criadas a partir das normas de criação implica inevitavelmente um escalonamento hierárquico entre as normas que compõem esse sistema. Como ressalta Kelsen, “a relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infraordenação”, isto é, “a norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior”.⁶⁹⁰

Com isso, Kelsen descortinou um dos atributos fundamentais dos sistemas normativos dinâmicos: os sistemas jurídicos não são estruturas monolíticas de normas dispostas no mesmo patamar hierárquico, mas, antes, sistemas nos quais os padrões

⁶⁸⁷ PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 143. Tradução do autor. No original: The key to legal interpretation is the doctrine of the hierarchical structure of the legal system. Indeed, the hierarchical structure (or *Stufenbau*) and interpretation are complementary notions. Conferir, também, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia via, 2012. p. 124-127.

⁶⁸⁸ TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 35, n. 138 (4), p. 518-529, 1981. p. 524.

⁶⁸⁹ Kelsen procurou explicar a relação entre as normas de um sistema normativo a partir de dois princípios: o princípio estático e o princípio dinâmico. Grosso modo, o princípio estático valoriza a autoridade do *conteúdo* normativo, enquanto o princípio dinâmico dá ênfase à autoridade do *agente* produtor de normas. Em um sistema estático, como, por exemplo, determinados sistemas morais ou religiosos, é possível reconduzir a validade de uma norma mais específica de conduta ao *conteúdo* de uma norma geral que a engloba. Por seu turno, em um *sistema de tipo dinâmico*, como são os sistemas jurídicos, existem normas que estabelecem a autoridade e os procedimentos para a elaboração de outras normas, vale dizer, o direito regula sua própria criação (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 217-219 e p. 246; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 163-167; BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39). Segundo Kelsen, “as normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165).

⁶⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 181. Na segunda edição da Teoria Pura, Kelsen afirma que “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 247).

normativos são estruturados hierarquicamente.⁶⁹¹ Em uma palavra, Kelsen explicitou a estrutura escalonada do direito.⁶⁹²

Na tradução francesa da Teoria Pura, Kelsen inicia o capítulo dez alertando para o fato de que “a estrutura hierárquica da ordem jurídica tem consequências muito importantes para o problema da interpretação”,⁶⁹³ já que, segundo ele, toda descida de um nível superior para um nível inferior do ordenamento jurídico requer interpretação.

Kelsen concebeu a *aplicação* do direito como a passagem de um nível superior para um nível inferior da estrutura de um sistema jurídico. Assim conceituada, toda aplicação do direito depende de *interpretação*. A aplicação do direito pressupõe sempre algum conhecimento da norma a ser aplicada e, comumente, a escolha de um dos significados possíveis. Só é possível criar uma norma inferior mais determinada (mais concreta) quando se tem algum conhecimento da norma superior a ser concretizada e quando se decide sobre alternativas de concretização disponíveis. Daí afirmar Kelsen que a interpretação é uma operação que “acompanha o processo de criação do Direito, no seu movimento de um nível mais alto da estrutura hierárquica para um nível mais baixo, que, por sua vez, é regulado por aquele nível mais alto”.⁶⁹⁴

Além disso, Kelsen pensou o problema da *indeterminação* do direito – e, conseqüentemente, da *discricionariedade* do aplicador – a partir dessa relação entre estrutura escalonada do direito e interpretação jurídica. É que, segundo Kelsen, “a relação

⁶⁹¹ PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990. p. 143.

⁶⁹² A bem da verdade, a doutrina da estrutura escalonada do direito, embora tenha se difundido amplamente com Kelsen e seja, muitas vezes, atribuída a ele (por exemplo, com “a pirâmide de Kelsen”) foi formulada por outra jurista austríaco, Adolf J. Merkl, e recepcionada na obra de Kelsen. Sobre o tema, cf. BOROWSKI, Martin. A doutrina da estrutura escalonada do direito de Adolf Julius Merkl e sua recepção em Kelsen. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (org.). **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129-183.

⁶⁹³ KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit: introduction a la science du droit**. Tradução de Henri Thévenaz. Neuchâtel: La Baconnière, 1953. p. 135. Tradução do autor. No original: La structure hiérarchique de l'ordre juridique a des conséquences très importantes pour le problème de l'interprétation. No início de seu texto de 1934, Kelsen dizia: “um estudo sobre a estrutura hierárquica do sistema legal torna-se relevante para o problema da interpretação” (KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 31).

⁶⁹⁴ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 31-32. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 127. Na segunda edição da teoria pura, Kelsen escreveu: “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 387).

entre um nível superior e outro inferior do sistema legal [...] é uma relação de determinação ou de vinculação”.⁶⁹⁵ Isso significa que a norma de nível superior determina ou vincula a criação da norma de nível inferior em aspectos *formais* e *substanciais*, isto é, não só estabelecendo procedimentos que devem ser adotados para criação da norma inferior, como também, vez por outra, o tipo de conteúdo que deve possuir a norma de nível inferior.⁶⁹⁶

O problema que Kelsen logo reconhece é que essa determinação do nível superior em relação ao nível inferior “nunca é completa”.⁶⁹⁷ A determinação da norma superior em relação ao ato inferior que a implementa é sempre parcial.⁶⁹⁸

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.⁶⁹⁹

⁶⁹⁵ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 32. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 127-128. O texto é confirmado na segunda edição da Teoria Pura: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁶⁹⁶ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 32. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁶⁹⁷ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 33. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁶⁹⁸ Segundo o autor, “todo ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica, quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388-389). Cf., também, KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 33. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128.

⁶⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388. Cf. também KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 33. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128.

Um texto de um determinado padrão normativo sempre deixa questões por resolver. Isso pode ocorrer, por exemplo, porque o legislador, ao elaborar a norma geral, propositalmente deixa determinadas questões em aberto no texto normativo com o intuito de que elas fossem resolvidas posteriormente pela autoridade responsável por sua implementação (*indeterminação intencional*). Pode, também, ocorrer devido ao surgimento de diversas alternativas de interpretação possíveis decorrentes de questões linguísticas referentes ao texto normativo, ou devido à crença do intérprete na existência de algum descompasso entre a literalidade da norma e a vontade de seu criador, ou ainda devido à existência de alguma contradição entre a norma interpretada e outra norma jurídica vigente no interior do sistema jurídico (hipóteses de *indeterminação não intencional*).⁷⁰⁰

Em todas as hipóteses de indeterminação vislumbradas por Kelsen o que se tem é uma pluralidade de significados possíveis para um mesmo texto normativo.⁷⁰¹ Pode-se, assim, sustentar que o que Kelsen concebe como indeterminação (parcial) é a ausência de vinculação completa da norma superior em relação à criação da norma inferior ou à execução do ato por ela exigido. Daí resulta a visão de que a norma superior (parcialmente vinculante) é uma espécie de moldura que, apesar de vincular o ato inferior em várias direções (o ato deve ser elaborado nos limites da moldura), não o faz integralmente, permitindo a coexistência de mais de uma resposta juridicamente válida.

Exemplificativamente, uma lei não vincula uma sentença judicial (norma individual) em todos os aspectos. Certamente ela veda um grande número de decisões pensáveis, mas deixa igualmente um leque de possibilidades em aberto. Para Kelsen, como se verá adiante, todas essas possibilidades são iguais do ponto de vista do direito positivo e a escolha por uma delas constitui um ato político de criação do direito.

Sendo o direito parcialmente indeterminado, a questão que se coloca é saber qual deve ser o papel do intérprete diante desse cenário no qual são possíveis vários resultados interpretativos. Para responder a isso é necessário ter em mente que, a partir da terceira

⁷⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389-390; KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 33-34. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 128-129.

⁷⁰¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390.

fase – já em seu texto de 1950 –,⁷⁰² Kelsen passou a distinguir dois tipos de interpretação, como forma de alocar os elementos *cognição* e *vontade* em sua concepção de interpretação. Trata-se da distinção entre *interpretação não-autêntica* e *interpretação autêntica*, que Kelsen assim explicou posteriormente:

existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.⁷⁰³

Interpretação não-autêntica é aquela feita por pessoas não autorizadas – pelo próprio direito – a aplicar o direito. Pode ser feita pelos destinatários das normas jurídicas e pela ciência jurídica. No primeiro caso, os particulares, que devem orientar o seu comportamento de acordo com as normas jurídicas, precisam “compreender e, portanto, [...] determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser observados”.⁷⁰⁴ A interpretação científica, por seu turno, é aquela elaborada pelos cientistas do direito. Consiste em um tipo de interpretação meramente *cognitiva*, na qual não pode intervir a *vontade* do intérprete. A função da interpretação científica é simplesmente indicar (*descrever*) as diversas possibilidades de interpretação do texto normativo. Trata-se do único tipo de interpretação que está em consonância com a epistemologia sustentada pela teoria pura do direito e, portanto, a única forma de interpretação que incumbe ao cientista do direito kelseniano.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.⁷⁰⁵

De outro lado, existe um tipo de interpretação no qual a vontade do intérprete precisa intervir (interpretação autêntica). Nela o intérprete precisa *escolher* um dentre os vários sentidos possíveis do texto normativo, isto é, o intérprete irá não apenas descrever as possibilidades de interpretação, mas também *atribuir*, de forma juridicamente

⁷⁰² KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv-xvi.

⁷⁰³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 387-388.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 395-396.

vinculante, um sentido ao texto. Esse tipo de interpretação só pode ser implementado pelas autoridades jurídicas, isto é, por aqueles agentes a quem o direito incumbiu da aplicação/criação o direito.

A interpretação autêntica [...] é um ato de criação do direito. Isso é óbvio no caso de uma interpretação geral feita pelo legislador, mas um ato de interpretação individual possui também um caráter de elaboração do direito. A decisão de uma autoridade judicial ou administrativa ao aplicar uma norma geral – que possui vários significados – a um caso concreto só pode corresponder a um desses significados e deve excluir os demais. É por essa decisão que um dos vários significados da norma aplicada se torna vinculante no caso concreto; e é principalmente, embora não apenas, por causa de sua função interpretativa que uma decisão judicial ou administrativa tem caráter criador do direito.⁷⁰⁶

Como se vê, o critério distintivo fundamental da interpretação autêntica e da não-autêntica é o *sujeito* que realiza a interpretação. Como Kelsen deixou claro, somente os aplicadores do direito realizam a interpretação autêntica, enquanto as pessoas sem autorização para aplicar o direito (destinatários e juristas) realizam interpretação não-autêntica.

No entanto, a distinção que mais diretamente nos importa é aquela entre interpretação autêntica e interpretação científica (uma espécie de interpretação não-autêntica), e, em relação a essa distinção, outros critérios distintivos podem ser invocados. O primeiro é que para lidar com o fenômeno da indeterminação (parcial vinculação) e de sua principal consequência (textos normativos plurissignificativos), Kelsen precisa conceber dois tipos de interpretação: interpretação enquanto *conhecimento* da plurissignificatividade (interpretação científica) e interpretação como *atribuição* de sentido ao texto – o que requer uma *escolha* entre uma das possibilidades existentes e, portanto, segundo Kelsen, um ato de vontade do intérprete (interpretação autêntica).⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems.** New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv. Tradução do autor. No original: Authentic interpretation, whether general or individual, is a lawcreating act. This is obvious in case of a general interpretation made by the legislator, but an act of individual interpretation has also a law-creating character. The decision of a judicial or administrative authority applying a general norm which has several meanings to a concrete case can correspond only to one of these meanings and must thus exclude the others. It is by the decision that one of several meanings of the applied norm becomes binding in the concrete case; and it is mainly, although not only with respect to its interpretative function that a judicial or administrative decision has a law-creating character.

⁷⁰⁷ Esse critério é válido para a distinção entre interpretação autêntica e interpretação científica, mas não é aplicável à distinção entre interpretação autêntica e não-autêntica, já que os destinatários da norma jurídica (intérpretes não-autênticos) não se limitam a conhecer os sentidos possíveis da norma, mas comumente lhe atribuem determinado significado, isto é, elegem um determinado sentido – embora o sentido escolhido pelo particular não seja juridicamente vinculante.

Kelsen considerou que o cientista do direito não pode modificar, mas apenas conhecer o seu objeto de estudo e, portanto, o intérprete (científico) deve limitar-se a apreender os vários significados possíveis que emanam do texto normativo. A atribuição de um único significado ao texto não é tarefa do jurista, mas das pessoas autorizadas pelo próprio direito positivo a criar o direito – lembrando que, para Kelsen, todo *aplicador* é igualmente *criador* do direito.⁷⁰⁸ Kelsen, assim, refutou a tradicional antinomia entre criação e aplicação do direito, segundo a qual uma autoridade estaria responsável pela criação do direito, enquanto outra deveria apenas aplicá-lo.⁷⁰⁹ Segundo o autor, toda aplicação do direito envolve criação, no sentido de que a autoridade aplicadora sempre precisará eleger um sentido para norma jurídica e, ao fazê-lo, o direito irá revestir essa escolha de força juridicamente vinculante.

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.⁷¹⁰

O que levou Kelsen a vislumbrar uma atividade de criação do direito na interpretação autêntica é o fato de que a escolha da alternativa de interpretação feita pelo intérprete autêntico possui força jurídico-vinculante (força normativa), o que não ocorre em relação às escolhas interpretativas feitas por intérpretes não-autênticos.

A interpretação científica – como qualquer interpretação não-autêntica –, por maior que possa ser a sua influência sobre as autoridades jurídicas, não possui força vinculante do ponto de vista jurídico, isto é, não tem poder de criar o direito.⁷¹¹ É,

⁷⁰⁸ “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 394).

⁷⁰⁹ TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 35, n. 138 (4), p. 518-529, 1981. p. 519. A seu modo, portanto, Kelsen também admitiu a *criação judicial do direito*. Embora, em relação ao juiz, o legislador seja muito mais livre no processo de criação do direito, também o juiz “é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393). Cf., também, KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 37.

⁷¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 394.

⁷¹¹ A interpretação científica “é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 395).

cruamente falando, a “opinião” de uma pessoa privada e, portanto, “é juridicamente tão irrelevante quanto o julgamento de um particular sobre a culpa ou a inocência de um indivíduo acusado perante um tribunal competente pela prática de um crime”.⁷¹²

Interpretação científica é conhecimento de normas e as normas, em razão de sua parcial indeterminação, oferecem, comumente, mais de uma possibilidade de sentido. Logo, conhecer uma norma é desvelar essas possibilidades. Qualquer coisa além disso é ingressar no terreno da criação do direito, espaço totalmente vedado ao cientista do direito pela teoria pura.⁷¹³

Por fim, resta analisar o *elemento negativo* das considerações de Kelsen sobre interpretação, a saber, à crítica da abordagem tradicional da interpretação jurídica – crítica que para Kelsen é um imperativo de coerência, isto é, uma decorrência de seu comprometimento epistemológico com a ideia de *pureza* na teoria do direito.

O autor critica a teoria jurídica tradicional por tentar formular critérios normativos destinados a estabelecer a interpretação “correta” da norma jurídica. Segundo ele, “a visão de que a função da interpretação é encontrar o verdadeiro significado do direito está baseada em um conceito errôneo de interpretação”.⁷¹⁴ Como já se disse, tudo que o jurista pode fazer, sem a interferência daqueles elementos vedados ao cientista pela teoria pura

⁷¹² KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xvi. Tradução do autor. No original: Non-authentic interpretation of the law, that is interpretation by persons not authorised by the law itself, is legally as irrelevant as the judgment of a private person on the guilt or innocence of an individual accused before a competent court of having committed a crime. Sobre o caráter não vinculante da interpretação não-autêntica feita pelos destinatários das normas jurídicas, Kelsen argumentou: “Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta, quer dizer, pretende cumprir um dever jurídico que sobre ele impende realizando aquela conduta a cuja conduta oposta a norma jurídica liga uma sanção, esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão [...]” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 395).

⁷¹³ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito [...]” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390-391). Cf. ainda KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 35. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 129.

⁷¹⁴ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv. Tradução do autor. No original: The view that it is the function of interpretation to find the ‘true’ meaning of the law, is based on an erroneous concept of interpretation.

do direito (elementos políticos, morais etc.), é indicar os possíveis sentidos de um texto normativo. Logo, não é e não pode ser incumbência da ciência do direito “o desenvolvimento de um método para preencher a moldura adequadamente”.⁷¹⁵ A escolha da alternativa de interpretação é um problema de política do direito (*legal policy*) e não de teoria do direito (*legal theory*).⁷¹⁶

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada a um caso concreto, pode fornecer apenas uma solução correta e que a “justeza” dessa solução – sua correção em termos do Direito positivo – é baseada na própria lei. A teoria tradicional representa o processo de se chegar a essa interpretação como se houvesse um ato intelectual de clarificação ou entendimento, como se o intérprete tivesse apenas que usar a sua razão, e não a sua vontade; como se através de pura atividade intelectual, ele pudesse escolher, entre as possibilidades existentes, uma que corresponda ao Direito positivo, e então fazer uma escolha justa nos termos desse Direito.⁷¹⁷

Kelsen, no entanto, deixa claro que a cognição não cria normas.⁷¹⁸ A criação de normas, durante o processo de aplicação do direito, é ato de vontade do intérprete autêntico, a quem incumbe escolher, com base em critérios políticos (e não jurídicos), o sentido que a nova norma jurídica terá. Como diz o autor, “a escolha de interpretações enquanto ato de criação do direito é determinada por motivos políticos. Não é o significado logicamente ‘verdadeiro’, mas aquele politicamente preferível da norma

⁷¹⁵ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 35. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 130.

⁷¹⁶ “A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393). No mesmo sentido, KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 37. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 131.

⁷¹⁷ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 35-36. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 130. O texto foi confirmado em KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 391.

⁷¹⁸ “A Teoria Pura destrói a visão de que as normas podem ser criadas por meio da cognição [...]” (KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 38. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 132).

interpretada que se torna vinculante”.⁷¹⁹ A principal função da interpretação autêntica, portanto, é atribuir força jurídico-vinculante à escolha politicamente orientada feita pelo órgão de aplicação do direito, nada tendo haver com o reconhecimento da correção moral dessa escolha:

O significado de uma norma jurídica que se torna vinculante em virtude da interpretação autêntica [...] não é nem mais nem menos verdadeiro do que os outros significados, excluídos por essa interpretação. Pela interpretação autêntica qualquer significado da norma interpretada poderia tornar-se vinculante. Logo, a função da interpretação autêntica não é determinar o verdadeiro sentido da norma jurídica interpretada, mas tornar vinculante um dos vários significados de uma norma jurídica, todos igualmente possíveis de um ponto de vista lógico.⁷²⁰

Além disso, segundo Kelsen, o direito positivo não fornece critérios que autorizem a escolha de uma alternativa de interpretação em detrimento de outra. Ao contrário. A diversidade de interpretações possíveis é fruto do próprio direito positivo e, assim, do ponto de vista jurídico, todas as interpretações possíveis que formam a moldura de uma norma são idênticas.

Do ponto de vista do Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades dadas dentro da moldura da norma a ser aplicada possa ser favorecida com relação à outra. Com relação ao Direito positivo, não há qualquer método de acordo com o qual apenas uma das várias leituras de uma norma possa ser apontada como “correta”, levando-se em conta,

⁷¹⁹ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv. Tradução do autor. No original: The choice of interpretations as a law-making act is determined by political motives. It is not the logically ‘true’, it is the politically preferable meaning of the interpreted norm which becomes binding. Por isso, o autor afirma que “dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 391. No mesmo sentido, KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 35. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 129-130).

⁷²⁰ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xv. Tradução do autor. No original: The meaning of a legal norm which becomes binding by authentic general or individual interpretation is neither more nor less ‘true’ than the other meanings, excluded by this interpretation. By authentic interpretation any meaning of the norm thus interpreted may become binding. Hence, the function of authentic interpretation is not to determine the true meaning of the legal norm thus interpreted, but to render binding one of the several meanings of a legal norm, all equally possible from a logical point of view.

obviamente, que várias leituras do significado da norma sejam possíveis no contexto de todas as outras normas da lei ou do ordenamento jurídico.⁷²¹

Como se percebe, a forma como Kelsen abordou o problema da interpretação, da indeterminação e da plurissignificação do direito nos levará direto para o problema da discricionariedade do intérprete autêntico que será objeto da próxima seção.

5.3.2 A discricionariedade judicial e o problema metainterpretativo em Hans Kelsen

A tese da discricionariedade judicial sustentada, em geral, pelo positivismo jurídico tem sido, compreensivelmente, objeto de preocupação por parte dos teóricos do direito, especialmente por parte dos não-positivistas. É realmente um incômodo imaginar que um órgão jurisdicional possa decidir casos concretos sem estar (totalmente) vinculado por padrões jurídicos autoritativos. Entre outras coisas porque, como há muito destacou Dworkin, os juízes, em relação ao caso julgado, estariam aplicando uma regra criada *ex post facto*.⁷²²

A doutrina da interpretação que será sustentada neste trabalho compartilha essa preocupação com o problema da discricionariedade judicial em relação às diversas abordagens interpretativas no âmbito penal. Mas não vai tão longe a ponto de negá-la. Procura antes, explicitar mecanismos de garantia destinados a minimizar o problema, o qual, de resto, não pode ser totalmente eliminado.

⁷²¹ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 36. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 130. O texto foi confirmado em KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 391. Em outro lugar, o autor afirma: “A teoria jurídica tradicional raramente está inclinada a admitir que uma norma jurídica tenha dois ou mais significados ou, se esse for o caso, que não há razão jurídica para preferir um dos vários significados a outros. Isso porque considera-se ser também função da interpretação encontrar ou estabelecer o verdadeiro sentido de uma norma jurídica (KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução do autor. No original: Traditional jurisprudence is rarely inclined to admit that a legal norm has two or more meanings or, if such should be the case, that there is no juristic reason to prefer one of the various meanings to another. For it is considered to be the specific function of interpretation to find and establish the one, ‘true’ meaning of a legal norm).

⁷²² DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 48-49 e p. 70-71; DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 31 e p. 45. Cf. também HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Kelsen abordou a discricionariedade judicial de forma mais resignada. Tratou dela como um conceito ligado à indeterminação parcial do direito e, por isso, a distintas possibilidades de interpretação do texto normativo. A discricionariedade em Kelsen parece decorrer, inevitavelmente, de duas circunstâncias: (i) do fato de que, em virtude da vinculação parcial das normas superiores em relação às inferiores, o intérprete autêntico do direito precisa escolher uma das possibilidades de interpretação existentes; e (ii) do fato de que não existe nada no direito positivo que auxilie o intérprete autêntico nessa escolha.

Considerando o item (ii) acima, é possível afirmar que Kelsen pensa a discricionariedade como aquilo que Dworkin denominou *discricionariedade em sentido forte*, já que, para julgar o caso, o aplicador do direito precisará ir buscar o auxílio de padrões localizados fora dos limites do direito.⁷²³ Isso fica claro, por exemplo, quando Kelsen reconhece que o intérprete autêntico comumente recorre a padrões não-jurídicos (morais, políticos, sociais etc.) no processo de aplicação do direito, deixando claro que tais padrões não são juridicamente vinculantes.⁷²⁴ Não estando vinculado por *standards* provenientes do direito positivo, o aplicador do direito “é livre para agir de acordo com o seu entendimento [discricionariedade] [...]”.⁷²⁵

A fim de compreender melhor o problema da discricionariedade, vamos retomar a distinção que fizemos acima entre as duas formas de manifestação do fenômeno da discricionariedade judicial: a discricionariedade resultante do *objeto interpretado* (subdeterminação do direito) e a discricionariedade ligada ao *sujeito interpretante*.

Ao tratar das hipóteses de indeterminação parcial do direito, Kelsen fez referência a quatro fatores de indeterminação: (i) indeterminação intencional do direito; (ii)

⁷²³ DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 28; DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967. p. 17.

⁷²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

⁷²⁵ KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997. p. 38. Embora a tradução brasileira tenha utilizado o termo “entendimento”, a tradução inglesa utilizou o termo “discretion”, frequentemente traduzido para o português, em textos de teoria do direito, como “discricionariedade”. Essa última opção parece situar-se melhor na tradição teórica do direito. Cf. Na tradução para o inglês: KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990. p. 132. Mas deve-se alertar que tradução, para o português, da segunda edição da *Teoria Pura* também não utilizou o termo discricionariedade: “relativamente a este [ao Direito positivo], a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a *livre apreciação* do órgão chamado a produzir o ato” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393. Grifei).

indeterminação não-intencional proveniente da vagueza da linguagem; (iii) indeterminação não-intencional proveniente de um desacordo sobre os métodos de interpretação; (iv) indeterminação não-intencional provocada por um conflito normativo. As hipóteses (i), (ii) e (iv) dizem respeito a discricionariedade resultante do objeto, ao passo que a hipótese (iii) possui relação com o problema da discricionariedade argumentativa, metodológica ou interpretativa.⁷²⁶

Todas elas, segundo Kelsen, são causas de pluralidade significativa e, conseqüentemente, hipóteses de discricionariedade do intérprete autêntico. Para os fins deste trabalho, interessa o modo como Kelsen tematizou os desacordos envolvendo a utilização de métodos hermenêuticos. Chamo de *discricionariedade argumentativa, metodológica* ou *hermenêutica* o poder que tem o aplicador do direito (magistrado) de *escolher* entre diferentes abordagens ou cânones interpretativos capazes de conduzir a resultados interpretativos diversos.⁷²⁷

Em seus textos sobre interpretação jurídica, Kelsen não distinguiu esse tipo de discricionariedade daquele que resulta mais diretamente do *objeto interpretado*. Ao revés, tratou das hipóteses de discricionariedade metodológica dentro do grupo maior das causas de indeterminação do direito.

Com o intuito de esboçar uma crítica às considerações de Kelsen sobre o que chamamos de discricionariedade metodológica, será ainda preciso distinguir duas afirmações do autor em relação ao tema: (i) uma afirmação mais fraca, compartilhada pela maioria dos juristas contemporâneos (positivistas e não-positivistas), que vamos chamar de *tese da insuficiência dos cânones*; (ii) uma afirmação mais forte, que não é necessariamente compartilhada pelo positivismo jurídico contemporâneo, e que chamaremos de *tese da indiferença jurídica em relação aos métodos de interpretação*.

A *tese da insuficiência dos cânones* parece hoje uma obviedade e consiste na afirmação de que os cânones não são capazes de eliminar a possibilidade de que haja mais de um resultado interpretativo. Trata-se, digamos assim, de uma mera constatação fática.

Já vimos que, durante muito tempo, acreditou-se que o recurso aos cânones de interpretação jurídica pudesse conduzir o intérprete a um único resultado interpretativo adequado. Kelsen reagiu a essa concepção, sustentando que os métodos de interpretação

⁷²⁶ Evidentemente essa distinção não aparece em Kelsen. Embora tenha tematizado as causas da indeterminação do direito e mencionado, muitas vezes, a indeterminação provocada pelo uso de diferentes métodos de interpretação, ele não chegou desentranhar uma forma de discricionariedade da outra.

⁷²⁷ É a possibilidade de lançar mão dos cânones livremente que enseja o expediente racional consistente na posterior conformação de argumentos interpretativos às pré-compreensão do intérprete.

não são capazes de conduzir a uma única resposta correta – na melhor das hipóteses, eles ajudam a delimitar resultados interpretativos possíveis: “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”.⁷²⁸

Poucos juristas discordariam hoje da afirmação de que o uso dos cânones de interpretação não é capaz de assegurar um único resultado correto. Existe um certo consenso entre positivistas e não-positivistas nesse sentido. Pode-se mesmo afirmar que a defesa de Kelsen da tese da insuficiência dos cânones representou apenas uma rejeição à compreensão metodológica de seu tempo e, hoje em dia, é uma afirmação pouco disputada no campo da metodologia jurídica.

Mais relevante aqui é a *tese da indiferença jurídica em relação aos métodos de interpretação* com a qual Kelsen apresenta sua resposta ao *problema metainterpretativo*. Em sua visão, o uso de métodos diferentes pode levar a resultados interpretativos igualmente diversos e não existem critérios jurídicos capazes de determinar qual método deve ser utilizado em tal ou qual circunstância.

A teoria do direito tradicional distingue vários métodos de interpretação: o histórico em contraste com o gramatical, uma interpretação de acordo com o “espírito” em oposição a uma interpretação literal que se fixa nas palavras. [...]. Os diferentes métodos de interpretação podem estabelecer significados diferentes para um único e mesmo enunciado. Às vezes, até mesmo um único método, notadamente a chamada interpretação gramatical, conduz a resultados contraditórios.⁷²⁹

Kelsen observou, além disso, que há também métodos que conduzem não a resultados diversos, mas a resultados exatamente opostos e, na ausência de um critério para estabelecer previamente quando se deve utilizar um ou outro método, resta ao aplicador decidir qual deles deverá prevalecer no caso julgado. O autor exemplificou o problema com dois argumentos bastantes utilizados no âmbito jurídico:

que os habituais meios de interpretação do *argumentum a contrario* e da analogia são completamente destituídos de valor resulta já

⁷²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 392.

⁷²⁹ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução do autor. No original: Traditional jurisprudence distinguishes various methods of interpretation: the historical, in contrast to the grammatical, an interpretation according to the ‘spirit’, in opposition to a literal interpretation keeping to the words. [...] The different methods of interpretation may establish different meanings of one and the same provision. Sometimes, even one and the same method, especially the so-called grammatical interpretation, leads to contradictory results.

superabundantemente do fato de que os dois conduzem a resultados opostos e não há qualquer critério que permita saber quando deva ser empregado um e quando deva ser utilizado o outro.⁷³⁰

Essa segunda tese, portanto, estabelece a hipótese de que o direito positivo é indiferente ao problema metainterpretativo de ordenação dos cânones. Trata-se, pois, de uma tese bem mais exigente, que decorre diretamente do compromisso de Kelsen com a teoria pura do direito. Se o direito não nos diz explicitamente qual resultado interpretativo deve prevalecer em determinado caso, a única conclusão que se pode esperar de uma teoria pura do direito – impedida que está de recorrer a qualquer coisa distinta do direito – é que todos esses resultados são juridicamente equivalentes.⁷³¹ Dito de outro modo: não existindo nada no direito positivo que diga *expressamente* o contrário, todos os métodos e resultados interpretativos são juridicamente iguais e nenhum deles pode pretender prevalecer *juridicamente* sobre os demais.⁷³²

Mas como o direito positivo poderia prescrever um método em detrimento de outros? Kelsen parece estar se referindo, nesse ponto, a um tipo explícito de regra jurídica interpretativa que hoje é bastante rara. Essa resposta é corroborada por uma passagem de Kelsen sobre a interpretação da Carta das Nações Unidas. Segundo o autor, como não existe na Carta nenhum dispositivo destinado a regular juridicamente a atividade do intérprete/aplicador daquele documento normativo, o seu aplicador possui, do ponto de vista jurídico, ampla liberdade interpretativa:

Uma vez que esse instrumento [A Carta das Nações Unidas] não contém qualquer disposição a respeito de sua interpretação, os órgãos e membros das Nações Unidas competentes para a aplicação da Carta são *livres* para interpretar as disposições que serão aplicadas por eles *de acordo com sua própria discricionariedade*.⁷³³

⁷³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 392.

⁷³¹ Xavier assim explicou esse ponto na obra de Kelsen: “quanto a isto [qual interpretação deve prevalecer], o direito positivo nada diz: entre as respostas possíveis, o direito positivo não confirma, nem pode confirmar, nenhuma delas. Tampouco oferece critérios que poderiam guiar o intérprete à correta solução. Todos os métodos hermenêuticos da “jurisprudência tradicional” desenvolvidos para a obtenção da resposta única, correta e inevitável são frutos duma ilusão a serviço não da ciência, mas da política do direito” (XAVIER, Felipe Rodrigues. **Interpretação e aplicação do direito nos positivismos jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 139).

⁷³² Nas palavras de Kelsen: “nenhum desses métodos pode reivindicar preferência a menos que o direito mesmo prescreva um ou outro método” (KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução livre. No original: None of these methods can claim preference unless the law itself prescribes the one or the other).

⁷³³ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xvi. Grifei.

Um exemplo daquilo a que Kelsen parece estar se referindo encontra-se no artigo 111 do Código Tributário Nacional, que estabelece a precedência da interpretação literal em determinadas hipóteses que correspondem a uma liberação do contribuinte da obrigação tributária e de seus acessórios.⁷³⁴

Contudo, afora casos como esses, pode-se dizer, ainda consoante Kelsen, que o direito permanece totalmente indiferente em relação aos métodos de interpretação. O autor chega a afirmar que

fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual.⁷³⁵

Em suma, a tese da indiferença jurídica em relação aos métodos hermenêuticos avança uma reivindicação muito forte e inexata, que não pode ser compreendida como “a resposta oficial” do positivismo jurídico ao problema metainterpretativo.

5.3.3 Os limites da solução kelseniana ao problema metainterpretativo

Os textos de Kelsen sobre a interpretação fornecem uma inestimável contribuição para a compreensão do problema metainterpretativo. Tanto é que a doutrina garantista da interpretação da lei penal, cujas linhas gerais pretende-se traçar aqui, começará com uma crítica à concepção kelseniana da discricionariedade metodológica dos juízes penais.

A resposta de Kelsen às questões metainterpretativas é inadequada por, pelo menos, duas razões: (i) em primeiro lugar, a sua proposta possui consequências reconhecidamente embaraçosas para o teórico do direito; (ii) além disso, as pressuposições de fundo nas quais essa resposta se apoia não são necessariamente corretas.

Tradução do autor. No original: Since that instrument does not contain any provision concerning its interpretation, the organs and Members of the United Nations competent to apply the Charter are free to interpret the provisions to be applied by them according to their own discretion.

⁷³⁴ Estabelece o Código Tributário Nacional: “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.

⁷³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 392.

São bem conhecidas as consequências limitantes de uma teoria da interpretação ao estilo kelseniano. A principal consequência da resposta de Kelsen ao problema metainterpretativo é o *desamparo jurídico do intérprete*. Esse tipo de abordagem teórica, que se limita a descrever a aplicação do direito e a constatar a existência da discricionariedade judicial sem nada dizer sobre como limitá-la (o quanto possível), deixa o intérprete juridicamente abandonado. É dizer, o intérprete não terá qualquer referencial jurídico-normativo para o exercício de uma atividade, que é, eminentemente, jurídica. Para Kelsen, o modo como o texto normativo vai ser interpretado não é absolutamente um problema de direito, mas uma questão de política jurídica.

Mesmo admitindo que as críticas de Dworkin não miraram especificamente a Kelsen,⁷³⁶ é forçoso reconhecer que Kelsen se tornou um caso paradigmático da crítica de Dworkin sobre a insuficiência teórica do positivismo jurídico em relação ao tema. Por razões metodológicas, Kelsen sustentou explicitamente que o teórico do direito nada tem a dizer sobre o problema metainterpretativo. Para ele, questões metainterpretativas não pertencem ao objeto da ciência do direito – trata-se de uma questão essencialmente política, sobre a qual o teórico do direito nada pode dizer.

Entretanto, uma doutrina garantista do direito não pode deter-se diante dessa afirmação. As consequências advindas da tese kelseniana de que o direito nada tem a dizer sobre o modo como se deve interpretar o direito (equivalência jurídica dos cânones) não podem ser referendadas pelo garantismo penal. Seria um contrassenso afirmar, de um lado, que o direito – como é o caso do Direito Penal – cria padrões jurídicos para limitar juridicamente o julgador, e, de outro, dizer que esse mesmo ordenamento jurídico permite que o julgador interprete livremente os padrões elaborados justamente para vinculá-lo.⁷³⁷

Mas, além disso, as teses avançadas por Kelsen no âmbito metainterpretativo não são exatas. Na última seção, apresentamos o núcleo da discricionariedade metodológica kelseniana a partir de duas teses. Agora será possível sustentar que, embora a *tese da insuficiência dos cânones* seja correta, a *tese da indiferença jurídica em relação aos métodos de interpretação* deve ser rejeitada.

⁷³⁶ TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.) **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 187-212.

⁷³⁷ No âmbito especificamente penal, já se fez menção ao importante texto de GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal**: ¿decadencia o evolución? Madrid: Marcial Pons, 2012.

Kelsen está certo ao afirmar que os cânones hermenêuticos não asseguram a unicidade do resultado da interpretação, ou seja, não são capazes de levar a uma única resposta juridicamente correta ou possível. E isso se dá por várias razões. Pode-se mencionar: (i) a inexistência de critérios uniformes de organização da ordem de precedência dos cânones; (ii) a impossibilidade de se controlar metodologicamente o resultado da interpretação, uma vez que, em termos hermenêuticos, as pré-compreensões inviabilizam toda tentativa cientificista de regular previamente a atividade interpretativa (compreensiva), de modo a conduzi-la a uma determinada solução; (iii) os cânones hermenêuticos são imprecisos, já que também eles, como observou Hart, são formulados linguisticamente e se encontram sujeitos aos limites da linguagem⁷³⁸ etc.

O que se pretende colocar em questão aqui é apenas a correção do item (i) acima. A afirmação peremptória de que não existem critérios jurídicos destinados a orientar o aplicador da lei acerca do modo como este deve interpretar o direito positivo não é totalmente verdadeira.

Como se procurará demonstrar mais adiante, o Direito Penal oferece um importante contraexemplo para a tese da inexistência de critérios jurídicos de hierarquização dos cânones hermenêuticos. A garantia penal da legalidade, por exemplo, oferece relevantes orientações normativas ao aplicador do Direito Penal, proibindo-o de decidir sobre a criminalização secundária fora dos casos *expressamente* previstos nos textos jurídicos autoritativos e vedando-lhe o recurso a analogia com propósito incriminador.

O sistema constitucional não é indiferente ao modo como o aplicador do Direito Penal o interpreta. Bem contrário, o modelo garantista de Direito Penal, calcado no paradigma constitucional da legalidade, fornece um rico conjunto de orientações normativas ao intérprete da lei penal.

É claro que nenhum tipo de pré-determinação metainterpretativa será capaz de excluir a possibilidade de que haja, em um ou outro caso, mais de uma resposta juridicamente possível. Como o próprio Kelsen observou, “às vezes, até mesmo um único método, notadamente a chamada interpretação gramatical, conduz a resultados

⁷³⁸ Os cânones são orientações ou direcionamentos argumentativos capazes de reunir diversos argumentos que, a despeito de terem alguma característica relevante em comum (suficiente inseri-los uma mesma categoria classificatória – em um mesmo cânone), são não idênticos entre si.

contraditórios”.⁷³⁹ Além disso, permanece o problema da impossibilidade de controle prévio das pré-compreensões.

Logo, tudo o que se pode esperar dos critérios de hierarquização dos cânones é a *redução* do número de respostas possíveis, o que se alinha inteiramente ao projeto garantista de redução da discricionariedade judicial. Isso pode não parecer muito à primeira vista, mas quando comparado com a tese kelseniana da indiferença metodológica, representa um ganho bastante expressivo em relação ao propósito de minimização do decisionismo judicial.

Em síntese, a concepção kelseniana de interpretação tornou-se refém dos pressupostos metodológicos (pureza) de sua teoria jurídica. Todo e qualquer abordagem normativa da interpretação é inimaginável em Kelsen por causa do seu projeto de elaboração de uma teoria pura do direito. Essa é, ademais, com pequenas variações de detalhe, a resposta de toda a tradição do positivismo descritivo ao problema metainterpretativo: não é possível responder ao problema metainterpretativo desde o interior de um projeto descritivo. Trata-se de um problema que se refere ao modo como os juízes *devem* interpretar o direito e essa não é uma questão afeta à descrição da natureza do direito.

Mas, uma vez afastada essa pretensão, isto é, uma vez abandonado o purismo metodológico kelseniano e o projeto descritivista, nada obsta que o positivismo avance considerações normativas sobre a interpretação. Nesse ponto, o positivismo jurídico normativo, ao permitir que o teórico do direito se aproprie parcialmente dos propósitos políticos do sistema, pode ser fundamental para o desenvolvimento teórico da relação entre propósito (do direito) e interpretação.

A questão central, portanto, é a possibilidade teórica de uma conexão dos fins ou propósitos político-morais do Direito Penal – nos termos sustentados pelo garantismo penal – com a atividade interpretativa do aplicador do Direito Penal. É preciso esclarecer teoricamente como esses fins exercem pressão sobre os métodos de interpretação da lei penal. Mais especificamente, trata-se de argumentar sobre qual *deve ser* a relação entre os fins do Direito Penal e o problema metainterpretativo.

⁷³⁹ KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems.** New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução do autor. No original: sometimes, even one and the same method, especially the so-called grammatical interpretation, leads to contradictory results.

É preciso verificar se os propósitos do sistema jurídico-penal podem formar algo como um metacânon, isto é, se eles podem fornecer os critérios necessários para a eleição dos cânones hermenêuticos adequados para cada caso. Sobre isso, se falará no próximo capítulo deste trabalho.

Antes disso, será preciso considerar se os critérios de organização dos cânones podem ser diretamente responsivos aos propósitos morais de um determinado sistema jurídico. Parece claro que essa seria uma resposta dworkiana. Uma concepção positivista de direito não poderia simplesmente formular critérios para a determinação dos cânones hermenêuticos adequados à luz dos propósitos de moralidade política do sistema.

O positivismo jurídico precisa dar espaço para que os propósitos morais de um sistema jurídico influenciem a teoria do direito, mas sem abrir mão de seu compromisso com os fatos sociais. Para tanto, será preciso encontrar uma relação entre os propósitos desse sistema e os fatos sociais. Esse passo foi dado pela *teoria da economia da confiança* de Shapiro.

5.4 Interpretação jurídica juridicamente orientada: a proposta de Scott J. Shapiro

Em 2011, Scott Shapiro publica sua obra fundamental, *Legality*, onde reflete detidamente sobre o problema metainterpretativo, isto é, sobre qual é o método apropriado para a interpretação jurídica, assumindo como critério norteador central aquilo que chamou de “economia da confiança”.⁷⁴⁰

O autor elaborou uma concepção jurídica que procura dar conta não só do conceito de direito – tema recorrente do positivismo jurídico –, como também da interpretação do direito. Trata-se de uma versão do positivismo jurídico explicitamente preocupada com o problema da interpretação, e representa, nesse sentido, uma resposta ao desafio colocado por Dworkin em sua segunda crítica ao positivismo.⁷⁴¹

Antes, contudo, de expor o modo como Shapiro conectou o tema da confiança com a teoria da interpretação jurídica é preciso expor, ainda que de forma muito esquemática, os traços fundamentais de sua concepção de direito, já que Shapiro

⁷⁴⁰ A obra já foi traduzida para o espanhol: SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Tradução de Diego M. Papayannis e Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

⁷⁴¹ Como acentuou Bustamante, Shapiro é um dos primeiros teóricos do positivismo jurídico a encarar e desenvolver de forma minuciosa o problema da conexão teórica entre uma concepção sobre o conceito de direito e a visão sobre a sua aplicação/interpretação (BUSTAMANTE, Thomas. *Legality*, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, vol. 32, n. 3, p. 499-507, 2012. p. 507).

compreende o problema da interpretação jurídica como uma questão inteiramente dependente do problema anterior da identidade (conceito) do direito.

No início da mencionada obra, Shapiro sustenta que incumbe a uma teoria analítica do direito explicar (descrever) a *natureza* fundamental do direito⁷⁴² e subdivide a pergunta ontológica sobre a natureza do direito em duas questões igualmente fundamentais: a questão da identidade (*identity question*) e a questão da implicação (*implication question*).

A questão da identidade é a indagação nuclear de qualquer teoria analítica do direito. Trata-se de questionar o que o direito é, qual é a sua natureza fundamental, o que faz com ele seja “direito” e não outra coisa. Como esclarece Shapiro, “perguntar-se pela identidade de X equivale a perguntar o que há em X que faz com que ele seja X e não Y ou Z ou qualquer outra coisa do tipo”.⁷⁴³

A questão da implicação, por seu turno, deriva da questão da identidade e pressupõe uma resposta a ela. Trata-se de indagar sobre o que *necessariamente implica* o fato de que uma coisa seja o que é e não outra coisa, isto é, quais são as consequências decorrentes do fato de algo ser aquilo que é.⁷⁴⁴

Logo, como a resposta à questão da implicação pressupõe, na teoria de Shapiro, uma resposta à questão da identidade, a apresentação da temática metainterpretativa referente ao método adequado para interpretação jurídica (questão da implicação) requer uma compreensão prévia da sua teoria do direito como planejamento (questão da identidade).

⁷⁴² Shapiro concebe a sua teoria jurídica como uma teoria *descritiva* do direito (*analytical jurisprudence*), isto é, uma teoria que pretende ser uma descrição ou explicação da *natureza* fundamental do fenômeno jurídico (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 2-4). Para uma crítica geral ao projeto de elaboração de uma teoria descritiva do direito, consultar BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015. Para o autor, é impossível falar em positivismo jurídico *descritivo*, depois da crítica de Dworkin à teoria analítica do direito. Segundo ele, mesmo propostas como a de Shapiro terminam por se inserir no quadro do positivismo jurídico *normativo* – única forma de positivismo que, segundo ele, poderia subsistir na atualidade (BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 219-250, 2012. p. 230-233). Para uma crítica à pretensão “essencialista” da teoria jurídica de Shapiro, ver também BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 219-250, 2012. p. 233-237.

⁷⁴³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 8; Tradução do autor. No original: [...] to ask about the identity of X is to ask what it is about X that makes it X and not Y or Z or any other such thing.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 9.

5.4.1 A teoria do direito como planejamento de Scott Shapiro

Shapiro responde à questão da identidade do direito (*identity question*) com a sua teoria do direito como planejamento social. Após distinguir a teoria jurídica analítica da teoria jurídica normativa, o autor assume explicitamente a abordagem analítica de dizer aquilo que o direito é, ou seja, de analisar a natureza do direito e de certos institutos jurídicos.⁷⁴⁵ E segundo ele, a atividade jurídica é essencialmente uma atividade de planificação, uma forma de planificação social.⁷⁴⁶

Assim, de um ponto de vista dinâmico, o “direito” (visto como *atividade jurídica*) se confunde com a atividade planificadora, isto é, com o exercício da planificação por parte da autoridade jurídica e, portanto, “os sistemas jurídicos são *organismos de planificação*”.⁷⁴⁷ Por seu turno, de um ponto de vista estático, a tese da planificação sustenta que “as normas jurídicas constituem *planos* ou normas *similares a planos*”.⁷⁴⁸

Segundo o autor,

as instituições jurídicas planejam para as comunidades sobre as quais elas reclamam autoridade, tanto dizendo a seus membros o que eles podem ou não podem fazer, como identificando aqueles que tem competência para afetar o que os outros podem ou não podem fazer. De acordo com essa reivindicação, as regras jurídicas são elas próprias planos generalizados, ou normas similares a planos, emitidas por aqueles que são autorizados a planejar para os outros. E a decisão judicial envolve a aplicação desses planos, ou normas similares a planos, àqueles a quem são aplicáveis.⁷⁴⁹

Para chegar à concepção de que o direito é uma espécie de planificação, Shapiro parte de uma compreensão sobre a natureza humana, inspirando-se na *teoria da intenção* do filósofo norte-americano Michael E. Bratman.⁷⁵⁰ Na visão de Bratman, um dos atributos fundamentais da psicologia humana é a capacidade de escolher determinados

⁷⁴⁵ Ibid., p. 3.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 155 e 195.

⁷⁴⁷ Ibid., p. 211. Tradução do autor. No original: [...] legal systems are *planning organizations*.

⁷⁴⁸ Ibid., p. 120. Tradução do autor. No original: [...] legal rules themselves constitute *plans*, or *planlike* norms. De forma bastante simples, é possível sustentar que, segundo Shapiro, as leis são *planos*, já que a atividade legislativa é intencional, ao passo que os costumes, por não surgirem de forma diretamente intencional, são *normas similares a planos*.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 155. Tradução do autor. No original: Legal institutions plan for the communities over which they claim authority, both by telling members what they may or may not do, and by identifying those who are entitled to affect what others may or may not do. Following this claim, legal rules are themselves generalized plans, or planlike norms, issued by those who are authorized to plan for others. And adjudication involves the application of these plans, or planlike norms, to those to whom they apply.

⁷⁵⁰ Ibid., p. 119 e 121.

objetivos complexos (realizáveis a longo prazo) e organizar as próprias ações de forma instrumental com vistas à realização dos próprios projetos.⁷⁵¹

Não há como negar, pois, que, segundo essa concepção, a capacidade de *planejar* o futuro e agir desde já para a implementação do que foi planejado aparece como um atributo fundamental da natureza humana. Portanto, é de Bratman que Shapiro recebe esse postulado ontológico sobre a “essência” humana: os “seres humanos são criaturas planejadoras: não só temos a capacidade de agir intencionalmente, algo que compartilhamos com animais não-humanos, mas também a habilidade de formar e de executar planos”.⁷⁵²

Planos, ademais, não são meros estados mentais, mas “entidades proposicionais abstratas que exigem, permitem ou autorizam os agentes a agir, ou a não agir, de determinadas maneiras sob certas circunstâncias”.⁷⁵³ Em outras palavras, são entidades essencialmente normativas, no sentido de que norteiam, de modo prospectivo, o comportamento que deverá ser adotado em certas circunstâncias e funcionam, retrospectivamente, como critérios ou parâmetros de avaliação de comportamentos pretéritos.⁷⁵⁴

Quando uma pessoa adota um plano pessoal, ela se coloca sob o controle de uma norma. Esse poder de autocontrole é conferido a ela pelos princípios da racionalidade instrumental. As criaturas planejadoras, em outras palavras, possuem a capacidade racional de se sujeitar a normas. De fato, essa capacidade explica a eficiência da planificação.⁷⁵⁵

⁷⁵¹ BRATMAN, Michael E. **Intention, plans and practical reason**. Palo Alto: Center for the Study of Language and Information, 1999. Bratman que “o fato nuclear é que somos agentes planejadores. Nós frequentemente estabelecemos de antemão planos mais ou menos complexos para o futuro e, em seguida, esses planos guiam nossa conduta subsequente. Como agente planejadores, nós temos duas capacidades centrais. Nós temos a capacidade de agir de forma intencional; e temos a capacidade de formar e executar planos” (Ibid.). Tradução do autor. No original: The central fact is that we are planning agents. We frequently settle in advance on more or less complex plans concerning the future, and then these plans guide our later conduct. [...] As planning agents, we have two central capacities. We have the capacity to act purposively; and we have the capacity to form and execute plans.

⁷⁵² SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 193. No original: [...] human beings are planning creatures: we not only have the capacity to act purposively, something we share with nonhuman animals, but also the ability to form and execute plans.

⁷⁵³ Ibid., p. 127. Tradução do autor. No original: For my purposes, plans are abstract propositional entities that require, permit, or authorize agents to act, or not act, in certain ways under certain conditions.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 126.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 127. Tradução do autor. No original: When a person adopts a personal plan, she thus places herself under the governance of a norm. This power of self-governance is conferred on her by the principles of instrumental rationality. Planning creatures, in other words, have the rational capacity to subject themselves to norms. Indeed, this capacity explains the efficacy of planning.

A formulação de um plano, diz o autor, “impõe uma exigência racional de implementá-lo”, uma vez que “adotar um plano e não o utilizar, ou utilizá-lo incorretamente, é irracional”.⁷⁵⁶

A necessidade humana de elaborar planos é fruto, por outro lado, de suas próprias limitações: o ser humano é capaz de eleger objetivos complexos,⁷⁵⁷ mas sabe que sua capacidade de deliberação é limitada e custosa: é psicologicamente impossível ou, ao menos, extremamente desgastante deliberar o tempo todo sobre quais cursos de ação devem ser seguidos a cada instante.

Os seres humanos planejam suas ações individuais porque tipicamente perseguem fins que só podem ser alcançados realizando muitas – às vezes inumeráveis – ações diferentes ao longo do tempo, organizadas em uma sequência correta. Nosso desejo de alcançar fins complexos supera nossa capacidade de deliberar continuamente e chegar em uma escolha ótima a cada instante. Compensamos essa falha cognitiva pensando antecipadamente no melhor curso de ação, decidindo por ele, e, então, confiando nesse juízo quando chega o momento de aplicá-lo.⁷⁵⁸

A principal função dos planos é, portanto, a de substituir futuras e impraticáveis deliberações que, sem planejamento, seriam exigidas do agente diante de cada nova situação que se colocasse à sua frente. Assim, a própria natureza dos planos – enquanto decisão prévia sobre cursos de ação necessários para atingir objetivos futuros – exige que os planos sejam dotados de certa *estabilidade*. Submeter os planos a constante revisão ou reconsideração, sem um motivo razoável para tanto, é completamente irracional, pois equivale a tornar inútil tanto a deliberação prévia, quanto os comportamentos já realizados de acordo com ela.⁷⁵⁹

Se a planificação há de compensar nossas limitadas capacidades cognitivas e reduzir os custos da deliberação, nossos planos devem ser suficientemente

⁷⁵⁶ Ibid., p. 126-128. No original: [...] imposes a rational requirement to carry it out. [...] To adopt a plan and not use it, or use it incorrectly, is irrational.

⁷⁵⁷ Como observa Shapiro, “se não buscássemos alcançar fins complexos, não teríamos a necessidade de realizar planos para o futuro” (Ibid., p. 122. Tradução do autor. No original: Clearly, if we did not seek to achieve complex ends, there would be no need to engage in planning about the future).

⁷⁵⁸ Ibid., p. 150-151. Tradução nossa. No original: [...] human beings plan their individual actions because they typically pursue ends that can only be achieved by taking several, sometimes myriad, different actions over time sequenced in just the right order. Our desire to achieve complex ends outstrips our capacity to deliberate continuously and arrive at the optimal choice for every moment. We compensate for this cognitive failing by thinking through the best course of action in advance, settling on it, and then relying on this judgment when the time comes to carry it out.

⁷⁵⁹ Ibid., p. 122-124.

estáveis, o que quer dizer que eles devem ser razoavelmente resistentes a reconsideração.⁷⁶⁰

A estabilidade dos planos e seu caráter substitutivo de futuras deliberações possui uma implicação fundamental (no plano da interpretação): para “determinar o conteúdo do plano, o agente planejador deve ter cuidado para não se engajar em uma deliberação sobre seus méritos”.⁷⁶¹ Se a cada vez que se quisesse saber o que diz um plano fosse preciso avaliar a correção moral de seu conteúdo, isto é, repetir todo o processo deliberativo, a existência dos planos perderia o sentido.

Com isso, Shapiro chega à *tese positivista dos planos*, segundo a qual “a maneira apropriada de verificar a existência ou o conteúdo de um plano compartilhado é mediante um exame dos fatos sociais relevantes”.⁷⁶² A própria lógica do planejamento exige que a sua identificação possa ser inteiramente feita sem necessidade de qualquer deliberação moral:

Se um plano com um conteúdo particular só existisse quando certos fatos morais ocorressem, então ele não poderia resolver dúvidas e desacordos sobre a maneira correta de proceder. Pois, para aplicá-lo, os participantes teriam que se engajar em uma deliberação ou transação que recriaria o problema que o plano objetivava resolver.⁷⁶³

É certo também que todas as determinações que Shapiro atribuiu aos planos individuais valem também para os planos compartilhados por um grupo de pessoas. Com

⁷⁶⁰ Ibid., p. 124. Tradução do autor. No original: Finally, if planning is to compensate for our limited cognitive capacities and reduce deliberation costs, our plans must be fairly stable, which is to say that they must be reasonably resistant to reconsideration. Ainda segundo o autor, “atentaria contra o propósito de ter planos, revisar sua sabedoria sem uma razão convincente para fazê-lo” (Ibid., p. 124. Tradução do autor. No original: It would defeat the purpose of having plans if I were to review their wisdom without an otherwise compelling reason to do so).

⁷⁶¹ Ibid., p. 127. Tradução do autor. No original: In order to determine the content of the plan, the planner must be careful not to engage in deliberation about its merits.

⁷⁶² Ibid., p. 177. Tradução do autor. No original: [...] the proper way to ascertain the existence or content of a shared plan is through an examination of the relevant social facts. Shapiro compartilha, portanto, com Joseph Raz, a tese dos fatos sociais. Já vimos que, para Raz, “uma teoria do direito só é aceitável se os seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar a sua existência dependem exclusivamente de fatos provenientes do comportamento humano capazes de serem descritos em termos valorativamente neutros e aplicados sem recorrer à argumentação moral” (RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979. p. 39-40. Tradução do autor. No original: A jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behaviour capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument).

⁷⁶³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 177. Tradução do autor. No original: If a plan with a particular content exists only when certain moral facts obtain, then it could not resolve doubts and disagreements about the right way of proceeding. For in order to apply it, the participants would have to engage in deliberation or bargaining that would recreate the problem that the plan aimed to solve.

a diferença de que estes últimos suscitam uma série de dificuldades adicionais não existentes nos primeiros.

Os diversos grupos e comunidades também precisam formular e executar planos para coordenar suas ações e alcançar objetivos valiosos para o grupo. Na verdade, a maior parte dos objetivos perseguidos na vida contemporânea somente é realizável quando há a conjugação de esforços de um grande número de pessoas. Como observa Shapiro,

a vida em comunidade gera a necessidade de planejamento social. Aqueles que vivem juntos devem ser capazes de organizar atividades compartilhadas, solucionar problemas de coordenação, resolver disputas, e assegurar que as finalidades individuais não se frustrem mutuamente.⁷⁶⁴

Assim, para gozar dos benefícios do agir coletivo é preciso elaborar planos que possam coordenar as ações das pessoas no sentido do objetivo perseguido, bem como estabelecer técnicas capazes de compensar a atuação alienada de parte dos membros do grupo.⁷⁶⁵

Se em pequenos grupos homogêneos é possível imaginar que as ações dos integrantes se coordenem de forma improvisada, negociada ou consensual, em se tratando de atividades complexas, controvertidas ou arbitrárias essas alternativas deixam de ser opções viáveis. E, como em sociedades de massa, essas circunstâncias complicadoras são significativamente ampliadas, a planificação que resulta de deliberação, negociação ou acordo, assim como outras formas de planificação não-jurídicas, tornam-se extremamente difíceis, desgastantes ou mesmo impossíveis.

Desse modo, o contexto no qual o direito se torna conveniente ou necessário é aquele em que estão presentes as chamadas “circunstâncias de juridicidade”. Tais circunstâncias existem “quando uma comunidade afronta muitos e sérios problemas morais cujas soluções são complexas, controvertidas ou arbitrárias”.⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ Ibid., p. 156. Tradução do autor. No original: Communal life generates a need for social planning. Those who live together must be able to organize shared activities, solve coordination problems, settle disputes, and ensure that individual pursuits do not thwart one another.

⁷⁶⁵ Shapiro fala em “alienação” para descrever uma situação inevitável em sociedades de massa, a saber, a existência de pessoas que fazem parte de um grupo, mas não estão, de fato, comprometidos com a realização dos objetivos definidos pelo grupo, mas apenas com os próprios interesses. Para Shapiro, a existência de membros alienados exige a elaboração de planos extremamente sofisticados capazes de fazer com que “os participantes alienados terminem atuando da mesma maneira que os não-alienados” (Ibid., p. 150. No original: [...] *alienated participants end up acting in the same way as nonalienated ones*).

⁷⁶⁶ Ibid., p. 170. No original: The circumstances of legality obtain whenever a community has numerous and serious moral problems whose solutions are complex, contentious, or arbitrary.

Segundo Shapiro, nessas circunstâncias – fatalmente presentes nas sociedades de massa – as formas não-jurídicas de planificação são inadequadas ou ineficientes para fazer frente aos problemas do grupo, tornando-se “desejável uma forma de planificação social sofisticada”, tais como as instituições jurídicas.⁷⁶⁷ O direito é, assim, uma organização de planificação com um fim característico: “o propósito fundamental do direito é corrigir as deficiências morais associadas com as circunstâncias de juridicidade”.⁷⁶⁸

De acordo com o que denomino “Teoria do Direito como Planejamento”, sistemas jurídicos são instituições de planejamento social e seu propósito fundamental é compensar as deficiências de formas alternativas de planejamento nas circunstâncias de juridicidade. As instituições jurídicas devem permitir às comunidades superar a complexidade, a contenciosidade e a arbitrariedade da vida em comunidade através da solução daqueles problemas sociais que não podem ser resolvidos, ou bem resolvidos, exclusivamente por meios não-jurídicos.⁷⁶⁹

A chamada “*tese do propósito moral*” do direito,⁷⁷⁰ consiste, portanto, na afirmação de que o direito possui um propósito moral, que consiste em resolver determinados dilemas morais de forma melhor e mais eficiente que as formas não-jurídicas de planificação social. Bustamente, explicando a concepção de Shapiro, esclarece que “o que torna o direito indispensável é precisamente a ineficiência dos princípios morais, isto é, a incapacidade de padrões morais funcionarem como um padrão norteador independente para a comunidade”.⁷⁷¹

⁷⁶⁷ Ibid., p. 170.

⁷⁶⁸ Ibid., p. 213. Tradução do autor. No original: [...] the fundamental aim of the law is to rectify the moral deficiencies associated with the circumstances of legality.

⁷⁶⁹ Ibid., p. 171. Tradução do autor. No original: According to what I will call the “Planning Theory of Law”, legal systems are institutions of social planning and their fundamental aim is to compensate for the deficiencies of alternative forms of planning in the circumstances of legality. Legal institutions are supposed to enable communities to overcome the complexity, contentiousness, and arbitrariness of communal life by resolving those social problems that cannot be solved, or solved as well, by nonlegal means alone.

⁷⁷⁰ A tese do propósito moral é a principal razão pela qual Bustamante sustenta que a teoria jurídica de Shapiro é, na verdade, uma forma de positivismo jurídico normativo e não de positivismo descritivo ou analítico como sustenta o próprio autor (BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 37, p. 219-250, 2012. p. 230-233).

⁷⁷¹ BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 37, p. 219-250, 2012. p. 225. Tradução do autor. No original: What makes the law indispensable is precisely the inefficiency of moral principles, ie, the incapacity of moral standards to act as an independent guiding standard for the community. E, mais adiante, o autor afirma: “o direito torna-se indispensável precisamente porque nenhuma outra forma de ordenação social é tão eficiente, controlável e seguro como ele. A existência do sistema jurídico promove um conjunto de valores morais básicos de tal forma que o direito se torna em si mesmo *moralmente* valioso porque nenhum

Em outros termos, somente a planificação jurídica consegue dar conta, com a necessária eficiência e segurança, da resolução antecipada dos diversos e difíceis dilemas morais que são a marca das sociedades contemporâneas descentradas.

5.4.2 Por uma interpretação do direito juridicamente orientada

Após responder à questão da identidade do direito (*identity question*), Shapiro volta sua atenção para o problema da aplicação/interpretação do direito, procurando responder à questão da implicação (*implication question*), isto é, quais são as consequências que necessariamente decorrem do fato de o direito ser uma atividade de planejamento social.

A principal consequência da teoria do planejamento para a aplicação do direito pode ser resumida na concepção que Shapiro denominou de argumento da “simples lógica do planejamento” (SLOP). Segundo esse argumento, “a existência e o conteúdo de um plano não podem ser determinados por fatos cuja existência o plano pretende resolver”.⁷⁷² Bustamante observa que o argumento SLOP fornece “o germe de uma teoria da argumentação jurídica cuja característica mais destacada é a inteira exclusão das considerações morais deste âmbito da argumentação”.⁷⁷³

Se as normas jurídicas são planos (ou normas similares a planos) e se o planejamento jurídico se destina a resolver, de forma eficiente, problemas morais nas circunstâncias de juridicidade, a identificação do conteúdo de uma norma jurídica não pode depender de considerações sobre a questão moral de fundo, pois foi exatamente para resolver esse problema que a autoridade jurídica elaborou a norma. Como afirmou

outro sistema normativo está mais bem equipado para resolver dilemas *morais* de uma maneira *moralmente correta*” (Ibid., p. 230. Tradução do autor. No original: Law becomes indispensable precisely because no other form of social ordering is as efficient, controllable and certain as it is. The existence of the legal system promotes a set of basic moral values in such a way that the law becomes in itself *morally* valuable because no other normative system is better equipped to solve *moral* quandaries in a *morally correct* way).

⁷⁷² SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 275. Tradução do autor. No original: The existence and content of a plan cannot be determined by facts whose existence the plan aims to settle.

⁷⁷³ BUSTAMANTE, Thomas. Legality, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, vol. 32, n. 3, p. 499-507, 2012. p. 501. No original: SLOP provides the germ of a theory of legal reasoning the most salient feature of which is that it entirely excludes moral considerations from legal reasoning.

Shapiro, “ter que responder a uma série de questões morais é precisamente a *enfermidade* que o direito pretende curar”.⁷⁷⁴

Como se viu, planos constituem decisões antecipadas sobre cursos de ação futuros e uma de suas funções é justamente evitar a necessidade de *deliberação* no momento de sua aplicação.⁷⁷⁵ Segundo Shapiro, “se devo deliberar para descobrir o plano, então não tenho um plano”.⁷⁷⁶

Quando o argumento da “simples lógica do planejamento” (SLOP) é aplicado especificamente à interpretação jurídica, ele é generalizado e se transforma no que Shapiro chamou de argumento da “lógica geral do planejamento” (GLOP). Conforme esse argumento, “a interpretação de qualquer elemento de um sistema de planos não pode ser determinada por fatos cuja existência qualquer elemento daquele sistema se destine a resolver”.⁷⁷⁷

O argumento da lógica geral do planejamento (GLOP) nos conduz à seguinte conclusão: “se as leis são projetadas para resolver questões morais, então a interpretação de uma lei não pode ser determinada por nenhum fato moral cuja existência ela, ou qualquer outra lei do sistema, tenha sido projetada para resolver”.⁷⁷⁸

Dessa forma, como a argumentação jurídica é uma atividade necessariamente amorosa,⁷⁷⁹ Shapiro precisa elaborar uma teoria da interpretação jurídica que se baseia apenas na observação de fatos sociais. Em outros termos, o argumento decisivo para a determinação do modo adequado de interpretar normas jurídicas precisa ser encontrado no próprio ordenamento jurídico a que estas normas pertencem. Com isso, Shapiro não apenas se afasta inteiramente do argumento kelseniano da indiferença metodológica do direito, como também radica os critérios de organização dos cânones hermenêuticos no próprio direito positivo (em fatos sociais).

⁷⁷⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 310. Tradução do autor. No original: Having to answer a series of moral questions is precisely the *disease* that the law aims to cure.

⁷⁷⁵ BUSTAMANTE, Thomas. Legality, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, vol. 32, n. 3, p. 499-507, 2012.

⁷⁷⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 275. Tradução do autor. No original: If I must deliberate in order to discover the plan, then I do not have the plan.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 311. Tradução do autor. No original: The interpretation of any member of a system of plans cannot be determined by facts whose existence any member of that system aims to settle.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 311. Tradução do autor. No original: laws are designed to settle moral questions, then the interpretation of a law cannot be determined by any moral fact whose existence it, or any other law of the system, was designed to settle.

⁷⁷⁹ Deve-se esclarecer que Shapiro distingue entre argumentação jurídica e tomada de decisão, esclarecendo que somente a primeira é necessariamente amorosa.

Segundo Shapiro, a decisão sobre o método interpretativo adequado deve ser orientada pela análise/descrição da *economia da confiança* que se encontra plasmada em um determinado ordenamento jurídico. O argumento da economia da confiança é apresentado por Shapiro como uma reação à segunda crítica de Dworkin. Seu objetivo é oferecer uma resposta ao problema metainterpretativo que esteja baseada em fontes e não na ideia de direito como integridade.

Assim como Dworkin, Shapiro reconhece que a prática jurídica é profundamente marcada por desacordos metainterpretativos, isto é, pelas divergências que surgem quando os juristas discordam sobre qual é a doutrina adequada para a determinação da metodologia interpretativa. Assumindo essa divergência como pressuposto, Shapiro procura formular uma teoria metainterpretativa do direito, isto é, uma teoria que “busca identificar os critérios, princípios ou *standards* para determinar a metodologia interpretativa adequada em um sistema jurídico concreto”.⁷⁸⁰

Quando se diverge, na prática jurídica, sobre qual método é o mais adequado para a interpretação de enunciados normativos, o intérprete precisa se valer de algum critério para eleger uma ou outra metodologia interpretativa. Segundo Shapiro, o dado fundamental a ser considerado em um sistema jurídico concreto para determinar o método adequado de interpretação das normas desse sistema é a sua “economia da confiança”, isto é, “a distribuição de confiança sobre a qual um plano é estruturado”.⁷⁸¹ Uma teoria metainterpretativa do direito não deve ser justificada a partir de considerações morais, mas em termos da distribuição de confiança e desconfiança nos atores jurídicos, distribuição que pode ser extraída do próprio sistema jurídico: “vou sugerir que os sistemas jurídicos não representam simplesmente distribuições de autoridade e responsabilidade, mas também de confiança e desconfiança” e que “a interpretação dos planos criados pelo direito deve ser consistente com a economia de confiança do sistema jurídico”.⁷⁸²

A teoria dos planos implica que atitudes de confiança e desconfiança pressupostas pelo direito são centrais para a determinação da metodologia

⁷⁸⁰ SHAPIRO, Scott J. **Interpretation and the Economy of Trust**. Disponível em: <<http://clp.usc.edu/centers/clhc/archives/workshops/documents/Shapiro.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016. p. 2. Tradução do autor. No original: [...] it seeks to identify the criteria, principles or standards for determining proper interpretive methodology in particular legal systems.

⁷⁸¹ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 335. Tradução do autor. No original: Let us call the distribution of trust upon which a plan is predicated the plan's “economy of trust”.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 313 e 339. Tradução do autor. No original: I will suggest that legal systems are not simply distributions of authority and responsibility, but of trust and distrust as well [...] the interpretation of the plans created by the law must be consistent with the legal system's economy of trust.

interpretativa. A confiança é importante na interpretação do direito porque ela é relevante na interpretação dos planos.⁷⁸³

Na análise de sistemas jurídicos concretos, é possível identificar como os planejadores do plano mestre (Constituição) depositam maior confiança em determinados agentes públicos, para, em determinadas circunstâncias, realizar certos fins e procuram compensar a desconfiança que têm em outros agentes com uma série de dispositivos jurídicos de limitação.⁷⁸⁴

Como explicou Bustamante:

A Teoria do Planejamento implica que o *plano mestre* do sistema jurídico, isto é, suas regras fundamentais, expressa atitudes de “confiança” e “desconfiança” em relação a todos os agentes e funcionários do sistema. Nesse estágio, Shapiro introduz a noção de “economia da confiança”, que está no núcleo de sua visão sobre argumentação e interpretação jurídicas.⁷⁸⁵

Essas considerações de confiança e desconfiança, extraídas do próprio sistema jurídico, são fundamentais para a determinação da metodologia adequada de interpretação, uma vez que quanto maior for a confiança depositada em um agente pelos elaboradores do plano mestre, maior será o grau de liberdade decisória e interpretativa conferida a ele. Por outro lado, quanto menor for o grau de confiança depositado em um agente, menor será sua liberdade para decidir e interpretar planos. Em outros termos, quanto maior for a confiança dispensada a determinados agentes, maior é a liberdade entregue a eles para a complementação/especificação do plano jurídico; em contrapartida, quanto menor for o nível de confiança, menor será o seu poder de complementação.

Grosso modo, a Teoria dos Planos demanda que quanto mais confiável for considerada uma pessoa, maior discricionariedade interpretativa lhe será

⁷⁸³ Ibid., p. 332. Tradução do autor. No original: [...] the Planning Theory entails that attitudes of trust and distrust presupposed by the law are central to the determination of interpretive methodology. Trust matters in the interpretation of law because trust matters in the interpretation of plans.

⁷⁸⁴ Segundo Shapiro, “os planos não apenas permitem aos planejadores compensar a sua falta de confiança nos outros; também permite a eles *capitalizar* tal confiança quando ela existe” (Ibid., p. 334. Tradução do autor. No original: Plans do not merely allow planners to compensate for their lack of trust in others; they also enable them to capitalize on such trust where it exists).

⁷⁸⁵ BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro’s planning theory of law. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 37, p. 219-250, 2012. p. 229. Tradução do autor. No original: The Planning Theory entails that the *master plan* of the legal system, ie its fundamental rules, express attitudes of ‘trust’ and ‘distrust’ towards all agents and legal officials. At this stage, Shapiro introduces the notion of ‘economy of trust’, which rests at the core of his views on legal reasoning and legal interpretation.

conferida. Inversamente, quanto menor for a confiança na pessoa em outras áreas da vida jurídica, menor discricionariedade lhe será concedida.⁷⁸⁶

Planos são, na visão de Shapiro, “ferramentas poderosas para gerenciar a confiança e a desconfiança”,⁷⁸⁷ porque permitem aos planejadores aproveitar, da melhor forma possível, a confiança que eles têm em determinados agentes, conferindo-lhes maior poder discricionário na aplicação dos planos, bem como compensar a desconfiança que têm por outros, elaborando planos tão detalhados e inflexíveis que retirem, dentro do possível, a liberdade decisória do aplicador.⁷⁸⁸

Podemos dizer, em linhas gerais, que quanto mais generosa for a economia de confiança de um plano, maior discricionariedade deve ter o aplicador para se afastar do sentido literal do texto em nome do propósito do plano; ao contrário, um conjunto de atitudes de desconfiança deve levar a uma metodologia mais restritiva, demandando maior aderência ao texto ou às intenções ou expectativas específicas do planificador.⁷⁸⁹

A escolha do método interpretativo adequado precisa considerar, portanto, o grau de liberdade que cada método confere ao intérprete, para, em seguida, analisá-los e adequá-los à economia de confiança do sistema. Em geral, sustenta Shapiro, “os sistemas de confiança *absoluta baixa* são incompatíveis com procedimentos interpretativos *altamente discricionários*”.⁷⁹⁰

5.4.3 A conexão entre o propósito moral do sistema jurídico e a teoria da economia da confiança de Scott Shapiro

A teoria da economia da confiança de Shapiro, por óbvio, não elimina todos os problemas metainterpretativos; mas traz aportes significativos para a elaboração de uma doutrina positivista da interpretação jurídica. Sua concepção passa por duas importantes

⁷⁸⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 331. Tradução do autor. No original: Roughly speaking, the Planning Theory demands that the more trustworthy a person is judged to be, the more interpretive discretion he or she is accorded; conversely, the less trusted one is in other parts of legal life, the less discretion one is allowed.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 313.

⁷⁸⁸ Ibid., p. 332-335.

⁷⁸⁹ Ibid., p. 335-336. Tradução do autor. No original: [...] we can say generally that the more generous a plan's economy of trust, the more discretion the applier should have to depart from the literal meaning of the text in the name of the plan's purpose; conversely, a more distrustful set of attitudes should lead to a more restrictive methodology, demanding greater adherence to the text or to the planner's specific intentions or expectations.

⁷⁹⁰ Ibid., p. 371. Tradução do autor. No original: [...] systems of *low absolute* trust are incompatible with *highly discretionary* interpretive procedures.

afirmações: (i) primeiro, que os critérios definidores dos métodos adequados para a interpretação jurídica devem ser encontrados no interior do sistema jurídico positivo (em fontes sociais); (ii) e que devemos encontrar nas fontes sociais o modo como o sistema jurídico distribuiu a confiança entre seus agentes para as mais diversas tarefas.

Para compreender a relevância da contribuição de Shapiro, é necessário entender o seu contexto teórico. Seu objeto explícito foi possibilitar uma reorganização do positivismo jurídico em torno do tema da interpretação jurídica. Para tanto, faz algumas concessões à segunda crítica de Dworkin, para, em seguida, fornecer uma explicação alternativa para a existência de divergências metainterpretativas entre os participantes da prática jurídica.

Shapiro não nega a assertiva dworkiniana de que os atores da prática jurídica efetivamente discordam sobre questões metainterpretativas (sobre os “fundamentos do direito”, para usar o vocabulário de Dworkin). É dizer, não pretendeu insistir na existência de um amplo acordo, na prática do direito, acerca da metodologia interpretativa adequada.⁷⁹¹ Além disso, Shapiro também irá concordar com Dworkin que não é possível resolver questões metainterpretativas sem levar em consideração os propósitos da prática jurídica, já que, em suas palavras, “a metodologia interpretativa adequada para um sistema jurídico concreto será determinada em função da metodologia que melhor se harmoniza com os objetivos desse sistema”.⁷⁹²

Logo, segundo Shapiro, os teóricos do positivismo não poderão mais furtar-se à tarefa de atribuir propósitos à prática jurídica com vistas a enfrentar o problema metainterpretativo. A questão relevante é como eles o farão, já que “o positivista, por óbvio, não pode tratar esse processo atributivo ao modo dworkiniano, é dizer, como um exercício de filosofia política e moral”.⁷⁹³

No quadro do positivismo jurídico, a atribuição de propósitos à prática jurídica precisa conectar-se ao material jurídico autoritativo, é dizer, para manter-se no *framework* positivista, o teórico deve buscar os propósitos da prática jurídica – e, conseqüentemente, a resposta para o problema metainterpretativo – junto aos fatos sociais.⁷⁹⁴ Os propósitos

⁷⁹¹ SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 43-44.

⁷⁹² Ibid., p. 43-44. Tradução do autor. No original: Proper interpretative methodology for a particular legal system is primarily a function of which methodology best harmonizes with the objectives of that system.

⁷⁹³ Ibid., p. 44. Tradução do autor. No original: The positivist cannot, of course, treat this attributive process in a Dworkinian manner, namely, as an exercise in moral and political philosophy.

⁷⁹⁴ Ibid., p. 43. Segundo o autor, “o fato de que algum conjunto de fins e valores represente os propósitos de um sistema jurídico concreto deve ser um fato sobre certos grupos sociais que possa ser acreditado

determinantes não são aqueles concebidos por cada intérprete individualmente, mas aqueles idealizados e positivados pelos responsáveis pela criação do sistema jurídico.

A tarefa fundamental do intérprete jurídico, como eu sugiro, consiste em atribuir à prática jurídica os objetivos políticos que os idealizadores do sistema jurídico pretenderam alcançar. Os propósitos que são juridicamente relevantes, em outras palavras, são aqueles que *explicam* a prática, ainda que não a justifiquem. Esses objetivos podem ser louváveis, como promover o autogoverno democrático e proteger a liberdade individual, ou podem ser moralmente suspeitos, como a busca pela implementação da vontade de Deus ou a precipitação da revolução proletária. A metodologia adequada para um sistema jurídica concreto será aquela que melhor se harmonize com os objetivos ideológicos daqueles que desenharam o sistema em questão, independentemente da aceitabilidade moral de sua ideologia.⁷⁹⁵

Com isso, Shapiro deixa claro que o intérprete do direito não pode atribuir à prática jurídica os propósitos que, a *seu juízo*, justificam-na moralmente melhor. O intérprete deve deferência aos propósitos morais que irradiam do próprio material jurídico autoritativo.

Assim, diversamente de autores não-positivistas do direito – e mesmo de alguns positivistas, como Kelsen, por exemplo –, Shapiro sustenta que a determinação da metodologia adequada para a interpretação do direito deve se dar, em última análise, com base no direito positivo e não em elementos normativos a ele estranhos.

A determinação do método adequado de interpretação não é um problema de política jurídica, como imaginou Kelsen e outros positivistas, mas uma questão que pode ser recuperada a partir do material jurídico autoritativo do qual se extraem os propósitos dos criadores do sistema jurídico. Não se trata, portanto, de recorrer, pura e simplesmente, à moralidade política de uma comunidade com o objetivo de dela extrair os critérios para

mediante argumentação empírica e não moral. A metodologia interpretativa adequada se estabelecerá, assim, determinando qual metodologia se harmoniza melhor com estes fins e valores. Desse modo, o positivista terá desativado a crítica de Dworkin: afirmando que a metodologia interpretativa se estabelece em função de objetivos empiricamente comprováveis, o positivista terá baseado o direito em fatos sociais” (Ibid., p. 44. Tradução do autor. No original: The fact that some set of goals and values represents the purposes of a certain legal system must be a fact about certain social groups that is ascertainable by empirical, rather than moral, reasoning. Proper interpretive methodology would then be established by determining which methodology best harmonized with these goals and values. In this way, the positivist will have blunted Dworkin’s critique: by claiming that interpretive methodology is a function of empirically derivable objectives, the positivist will have grounded the law in social fact).

⁷⁹⁵ Ibid., p. 45. Tradução do autor. No original: The proper task of the legal interpreter, I would like to suggest, is to impute to legal practice the political objectives that the current designers of the legal system sought to achieve. The purposes that are legally relevant, in other words, are those that *explain*, rather than justify, the current practice. These objectives might be laudable ones, such as promoting democratic self-rule and protecting individual liberty, or they may be more morally suspect, such as seeking to implement the will of God or hastening the proletariat revolution. The proper methodology for a particular legal system would be the one that best harmonizes with the ideological objectives of those who designed the current system, regardless of the moral palatability of their ideology.

a interpretação jurídica. Antes de tudo, esses critérios devem ser encontrados nos elementos textuais do sistema jurídico concreto.

Também não é necessário, como queria Kelsen, esperar que esses critérios estejam *explicitamente* estabelecidos em um ou outro texto jurídico constante do sistema. Mesmo se o sistema não trouxer, como costuma acontecer, indicações explícitas sobre como devem ser interpretados os textos jurídicos integrantes do sistema, essas indicações podem ser encontradas a partir da análise do planejamento constitucional do sistema jurídico em questão.

No ato fundante de estabelecer e organizar o modo de funcionamento do Estado, o constituinte distribuiu textualmente poderes, deveres e proibições aos agentes estatais, que nos permitem inferir o nível de confiança neles depositada para as mais diversas tarefas e atividades estatais.

Em linhas gerais, como se sabe, a atividade primária de criação do direito foi entregue pelo constituinte ao legislador, a quem incumbe, preponderantemente, a tarefa de inovar o sistema jurídico. Mas isso não exclui a atividade normativa complementar exercida pelo Executivo e mesmo pelo Judiciário. Este último, ao interpretar e aplicar os textos jurídicos autoritativos, também exercem um poder – bem mais limitado, é verdade – de criação normativa.

A questão é que o poder criação normativa do Judiciário – ou o poder de complementação dos planos, em termos shapirianos – poderá ser maior ou menor a depender do que o sistema jurídico disser sobre seus poderes, deveres e limites naquela temática. Existe uma relação fundamental entre o nível de confiança/desconfiança que os constituintes depositaram nos juizes e a extensão de seu poder de criação normativa (complementação dos planos).

Nesse sentido, Shapiro acompanha Raz, que também consignou que a maior ou menor discricionariedade interpretativa envolve uma distribuição de poder entre o criador e aplicador do direito, distribuição esta radicada no próprio sistema constitucional:

As ambiguidades e incertezas nos métodos de interpretação limitam os poderes legislativos dos criadores do direito. Ao mesmo tempo incrementam o poder dos tribunais e outras instituições com o poder de interpretar o direito autoritativamente. A eleição do método de interpretação é um importante mecanismo para a distribuição do poder entre os órgãos de governo. Deixando o resto constante, quanto mais certa e previsível é a aplicação desses métodos, maior é o poder daqueles que criam o padrão, e menor o poder de seus intérpretes autoritativos. A atribuição de poder a diferentes órgãos de governo é uma questão de grande importância moral e política. É uma questão

constitucional do Estado concernido. A eleição de métodos interpretativos é parte da constituição de cada Estado.⁷⁹⁶

Por outro lado, a teoria de Shapiro não afasta a possibilidade de divergência entre os atores jurídicos no plano metainterpretativo. O processo de determinação metodológica concebida pelo autor passa por deferentes estágios e, em cada um deles, é concebível a existência de desacordos entre os participantes da prática jurídica.

Segundo Shapiro, a processo envolve três etapas: (i) a fase da *especificação*, na qual o metaintérprete irá verificar quais são as exigências (intelectuais e éticas) estabelecidas por cada método interpretativo em disputa; (ii) a fase de *extração*, na qual o metaintérprete irá explicar, a partir da análise do sistema jurídico concreto, o nível de confiança depositado em cada agente para a realização de determinados fins;⁷⁹⁷ e (iii) a fase da *avaliação*, momento em que se examinará a adequação dos métodos de interpretação observados no primeiro estágio em relação à economia da confiança do sistema encontrada no segundo, a fim de determinar qual metodologia é mais apta a realizar os fins propostos pelo sistema de planificação.⁷⁹⁸

Os atores jurídicos podem, assim, divergir sobre (i) o que é exigido do intérprete por cada método hermenêutico; (ii) qual foi o nível de confiança depositado pelo sistema jurídico em determinado agente jurídico com vista a realização de determinado fim; ou (iii) sobre como o nível de confiança do sistema deve se refletir em termos de metodologia interpretativa. Mas, como já se disse, seu objetivo não era resolver, de forma definitiva,

⁷⁹⁶ RAZ, Joseph. On the nature of law. In: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 124-125. Tradução do autor. No original: This means that ambiguities and uncertainties in the methods of interpretation limit the legislative powers of the law-makers. At the same time they increase the power of the courts or other institutions with power authoritatively to interpret the law. The choice of method of interpretation is an important device for the distribution of power among organs of government. Other things being equal, the more certain and predictable the application of these methods is, the greater the power of those who make the standard, and the smaller the power of its authoritative interpreters. The allocation of power to different organs of government is a matter of great moral and political consequence. It is a matter for the constitution of the state concerned. The choice of methods of interpretation is part of the constitution of every state.

⁷⁹⁷ Como esclarece Shapiro, “a extração, nesse modelo, é essencialmente um processo explicativo. O metaintérprete tenta mostrar que a estrutura institucional de um sistema particular se deve, em parte, ao fato de que aqueles que o projetaram possuíam certas concepções sobre a confiabilidade dos atores em questão e, portanto, confiaram aos atores certos direitos e responsabilidades” (SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 361. Tradução do autor. No original: Extraction, on this model, is essentially an explanatory process. The meta-interpreter attempts to show that a system’s particular institutional structure is due, in part, to the fact that those who designed it had certain views about the trustworthiness of the actors in question and therefore entrusted actors with certain rights and responsibilities).

⁷⁹⁸ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 359-377.

a difícil questão metainterpretativa. Mas fornecer uma leitura alternativa (juspositivista) do problema.

Por essa razão, quando nos situamos no interior de uma doutrina comprometida com a diminuição dos espaços desregulados de poder (redução dos poderes selvagens), não podemos nos limitar a uma mera descrição do “modelo da imperfeição” na aplicação do direito.⁷⁹⁹ Se é certo que a pluralidade de resultados interpretativos é algo que acompanha inevitavelmente a existência do direito enquanto linguagem, não é menos correto que do reconhecimento de sua existência (*ser*) não se segue a afirmação normativa de sua deseabilidade (*dever ser*).

Como já deve ter ficado claro o garantismo, enquanto modelo de direito, é uma teoria jurídica comprometida com a redução dos espaços de arbítrio judicial,⁸⁰⁰ o que implica a redução dos seus espaços de liberdade decisória, uma vez que “a indeterminação

⁷⁹⁹ O termo é utilizado por Travessoni em por oposição ao modelo kantiano que sustentava a crença na perfeição dos deveres jurídicos. Segundo o autor, é possível identificar dois modelos antagônicos de aplicação do direito: o modelo kantiano (“modelo da perfeição”), concebe os deveres jurídicos com um tal grau de especificidade e precisão matemática, que a solução de qualquer caso poderia ser encontrada a partir de sua simples subsunção à norma jurídica aplicável; e o modelo positivista de Kelsen e Hart, denominado por ele “modelo da imperfeição”, o qual sustenta que, por ocasião da aplicação do direito, não é possível deduzir da norma jurídica uma única solução para o caso concreto, em virtude da generalidade normativa ou da textura aberta do direito (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 4-7; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-42). O modelo da imperfeição, ademais, “limita-se a descrever a indeterminação da aplicação das normas jurídicas (Kelsen e Hart)” (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 4). Mas é preciso reconhecer que, ressalvada a influência que o ideal de um sistema fechado e autossuficiente (codificação) exerceu sobre a escola da exegese (BONNECASE, Julien. **La escuela de la exegesis en derecho civil**. Tradução de Jose M. Cajica Jr. Ciudad de Mexico: Editorial Cvltvra, 1944), os representantes do positivismo jurídico, em geral, têm denunciado há muito o problema da indeterminação do direito. Para Travessoni, “o desafio da teoria jurídica nos últimos 50 anos vem sendo desenvolver um modelo de aplicação que não seja tão indeterminado quanto o modelo imperfeito, mas que não signifique a volta ao modelo perfeito de Kant” (TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6-7). E como novas alternativas a esses dois modelos, Travessoni cataloga os modelos de Dworkin – “modelo da aplicação perfeita” – e de Alexy – “modelo da aplicação relativamente perfeita” (Ibid., p. 4-7; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito**. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-42).

⁸⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantías y derecho penal**. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 350.

normativa e a consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz”.⁸⁰¹ Como afirma Ferrajoli,

a obscuridade, a vagueza e a indeterminação da linguagem legal, ainda que em alguma medida inelimináveis, não são simples defeitos da legislação. Elas são um *vício jurídico*, porque violam os princípios da separação dos poderes e da submissão dos juízes à lei, comprometendo, assim, a preservação de todo o edifício do estado de direito.⁸⁰²

A resolução da questão metainterpretativa é, portanto, uma questão política e moralmente sensível que não pode ser deixada a cargo da capacidade reflexiva e da compreensão moral de Hércules. Qualquer resposta que se pretenda dar ao problema deve guardar pertinência com os propósitos revelados pelas diretivas da autoridade constitucional.

⁸⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 53. O autor também sustenta que a principal tarefa da epistemologia penal garantista é “elucidar as condições que permitam restringir, do melhor modo possível, essas margens [de discricionariedade judicial]” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 65).

⁸⁰² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 55. Grifei.

6 A GARANTIA DA LEGALIDADE E OS PROPÓSITOS DO SISTEMA PENAL

No primeiro capítulo desta tese, apresentamos alguns elementos que compõem o núcleo normativo do Direito Penal. Há ali uma série de reflexões funcionais de moralidade política que podem ser resumidas na ideia de que o Direito Penal é responsável pela proteção de determinados bens jurídicos e de que sua atuação deve ocorrer da maneira menos discricionária e violenta possível. Desse modo, o Direito Penal assume a tarefa fundamental de limitar os anseios punitivistas da sociedade e do estado como forma de assegurar o direito fundamental à liberdade.

O objetivo agora é mostrar que as funções atribuídas por Ferrajoli ao Direito Penal não constituem um mero resgate arbitrário de uma tradição política e jurídica, mas que, ao contrário, essas funções coincidem fundamentalmente com os propósitos extraídos da garantia constitucional da legalidade penal.

A legalidade penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) estabelece que tanto a existência do crime, quanto a espécie e os limites de suas consequências jurídicas devem ser estabelecidos por intermédio de lei em sentido formal e material.⁸⁰³

Nesta tese, o foco recairá apenas sobre o *nullum crimen sine lege*, já que o objeto deste trabalho é a interpretação de textos legais que fixam os pressupostos da punibilidade.⁸⁰⁴ E nos termos do *nullum crimen sine lege*, crime é tudo aquilo e somente aquilo que como tal está definido em lei.⁸⁰⁵

⁸⁰³ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 138. Como esquematizou Bitencourt, “a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51).

⁸⁰⁴ No direito alemão, a fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* está particionada em dois preceitos distintos: o § 1 do StGB que cuida do *nullum crimen sine lege* e o § 2, I, do StBG que versa sobre o *nulla poena sine lege*. No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 também previa em dispositivos separados o *nullum crimen sine lege* (art. 1º) e o *nulla poena sine lege* (art. 33). Essa abordagem legislativa é interessante por explicitar a possibilidade do tratamento separado das cláusulas do *crime* e da *pena*.

⁸⁰⁵ Logo, não é crime, por mais moralmente reprováveis que sejam, aqueles comportamentos que não estejam ali previstos. Na lição de Figueiredo Dias: “O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como consequência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redação funcionam por isso sempre *contra o legislador e a favor da liberdade*, por mais evidente que se revele ter sido a intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 180).

A capacidade da legalidade penal de revelar os propósitos gerais que norteiam os sistemas jurídico-penais contemporâneos faz com que essa garantia assuma um papel decisivo na solução de problemas metainterpretativos em Direito Penal. Trata-se de um axioma jurídico-constitucional determinante para a compreensão da distribuição do poder de criminalização entre os agentes estatais.

Com isso se cumpre a exigência positivista de Shapiro, apresentada no final capítulo anterior: a resposta ao problema metainterpretativo – que depende da análise dos propósitos que nortearam a elaboração de cada sistema jurídico concreto – deve ser extraída das *fontes*. A norma mestra do sistema jurídico brasileiro – a Constituição – revela como os seus constituintes (*designers*) distribuíram a confiança entre os diversos agentes estatais para a realização das mais variadas tarefas atinentes ao programa de criminalização. É aí que encontraremos mais detalhes sobre os propósitos específicos do sistema jurídico-penal.

6.1 Fundamentos da garantia da legalidade penal e as funções do Direito Penal

As normas penais, como se costuma admitir, são estabelecidas com a finalidade de proteger bens jurídicos fundamentais.⁸⁰⁶ Trata-se de uma noção encampada por outro

⁸⁰⁶ É esse o entendimento de Claus Roxin (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e Tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 9-36; ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 233-275; ROXIN, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 433-448), de Winfried Hassemer (HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 91-100; HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Tradução de Patricia S. Ziffer. **Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, n. 46-47, abr-set.1989; HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 18, fev-mar. 2003), de Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudios de derecho penal, derecho processual penal e filosofía do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69-90), de Roland Hefendehl (HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190). É também a compreensão do garantismo penal (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo**

axioma do garantismo penal (o princípio da lesividade ou ofensividade).⁸⁰⁷ No entanto, o meio de que se vale o Direito Penal para a proteção de bens jurídicos, a saber, a cominação e a aplicação de penas, exprime uma das formas mais brutais de exercício do poder estatal e de interferência na esfera dos direitos individuais. Não por outro motivo, o poder de punir precisa ser adequadamente limitado em atenção aos bens jurídicos – igualmente fundamentais – daqueles que estão sujeitos à sua incidência. Na consagrada fórmula de Roxin, “um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não só **mediante** o Direito penal, mas também **do** Direito penal”.⁸⁰⁸

penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 426-440; FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Revista Nuevo Foro Penal**, Medellín, v. 8, n. 79, p. 100-114, jul./dez. 2012; FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bien jurídico. Tradução de Walter Antillón M. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal**. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 189-207). Por outro lado, a ideia de que a função do Direito Penal possa ser encontrada na tutela de bens jurídicos ainda que majoritária, não é unânime. Assim, contra a noção de tutela de bens, Zaffaroni et al, que, de forma coerente com a teoria agnóstica da pena, rejeitam qualquer finalidade protetiva ao Direito Penal. Segundo eles, a ideia de “tutela” ou de “proteção” de bens jurídicos pode neutralizar a concepção limitadora do princípio da lesividade, transformando-se, ao contrário, em pretexto para a intervenção penal (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 227), isto é, pode “converter o cordeiro em lobo” (ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2005. p. 111). Deve-se ressaltar, no entanto, que os autores não rejeitam a ideia de que a lesão ao bem jurídico seja uma condição necessária para a legitimação da intervenção penal: a afetação do bem jurídico é, também para eles, uma condição necessária para a criminalização (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 228). O que os autores rejeitam é a ideia de que a pena existe para “proteger” bens jurídicos, pois consideram que “a via da tutela é sempre a via da inquisição” (Ibid., p. 227). Outros autores mostram-se críticos em relação ao conceito mesmo de bem jurídico, por razões diversas. São conhecidas as objeções de Jakobs (JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Luís Greco. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 61-83) e de Stratenwerth (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v. I: parte general, el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 64-69; STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. Tradução de Luís Greco. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 129-148).

⁸⁰⁷ Em outro local, defendemos que o princípio da lesividade tem assento no direito constitucional brasileiro, em que pese a inexistência de preceito constitucional expresso sobre o tema (RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminas** (RBCCRIM), São Paulo, ano 26, v. 139, p. 69-108, jan. 2018).

⁸⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 137 (negrito no texto consultado). Tradução do autor. No espanhol: un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Essa passagem de Roxin foi lembrada também DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 177. É, na essência, a lição de Hassemer: “o direito penal conforme ao estado de direito e o direito processual penal constituem não somente um meio de persecução ou de crua “luta”

A fórmula roxiniana condensa, em seu núcleo essencial, o duplo do fim atribuído por Ferrajoli ao Direito Penal. Assumindo a perspectiva da justificação externa (filosofia política), o garantismo atribui ao Direito Penal a função de proteger as pessoas contra o crime e contra as reações arbitrárias ao crime. No primeiro caso, o sistema penal protege a maioria não-desviada mediante a cominação legal – e posterior aplicação – das penas (propósito de defesa social); no segundo, protege a minoria desviada contra reações desmesuradas decorrentes da prática do crime, com todo um aparato de garantias penais e processuais (propósito garantista).

O que importa perceber aqui é que essa atribuição de funções ao Direito Penal por parte do garantismo não é arbitrária, isto é, não se trata de uma reflexão de filosofia política desconectada do material jurídico autoritativo. Antes, ela coincide fundamentalmente com os fundamentos e propósitos encampados pela garantia penal da legalidade.

Os fundamentos da legalidade costumam ser divididos em dois grupos: (i) os fundamentos que se especializam em argumentos dogmáticos internos ao próprio Direito Penal (fundamento interno ou jurídico-penal); e (ii) aqueles fundamentos mais amplos, que transcendem o Direito Penal, baseando-se em questões de filosofia política ou em arranjos institucionais próprios do constitucionalismo (fundamento externo ou político).⁸⁰⁹

contra o crime; constituem também um meio para garantir da melhor forma possível o asseguramento dos direitos fundamentais daqueles que intervêm em um conflito penal [...]: direitos fundamentais não somente da vítima, mas também das testemunhas e, sobretudo, dos suspeitos do fato” (HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 19-20). Tradução do autor. Na tradução espanhola: el derecho penal conforme al estado de derecho y el derecho procesal penal constituyen hoy no solamente un medio de persecución o de cruda ‘lucha’ contra el delito; constituyen también un medio para garantizar de la mejor forma posible el aseguramiento de los derechos fundamentales de aquellos que intervienen en un conflicto penal [...]: derechos fundamentales no solamente de la víctima, sino también de los testigos y, sobre todo, de los sospechosos del hecho.

⁸⁰⁹ Roxin fala em “justificação jurídico-penal” no primeiro caso e em “justificação jurídico-política” no segundo caso (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 144). Figueiredo Dias, por sua vez, utiliza o par “fundamentos internos” e “fundamentos externos” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 179-180). Essa duplicidade de fundamento (político e jurídico) é por Montiel como o melhor modelo: “Aceptar que la legalidad es un principio fundamental del Derecho penal que delimita las funciones de los poderes constituidos implica comprometerse con un determinado modelo de Estado; un modelo que se tome en serio el principio democrático, la división de funciones de los poderes constituidos, etc. Pero además la incorporación de una raíz jurídico-penal permite adaptar las exigencias del principio de legalidad a las finalidades del Derecho penal. Esto último resulta de gran importancia dado que el principio de legalidad es una pauta axial de todo el Derecho que, como tal, rige en todas sus ramas, con la salvedad de que sus exigencias deben adecuarse a las finalidades de cada uno de estos segmentos del Derecho”

É relevante conhecer esses fundamentos, pois, no dizer de Bacigalupo, “só é possível dizer se o princípio foi ou não vulnerado, se se conhece o seu fundamento: vulnerar o princípio da legalidade significa contradizer o seu fundamento”.⁸¹⁰

Além disso, como se verá na sequência, cada um dos propósitos atribuídos por Ferrajoli ao Direito Penal pode ser reconduzido a um grupo de fundamentos da garantia penal da legalidade: é possível afirmar que enquanto o propósito de defesa social apoia-se no fundamento jurídico-penal da legalidade, o propósito garantista está radicado em seu fundamento político.

6.1.1 Fundamentos jurídico-penais da legalidade

Os fundamentos jurídico-penais são aqueles que procuram especializar a justificação da garantia penal da legalidade a partir de considerações específicas a esse ramo do direito. O mais tradicional é aquele que invoca a função preventivo-geral da lei penal. Esse fundamento, por sua vez, costuma ser complementado pelo argumento da culpabilidade.

O recurso à ameaça legal de imposição de penas é o principal instrumento de que o Direito Penal se vale para a tutela dos bens jurídicos. É mediante a edição das leis penais, dando conhecimento público dos comportamentos que se situam na zona do ilícito penal e de suas consequências jurídicas, que Estado pretende influir no ânimo das pessoas e impedir a prática do delito.

O fundamento preventivo-geral foi apresentado, de forma teoricamente mais elaborada, por Feuerbach, com base em sua teoria da coação psicológica.⁸¹¹ Seu mérito foi fundamentar a garantia da legalidade penal de forma autônoma, vale dizer, em considerações de cunho especificamente penais.⁸¹²

(MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y limites de la analogía in bonam partem en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009. p. 47-48).

⁸¹⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 46. Tradução do autor. No original: sólo es posible establecer si el principio ha sido vulnerado o no, en tanto se conozca su fundamento: vulnerar el principio de legalidad significa contradecir su fundamento. Ou, em outros termos, “o princípio da legalidade remonta aos seus fundamentos, e pela observação das suas fontes pode-se compreender que deve ter um significado muito especial para o âmbito do Direito Penal” (HASSEMER. Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 332).

⁸¹¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 76.

⁸¹² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente

Mas para que possa cumprir sua finalidade de prevenção geral, a lei penal precisa, entre outras coisas, ser clara e estar disponível ao acesso de todos os cidadãos. É dizer, as pessoas precisam ter a oportunidade de conhecer os comportamentos penalmente proibidos sob ameaça de pena, a fim de que possa orientar o seu comportamento conforme à norma jurídico-penal.

Desse modo, a consecução da função de prevenção geral da lei exige tanto que a lei penal esteja disponível a todos antes do fato (anterioridade), quanto que a elaboração da lei penal seja clara, precisa e, assim, acessível à população em geral (taxatividade).

Roxin, fazendo referência ao vocabulário da coação psicológica de Feuerbach, assim colocou a questão:

Se o objetivo da cominação penal é a intimidação de potenciais delinquentes, a determinação psíquica que se pretende só pode ser alcançada se, antes do fato, a lei tiver fixado, do modo mais exato possível, qual é a ação proibida; pois se falta uma lei prévia ou se esta é pouco clara, não se poderá produzir o efeito intimidatório, porque ninguém saberá se a sua conduta pode ou não acarretar uma pena.⁸¹³

Nesse ponto, alguns autores ligam a possibilidade de conhecimento do conteúdo da lei por parte dos cidadãos com o *argumento da culpabilidade*. O juízo de reprovação, que incide sobre o comportamento proibido, pressupõe ao menos a possibilidade de conhecimento do caráter ilícito do fato por parte do agente. Não é possível reprovar a ação daquele a quem não se oportunizou o prévio conhecimento da proibição.⁸¹⁴

Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 145-146. É importante observar que a fórmula latina de Feuerbach não é incompleta como hoje pode parecer. Como esclarece Roxin, “Hoy se formula mayoritariamente como: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, distinguendo entre conducta punible (*crimen*) y pena (*poena*); en cambio, Feuerbach agrupaba ambas cosas en el término *poena*, como también se hace actualmente con cierta frecuencia” (Ibid., p. 146, pé de página).

⁸¹³ Ibid., p. 146. Tradução do autor. No original: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de potenciales delinquentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley del modo más exacto posible cuál es la acción prohibida; pues si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

⁸¹⁴ Segundo Roxin, “si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho” (Ibid., p. 146). No mesmo sentido, Bacigalupo: “a culpabilidade pressupõe o conhecimento da norma legal infringida ou, ao menos, a possibilidade de conhecimento, o que requer a prévia incriminação legal do fato” (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 46-47). Vale mencionar ainda as considerações de Gueiros e Japiassú para quem “há a ideia de que o princípio da culpabilidade é vulnerado se não houver reserva legal, pois não se deve falar em agente culpável se o indivíduo não sabia ou não tivera possibilidade de verificar que o seu comportamento era passível de reprovação penal. Essa constatação tem, pois, que ser feita antes da prática delitativa e, assim, a reprovação pressupõe, necessariamente, a formação anterior da vontade consciente” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 77).

É interessante perceber como o fundamento da prevenção geral dá sustentação a um dos dois propósitos do Direito Penal sustentados por Ferrajoli: o objetivo da cominação legal da pena consiste no propósito utilitarista clássico de proteção de uma maioria não-desviada contra a prática do crime. Trata-se, no dizer de Roxin, da proteção das pessoas “mediante o Direito penal”, isto é, de uma manifestação do propósito de defesa social.

É dizer, a função de prevenção geral do crime que é inerente às leis penais constitui um dos componentes que dá sentido à existência de um aparato estatal punitivo, nos levando a defender a existência de um sistema penal juridicamente organizado. Esse propósito foi assim defendido por Ferrajoli, por exemplo, em sua crítica ao abolicionismo penal mencionada no segundo capítulo.

Por fim, é preciso observar que os fundamentos jurídico-penais da legalidade nos fornecem, ainda, um relevante argumento garantista em tema de interpretação jurídico-penal. Se existe uma relação entre taxatividade e eficácia preventivo-geral, de modo que é possível afirmar que fora da taxatividade legal não há prevenção geral possível, também não faria qualquer sentido ampliar posteriormente do sentido da lei penal pela via da interpretação. As pessoas orientam o seu comportamento com base no sentido comum das leis, de modo que a ampliação de seu significado após o fato trai o sentido geral do sistema (prevenção geral do crime) e impede a reprovação (jurídica) daquele que orientou sua ação com base no sentido comum da linguagem jurídica.

6.1.2 Os fundamentos políticos da legalidade penal

Os fundamentos jurídico-políticos da garantia da legalidade penal indicam a face mais visível do Estado de Direito, consubstanciada no já mencionado projeto de limitação do poder pela linguagem jurídica.⁸¹⁵ É o momento em que legalidade penal assume seu caráter garantista de proteção do indivíduo contra o poder punitivo estatal.

A legalidade penal, sob este aspecto, se ampara no *princípio liberal* e no *princípio democrático* baseado na separação dos poderes. Como aponta Navarro Frías, “o

⁸¹⁵ Roxin concebe o fundamento liberal como um postulado básico do Estado de Direito (ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.p. 137). Marchi Júnior também observa que “em toda a sua concreta evolução histórica, o princípio da legalidade tem expressado um valor político antagônico àquele que animava o princípio fundante do Estado absoluto” (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal:** proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 16).

fundamento político do princípio da legalidade nasce com o pensamento ilustrado, que vê neste princípio uma limitação do poder punitivo do Estado e, portanto, uma garantia de liberdade do indivíduo através da separação dos poderes”.⁸¹⁶

De fato, garantia penal da legalidade, como hoje a concebemos, teve o seu núcleo delineado pelo pensamento penal da Ilustração e é importante discorrer um pouco sobre seu contexto de formação.⁸¹⁷ No Iluminismo começa a ser forjado um modelo bastante exigente de lei penal, calcado em uma dupla vinculação dos poderes estatais – da atividade do legislador e do juiz –, com vistas à redução do decisionismo penal (fundamento *liberal* da legalidade) e à observância da vontade popular em matéria de criminalização (fundamento *democrático* da legalidade).

Embora a garantia penal da legalidade possua relevantes antecedentes históricos,⁸¹⁸ foi apenas durante essa etapa que teve lugar a ideia de lei como fonte

⁸¹⁶ NAVARRO FRÍAS, Irene. **Mandato de determinación y tipicidad penal**. Granada: Editorial Comares, 2010. p. 24. Tradução do autor. No original: El fundamento político del principio de legalidad nace con el pensamiento ilustrado, que ve en este principio una limitación del poder punitivo del Estado y, de ahí, una garantía de libertad del individuo a través de la separación de poderes.

⁸¹⁷ Segundo Ferrajoli, “foi somente na época do Iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio de estrita legalidade penal e da proibição de analogia” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 353). Quintero Olivares ensina que “el principio de legalidad, como postulado fundamental del Derecho Penal moderno, constituye – junto al respecto de los derechos fundamentales – una de las garantías que derivan del Estado liberal burgués, surgido tras el arrumbamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la Ilustración; en ella encuentra su fundamento político, que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución francesa” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 61). Assim também Jescheck e Weigend: “En los siglos XVII y XVIII los Tribunales, bajo la influencia de la teoría del Derecho natural y del pensamiento reformista del deber penal oficial, juzgaron basándose sencillamente en su libre arbitrio judicial lo que, naturalmente, llevó a una inseguridad jurídica insostenible que condujo a que en el período de la Ilustración se demandara con urgencia la Ley escrita” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 140). Do mesmo modo, “apesar dessas intuitivas e pontuais aparições, o princípio da legalidade, tal como conhecido hoje, é fruto mesmo do Movimento Ilustrado, desenvolvido por muitos pensadores do Século XVIII” (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 8). Segundo Regis Prado, o princípio da legalidade “origina-se no ideário da Ilustração [...]” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 130) e, para Souza e Japiassú, “o princípio da legalidade associado à defesa dos direitos individuais foi desenvolvido por filósofos como Locke, Montesquieu e Rousseau. Cristalizou-se, de maneira definitiva, com o surgimento do opúsculo de Beccaria: ‘Dos delitos e das penas’” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 75).

⁸¹⁸ O fato de o princípio ser obra do iluminismo não significa, como alerta Marchi Jr., que não tenha havido “lampejos de legalidade na Grécia antiga, no Direito Romano e na Idade Média” (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 7). No Direito Romano antigo, o antecedente histórico da legalidade penal não era universal (aplicável a todas as infrações). Como ensina Fragoso, “no direito romano, ao tempo das

exclusiva do Direito Penal, cercada, ademais, de uma série de exigências essenciais à tutela da liberdade individual frente ao poder punitivo estatal. A incerteza gerada pela multiplicidade de fontes jurídicas do medievo, a insegurança acarretada pelo poder legiferante dos monarcas e pela desregulada criação judicial do direito, fizeram com que a reação iluminista estivesse marcada pelo ideal da segurança jurídica, cuja principal condição de materialização era o desenvolvimento do princípio da legalidade penal em termos garantistas.

questiones perpetuae, estavam os magistrados adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica* (legítima, ordinária). Tais crimes eram os previstos nas *leges Corneliae* e *Juliae*, constituindo o *ordo iudiciorum publicorum*. [...] Esta regra, todavia, deixou de prevalecer no direito posterior, com a instituição da *cognitio extraordinaria*, na qual se concedia grande arbítrio judicial, permitindo-se a punição como *crimina extraordinaria* de fatos reprováveis, por analogia (ad exemplos legis) (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 89). Dedes, por seu turno, viu na Antiguidade Grega o berço do princípio da legalidade penal. Assim, segundo o autor, a partir de aproximadamente 600 a.C. passa a haver no direito grego a exigência de que as regras jurídicas fossem inscritas em tábuas fixadas próximas à *ágora* para conhecimento público. Em um segundo estágio, cerca de dois séculos mais tarde, a inscrição em tábuas culminou com a exclusão das normas jurídicas não-escritas e, em um terceiro momento, provavelmente entre 400 a.C. e o ano do nascimento de Cristo cristalizou-se, no direito grego, a ideia de que *sem lei não pode haver delito* (DEDES, Christos. Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. Tradução de M. Carmen Alastuey Dobón. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 9, p. 141-146, 2002). No período medieval, a principal referência à legalidade encontra-se no art. 39 da *Magna Charta* inglesa de 1215, onde se lê: “nenhum homem livre será levado ou preso ou retirado ou posto fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira prejudicado, ou nós não iremos ou enviaremos contra ele, exceto em decorrência de um julgamento justo por seus pares ou pela lei da terra” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 75, pé de página). O dispositivo, contudo, além de padecer da falta de generalidade – já que, como alerta Marchi Júnior (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 8), à época, apenas os nobres podiam reivindicar direitos –, representava, essencialmente, uma garantia processual e não um princípio de direito material. Assim, também, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 140; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 75; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65-66; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. v. 1: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 132-136). Quanto a este último aspecto, Zaffaroni é preciso ao afirmar que “el derecho inglés no hace hoy uso de la facultad judicial de crear delitos y que la misma ya no la poseen los tribunales ingleses, pero esto es resultado de una evolución que se operó recién en el siglo pasado, con lo que queda claro que el principio de legalidad penal no podía estar contenido en la Carta Magna, puesto que es incompatible con el principio de formación judicial del derecho o common law” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. v. 1: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 133). Mas vale manter firme a lição de Nilo Batista, que, no tocante às referências pré-iluministas da legalidade penal, afirmou: “devemos abandonar a tarefa, mais própria de antiquário que de historiador, [...] de respigar em textos romanos alguma afinidade – ainda que sonora – com o princípio, ou de cismar sobre a passagem do artigo 39 da *Magna Charta* – que continha, segundo opinião dominante, mera garantia processual restrita aos poucos “homens livres” –, à procura de um antecedente” (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65-66).

A construção da concepção iluminista de legalidade ocorreu sob o pano de fundo das teorias contratualistas em voga na Europa.⁸¹⁹ Foi na ideia geral de um pacto social celebrado por todos que os ilustrados encontraram o fundamento político-filosófico para um novo paradigma de Estado calcado no império do direito. Como observa Frederico Horta,

na medida em que se fundamenta a autoridade do Estado num contrato, entabulado para garantir a vida, a liberdade e os bens de cada indivíduo sujeito à sua autoridade, chega-se a algumas conclusões necessárias. A primeira, de que o poder do Estado é estabelecido pelas leis, que são como cláusulas do contrato. A segunda, de que as leis devem estar ao alcance de todos e estabelecer com clareza os limites das liberdades de cada um e do próprio Estado.⁸²⁰

A nova sociedade política, constituída por intermédio de um pacto social, passa a se autorregular por meio de regras jurídicas escritas, previamente editadas e dotadas de certa estabilidade. São, portanto, as teorias do contrato social que fornecem subsídios teóricos para a concepção de que a lei é o único instrumento por meio do qual os concidadãos podem impor deveres a si mesmos: apenas a lei pode fixar os limites da liberdade individual e da ação governamental.⁸²¹

⁸¹⁹ Segundo Fiandaca e Musco, a matriz da legalidade “risale alla dottrina del ‘contratto sociale’ e si giustifica con la conseguente esigenza di vincolare l’esercizio di ogni potere dello Stato alla legge” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 55). No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 177-178.

⁸²⁰ HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 51-70. maio 2019.

⁸²¹ Essa relação aparece claramente em Locke, para quem as mesmas razões que impelem às pessoas ao contrato social reclamam a legalidade. Segundo ele, “os homens não se dispõem a abdicar da liberdade do estado de natureza e a se submeter (à sociedade e ao governo), não fosse para preservarem suas vidas, liberdades e bens – e, através de *regras estabelecidas* de direito e propriedade, assegurar sua paz e tranquilidade” (LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 508. Grifei). Logo, consideradas as razões que levaram as pessoas à constituição de uma sociedade política, pode-se afirmar que todo poder deve ser exercido mediante leis, isto é, “seja qual for a forma da sociedade política, o poder que exerce o mando deve governar segundo *leis expressas e acatadas*, e não por ditames extemporâneos e resoluções indeterminadas” (Ibid., p. 508). A doutrina do contrato social também tem importância decisiva na formulação da garantia da legalidade em Beccaria. Com base em uma concepção utilitarista que busca “*a máxima felicidade compartilhada pela maioria*”, Beccaria fundamentou o interesse que todos possuem na observância dos pactos legais úteis à maioria, pois “a violação, mesmo de um único pacto, começa a autorizar a anarquia”, que é, sem dúvida, a maior ameaça ao contrato social como um todo. Na obra de Beccaria, os pactos formalizados legalmente, enquanto “expressão da vontade pública”, acarretam obrigações tanto legislador quanto ao juiz penal (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40, p. 44 e p. 100, respectivamente).

O *fundamento liberal* da legalidade penal relaciona-se à função atribuída à lei de impor limites aos poderes constituídos do Estado, destacando-se sua função de reduzir a liberdade decisória dos juízes penais, que não são (não devem ser) livres para valorar o comportamento alheio a partir de sua própria agenda moral.⁸²² Como Cervini destacou, “tanto em sua origem como em sua estruturação, o princípio da legalidade é a mais plena expressão dos princípios revolucionários de 1789, segundo os quais, o capricho e a arbitrariedade são substituídos pela regularidade da lei”.⁸²³

Durante todo o processo de elaboração dogmática da garantia da legalidade penal no Iluminismo ficou muito nítida a sua função de contenção do arbítrio judicial. Mesmo quando o conteúdo da legalidade tinha por destinatário o legislador, impondo-lhe o dever de elaborar leis precisas e taxativas, o que se pretendia, no fim das contas, era impedir o avanço do decisionismo judicial na outra ponta (na aplicação do direito).⁸²⁴

Assim, enquanto instrumento de tutela da liberdade individual, a legalidade impõe limites ao poder dos juízes, a fim de que estes não se valham da estrutura persecutória do Estado para impor aos seus concidadãos os seus próprios valores morais e concepções individuais de vida boa.

Além disso, o princípio ilustrado da legalidade penal, forjado na luta contra o absolutismo monárquico, nasceu alinhado com uma concepção democrática de poder político. Consoante o seu *fundamento democrático*, a legalidade penal expressa a

⁸²² Marchi Júnior preceitua que “a partir da exigência de lei formal, o princípio da legalidade passou naturalmente a reivindicar a segurança jurídica, transformando-se num instrumento de luta contra o arbítrio judicial, tão comum no Antigo Regime, quando os juízes, segundo as peculiaridades do caso, podiam aplicar penas de maior ou menor gravidade do que aquelas cominadas em lei” (MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 16). É também a lição de Roxin, “la burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 144). O fundamento liberal é chamado de fundamento político para Regis Prado: “o seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal arbitrária, por meio da realização da certeza do direito” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131).

⁸²³ CERVINI, Raúl. El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero (art. 4.º de la Ley 7.492/86). **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 48, 2004. Tradução do autor. No original: “tanto en su origen como en su estructuración, el principio de legalidad es la más plena expresión de los principios revolucionarios de 1789, según los cuales, el capricho y la arbitrariedad, son sustituidos por la regularidad de la ley”.

⁸²⁴ Como atesta Sanchís, “no projeto jurídico da Ilustração a rigorosa aplicação da lei pretende eliminar toda possibilidade de decisionismo judicial, [...]” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 63. Tradução nossa).

competência ou atribuição político-constitucional exclusiva do Parlamento para a elaboração de normas penais incriminadoras. Em um regime democrático, apenas os representantes do povo podem estabelecer os crimes, pressupostos jurídicos das penas, já que estas últimas representam uma das mais graves formas de limitação dos direitos fundamentais do apenado.⁸²⁵

O paradigma democrático impõe severas limitações ao poder dos juízes. O juiz penal, que não representa a vontade da sociedade politicamente reunida pelo contrato social, não pode estabelecer os crimes nem as penas que vigem nessa sociedade. Uma pessoa singularmente considerada – um juiz – não possui qualquer autoridade (democraticamente legítima) para impor uma pena a seu par. Sem amparo legal, nenhum juiz poderá dizer a alguém o que é um crime, do mesmo modo que nenhum padeiro ou escultor poderá fazê-lo, isto é, nenhum indivíduo pode definir em relação aos outros o que é um crime. Ele só estará autorizado a fazê-lo enquanto executor da vontade geral da nação que se manifesta nas cláusulas do contrato social (a lei). É o contrato social que lhe assegura autoridade para aplicar as regras penais editadas pelo Parlamento aos casos particulares que forem submetidos à sua apreciação.

Em síntese, se somente o corpo social possui atribuição para estabelecer crimes e penas, através de seus representantes eleitos no Parlamento, o juiz não possui poder para criar crimes e para estabelecer as penas que devem ser aplicadas a seus concidadãos. Um cidadão – e, sob o aspecto representativo, o juiz é apenas um cidadão – não pode delimitar, com base em suas próprias concepções morais e de vida boa, a liberdade de seus pares: apenas a lei, enquanto decisão de todo corpo social atado por um pacto social, tem legitimidade para fazê-lo.⁸²⁶

⁸²⁵ E, como observa Bacigalupo, apenas o Parlamento pode introduzir limitações aos direitos fundamentais (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 47). Roxin, por sua vez, ensina que “la aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho [...]” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 145).

⁸²⁶ Esses aspectos foram muito bem desenvolvidos por Beccaria. Segundo o autor, “só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade. Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente” (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.

Embora, muitas vezes, esses fundamentos sejam minimizados pelos críticos da Ilustração, é difícil sustentar que essas linhas mais gerais do pensamento penal ilustrado tenham perdido sua razão de existir. Ao contrário. Aparados os seus excessos formalistas ou mecanicistas, o pensamento iluminista sobre a função garantista da lei e a base democrática da legalidade estão totalmente de acordo o Estado Democrático de Direito e, como reconhece a dogmática penal contemporânea, continuam a dar sustentáculo à garantia penal da legalidade. Como registrou Hassemer, “a *burguesia ilustrada* tentou assentar a intervenção do Estado no Direito Penal de modo particularmente estrito com uma série de leis gerais. E isto, com razão, em princípio, não se modificou até os dias de hoje”.⁸²⁷

Nesses termos, o fundamento liberal da legalidade coincide plenamente com o postulado básico do garantismo da proteção de direitos através da fixação de deveres (garantias) aos poderes públicos. No âmbito penal, a legalidade representa a pretensão eminentemente garantista de racionalizar e impor limites ao poder punitivo estatal, vinculando as agências penais a parâmetros públicos, gerais e previamente editados. É, aliás, do fundamento liberal da legalidade que resulta o postulado fundamental da submissão dos juízes à lei.

Logo, é perfeitamente possível compreender que o *propósito garantista* atribuído por Ferrajoli ao Direito Penal (proteção da liberdade individual de uma minoria desviada em face dos excessos do poder punitivo estatal) repousa no fundamento liberal da

Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 44). Artur Gueiros e Japiassú pensam na separação dos poderes como um fundamento da legalidade. Para os autores, “sob essa estrutura constitucional, que se expressa por meio da reserva legal, o juiz não deve criar o Direito Penal – atributo do Parlamento – mas, sim, aplicá-lo. Por sua vez, o Poder Executivo não pode ter ingerência quanto à individualização da punição, impedindo-se, portanto, qualquer abuso nesse sentido” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 77).

⁸²⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 334. Também Roxin assevera que “un fundamento en el que aún hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 144). Ainda segundo o autor, muitas fundamentações atuais do princípio da legalidade podem ser remontadas a este postulado liberal: “la idea de la protección de la confianza, de la previsibilidad y de la calculabilidad del Derecho penal, o la evitación de decisiones en el caso concreto empañadas emocionalmente, o cuando se considera la ‘protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad judicial’ como misión de la prohibición de analogía o de indeterminación, todo ello no son sino manifestaciones de una misma concepción del objetivo de asegurar, mediante la vinculación del poder del Estado a la ley abstracta, la libertad del ciudadano frente a las intromisiones de la autoridad” (Ibid., p. 144-145). Sobre a atualidade do fundamento liberal da legalidade, conferir NAVARRO FRÍAS, Irene. **Mandato de determinación y tipicidad penal**. Granada: Editorial Comares, 2010. p. 24.

legalidade penal. O Direito Penal, compreendido como conjunto de documentos autoritativos, funciona como um dispositivo fundamental de tutela da liberdade ou, como prefere Roxin, como uma forma de proteção o indivíduo *do* Direito Penal. É nesse sentido que se pode afirmar que o Código Penal é a Magna Carta do cidadão – e não do delinquente, como imprecisamente enunciou Von Liszt.⁸²⁸

Permanece igualmente atual, além disso, o fundamento democrático da legalidade penal nos termos da separação dos poderes, que expressa a competência ou atribuição político-constitucional exclusiva do Parlamento para a elaboração de padrões penais normativos.⁸²⁹

A aplicação da pena constitui uma ingerência tão dura na liberdade do cidadão que a legitimação para determinar seus pressupostos só pode residir na instância que representa diretamente o povo como titular do poder do Estado: o Parlamento como representação eleita do povo. Mediante a divisão de poderes, que se expressa no princípio da legalidade, se libera o juiz da função de criação do Direito, reduzindo-o à função de aplicar o Direito.⁸³⁰

⁸²⁸ Bacigalupo corrigiu a expressão, ao observar que “em um Estado de direito que garante a presunção de inocência, o juiz nunca tem diante de si um delinquente” (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 46. No original: en un Estado de derecho que garantiza la presunción de inocencia, el juez nunca tiene delante de sí a un delincuente). Roxin também considera exagerada a afirmação de Liszt que indica o delinquente como destinatário da proteção penal, mas observa que, no que tange à finalidade protetiva ou garantista do Direito Penal, a afirmação é totalmente correta e significa que “assim como em seu momento a ‘Magna Charta Libertatum’ britânica (1212) protegia o indivíduo de intromissões arbitrárias do poder estatal, o Código Penal põe a salvo o cidadão (tanto o honrado quanto o não honrado) de todo castigo por uma conduta que não tenha sido claramente declarada punível **antes** do fato” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 138. Tradução do autor. Na versão espanhola: así como en su momento la “Magna Charta Libertatum” británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal pone a cubierto al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada punible **antes** del hecho).

⁸²⁹ Como observou Bacigalupo, apenas o Parlamento pode introduzir limitações aos direitos fundamentais (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 47).

⁸³⁰ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 145. Tradução do autor. Na tradução espanhola: “La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho [...]”. Assim também Luiz Regis Prado: “O motivo que justifica a escolha do Legislativo como único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular – art. 1º, parágrafo único, CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131).

Um dos problemas comumente apontados em relação aos fundamentos da legalidade penal é o fato de que nenhum fundamento é suficiente abrangente para abarcar todo o seu conteúdo normativo (os quatro elementos da legalidade de que trataremos na próxima seção).⁸³¹

Mas quando se compreende a legalidade penal como uma construção gradativa, como um *feixe normativo gradativamente amarrado*, nada obsta a compreensão de que cada elemento componente desse feixe se encontra devidamente escorado por, ao menos, uma parte dos fundamentos existentes. Bacigalupo aponta para esta direção quando argumenta que

a redução do princípio da legalidade a um único fundamento é praticamente impossível, sobretudo porque este princípio tem funções de ordem diversa. Por um lado, determina as *condições de legitimidade constitucional* da pena, garantindo uma origem democrática ao direito penal, assim como a objetividade de seu conteúdo. Assim se deve entender a existência da lei (escrita) e a proibição da analogia, que garantem que somente o Parlamento pode limitar o direito à liberdade mediante a ameaça de penas, bem como a proibição de aplicação retroativa da lei. Por outro lado, estas exigências resultam necessárias para o estabelecimento de um direito penal de culpabilidade que, ao menos, condicione a responsabilidade penal ao possível conhecimento das proibições e mandamentos legais e de suas consequências.⁸³²

Na sequência vamos recuperar o núcleo essencial dos quatro elementos que compõem o conteúdo normativo da garantia penal da legalidade, procurando compreendê-lo como um critério constitucional de distribuição de tarefas entre os agentes estatais na seara jurídico-penal.

6.2 O conteúdo normativo da legalidade e a distribuição constitucional de papéis

Em virtude da violência que é inerente à resposta do Direito Penal ao delito, a exigência de submissão dos agentes estatais à lei se recrudescer em seu interior com a

⁸³¹ O problema foi bem demonstrado por BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. cap. 2.

⁸³² Ibid., p. 49. Tradução do autor. No original: la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Por un lado determina las *condiciones de legitimidade constitucional* de la pena, garantizando un origen democrático del derecho penal, así como la objetividad de su contenido. Así se debe entender la existencia de la ley (escrita) y la prohibición de la analogía, que garantizan que sólo el Parlamento puede limitar el derecho a la libertad mediante la amenaza de penas, y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. Por otro lado, estas exigencias resultan necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad que, al menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias.

formulação da garantia da legalidade penal, que se desdobra em um conjunto de exigências impostas, setorialmente, ao poder punitivo do Estado.

Há, na teoria e na prática do Direito Penal, “um infrequente acordo”⁸³³ no sentido de que a garantia penal da legalidade impõe, pelo menos, quatro *proibições* ou *exigências* fundamentais: (i) proibição de aplicação de padrão normativo diverso da lei escrita; (ii) proibição de incriminações indeterminadas ou imprecisas; (iii) proibição de retroatividade da lei penal prejudicial; e (iv) proibição de analogia prejudicial.⁸³⁴

Do conjunto de proibições que compõem o princípio da legalidade algumas se voltam para o criador da lei penal (legislador penal) e outras para o seu aplicador (juiz penal). Na verdade, como pontua Quintero Olivares, a garantia da legalidade pretende assegurar a liberdade do suspeito ou réu em duas etapas distintas: (i) no momento da criação legislativa dos textos legais habilitadores da criminalização primária; (ii) no momento de aplicação da lei geral e abstrata a situação concretas.⁸³⁵

É preciso agora passar rapidamente por cada uma das quatro exigências que compõem o conteúdo normativo da garantia da legalidade, procurando extrair delas o nível geral de confiança constitucionalmente depositada nos juízes penais para o programa de criminalização.

Como acuradamente observa Pablo Montiel:

⁸³³ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 21.

⁸³⁴ Hassemer, após explicar quais são as quatro exigências da legalidade, afirma: “el conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como ‘principio de legalidad’” (Ibid., p. 22). Segundo Bacigalupo, há “um difundido consenso” na teoria e na prática de que as consequências da legalidade formam estas quatro proibições (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 44-45). Assim, também, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 335; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 136 e 142-152. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 57. No Brasil, conferir: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 77-78; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 68-83; MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 43.

⁸³⁵ OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 60. Ainda segundo Olivares, estas são as duas questões principais em relação à imposição de limites ao poder punitivo, isto é, os “límites que el Estado de Derecho impone al que detenta la potestad en orden a la construcción del sistema penal positivo y, en segundo lugar, límites que el Estado de Derecho establece en orden a la aplicación y ejecución de las penas sobre un autor concreto” (Ibid., p. 60).

Quando se presta a devida atenção no sentido das proibições e comandos derivados do princípio da legalidade, é possível concluir que estamos diante de uma pauta que rege as competências dos poderes constituídos no âmbito penal. Basta recordar que o comando de taxatividade estabelece certas exigências ao legislador na criação do Direito penal, obrigando-o a fixar a hipótese fática dos tipos de modo preciso e claro. De igual modo, a proibição de analogia veda ao juiz a possibilidade de estender o castigo a casos análogos aos previstos pela lei. Assim compreendidas as coisas, a legalidade se apresenta como um axioma constitucional que delimita as competências do Poder executivo, do Poder legislativo e do Poder judiciário.⁸³⁶

Em síntese, o que se pretende é – partindo de uma compreensão da legalidade penal como norma constitucional de distribuição de competências entre os agentes estatais – aferir o nível de confiança que o sistema constitucional brasileiro depositou nos juízes penais, como critério relevante para a delimitação normativa dos seus níveis de liberdade interpretativa.

6.2.1 Reserva legal

A garantia penal da legalidade representa, antes de tudo, a exigência de que os crimes sejam criados e as penas estabelecidas mediante *lei escrita (nullum crimen nulla poena sine lege scripta)*. Trata-se da chamada *reserva legal*, segundo a qual somente a *lei, em sentido formal*, pode predicar um comportamento como delituoso. No dizer de Zaffaroni et al, “do ponto de vista formal, a legalidade significa que *a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada*”.⁸³⁷

⁸³⁶ MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009. p. 39-40. Tradução do autor. No original: Si se presta debida atención al sentido de las prohibiciones y mandatos derivados del principio de legalidad, es posible concluir que estamos ante una pauta que rige las competencias de los poderes constituidos en el ámbito penal. Basta con recordar que el mandato de taxatividad establece ciertas exigencias al legislador en la creación de Derecho penal, obligándole a fijar el supuesto de hecho de los tipos de modo preciso y claro. Asimismo, la prohibición de analogía veda al juez la posibilidad de extender el castigo a casos análogos a los previstos por la ley. Vistas así las cosas, la legalidad se presenta como un axioma constitucional que delimita las competencias del Poder ejecutivo, del Poder legislativo e del Poder judicial.

⁸³⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 203. Como esclarece José Afonso da Silva, enquanto a lei em sentido material consiste em um “ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório [...]”, a lei em sentido formal “é o ato jurídico votado pelo Congresso, pelo Parlamento, abstração feita do seu conteúdo” (SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 29). A reserva legal pretende destacar exatamente essa origem democrática do ato normativo incriminador, enquanto atribuição do Parlamento. Assim, Bitencourt orienta que o princípio da reserva legal estabelece que “a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal [...]” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51). Também

A noção de reserva legal, resultante do conteúdo normativo da garantia da legalidade, envolve tanto (i) uma norma de atribuição constitucional de competência, quanto (ii) uma norma de exclusão de determinadas fontes normativas do processo de criminalização.

Enquanto norma de competência, a garantia penal da legalidade, nos termos em que encampada pela Constituição brasileira, estabelece que apenas o Poder Legislativo da União pode criar crimes e penas, pela via do processo legislativo ordinário.⁸³⁸ Pode-se dizer, com isso, que o constituinte brasileiro *confiou* ao Congresso Nacional – e apenas a ele –, enquanto representantes eleitos do povo, a tarefa de definir, legalmente, as condutas penalmente relevantes em nosso país.

Ao confiar a tarefa exclusivamente ao parlamento, o constituinte deixa transparecer *desconfiança* em relação aos outros poderes estatais nessa temática, pois fica igualmente claro que o Executivo e o Judiciário foram constitucionalmente afastados da decisão sobre o que se deve criminalizar.⁸³⁹

Em relação ao executivo, mesmo quando a Constituição atribui poder ao chefe do executivo para editar, excepcionalmente, atos normativos primários (medidas provisórias), ela expressamente vedada a possibilidade de que o Executivo inove, ainda que provisoriamente, em matéria penal e processual penal.⁸⁴⁰ Nesse sentido, afirma Regis Prado, a reserva legal possui “um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal”.⁸⁴¹

Fiandaca e Musco observam que “il concetto di riserva di legge rinvia immediatamente alla *legge in senso formale*, cioè all’atto normativo emanato dal Parlamento ai sensi degli artt. 70-74 Cost.” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 60). Ver, também, DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 184.

⁸³⁸ O art. 5º, incisos XXXIX e XL, da CF estabelece que a criação de crimes e de penas deve se dar por meio de lei em sentido formal. O art. 22, inciso I, da CF, por seu turno, estabelece que é da União a competência privativa para legislar sobre Direito Penal. Mas anote-se que a Constituição autoriza que a União delegue, mediante lei complementar, a competência para legislar sobre questões específicas de direito penal aos estados membros (art. 22, parágrafo único, CF). Nesse caso, as Assembleias Legislativas estaduais – como também a Câmara Legislativa do Distrito Federal – estariam autorizados a tratar de temas específicos de direito penal mediante delegação da União.

⁸³⁹ Como observam Fiandaca e Musco, “l’attribuzione del monopolio delle fonti al potere legislativo tendenzialmente evita forme di arbitrio del potere sia esecutivo che giudiziario [...]” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 58).

⁸⁴⁰ Desde a EC 32/2001, a Constituição brasileira proíbe *expressamente* a edição de medidas provisórias em matéria penal e processual penal (art. 62, § 1º, I, b, CF).

⁸⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131. Fiandaca e Musco assim se exprimem: “il principio di *riserva di legge* esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo configuri come reato: in particolare, esso tende a sottrarre la competenza in materia penale al potere esecutivo. Nel moderno Stato di diritto, la riserva della potestà normativa in materia penale

Essa desconfiança existirá, com muito mais razão, em relação ao Judiciário.⁸⁴² O Executivo tem, ao menos, legitimidade representativa nos regimes democráticos, diversamente do Judiciário que não possui legitimidade política para a representação de seus concidadãos. Por essa razão, o *fundamento democrático* da legalidade afasta o Judiciário do projeto nacional de criminalização.⁸⁴³

Mas, em um e outro caso, a exclusão dos poderes executivo e judiciário é uma consequência necessária do *fundamento liberal* da legalidade, segundo o qual, em um Estado de Direito, a lei assume o papel fundamental de limitar o poder das agências penais (executivas e judiciárias). Permitir que os poderes executivo e judiciário pudessem fazer tudo aquilo que foi constitucional e politicamente confiado à legalidade (ao legislador) significaria retirar da lei toda sua capacidade limitativa.

Observe-se, ademais, que além de ser uma norma de atribuição/exclusão de competência, a reserva legal consiste também na exigência que o processo de criminalização secundária tenha fundamento legal, afastada a possibilidade de criminalizações baseadas em fontes normativas diversas da lei.

Nesse sentido, a garantia da legalidade dirige-se especialmente ao aplicador da lei penal, impondo-lhe o *dever* de abster-se de recorrer a padrões normativos diversos da lei formal para fundamentar ou agravar a responsabilidade penal. Como leciona Zaffaroni et

alla competenza esclusiva del legislatore ordinario si giustifica non con esigenze di certezza, ma con esigenze di garanzia, sia formali che sostanziali” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 58). Conferir, também, MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 34-37.

⁸⁴² Em relação ao tema, Zaffaroni et al afirmam que “o princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 203).

⁸⁴³ Isso não afasta – e creio que isso não seria possível – o caráter criativo da interpretação judicial. Os juízes complementam, ainda que de forma bastante limitada, o programa de criminalização. Como destacam Jescheck e Weigend, “en el ámbito de las ‘teorías generales’ (vgr., delimitación entre dolo e imprudencia, actio libera in causa, delitos de omisión impropia) los criterios decisivos han sido fijados en múltiples ocasiones, no a través la Ley, sino por medio de la teoría y la jurisprudencia. Además, aquí se trata de la labor interpretativa que puede ser reconocida a través del Derecho consuetudinario [...]” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143). Também Roxin, rechaçando o influxo dos costumes em temas de teoria geral do Direito Penal, observa que “lo único que es cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprud.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 159).

al, a Constituição brasileira “não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo”.⁸⁴⁴

É nesse contexto que a dogmática penal vislumbra, como conteúdo da reserva legal, a proibição de que os juízes penais lancem mão dos costumes para fundamentar a incriminação.⁸⁴⁵ Nas palavras de Roxin, “o fato de que a punibilidade não possa fundamentar-se ou agravar-se por direito consuetudinário é uma consequência óbvia da norma que prescreve que a punibilidade só se pode determinar legalmente”.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 203. Ou, como coloca Hassemer, “el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas” (HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 22). Além disso, a ideia de que somente a lei pode determinar o fato punível – presente também no art. 103, II, da constituição alemã – é apontada por Jescheck e Weigend como uma importante diferença dos sistemas penal de *Civil law* em relação aos sistemas penais de *Common law*, que acabam sendo mais transigentes com a determinação jurisdicional do fato punível. Segundo os autores, os sistemas de *Common law* admitem, em maior ou menor extensão, que a determinação do fato punível ocorra por intermédio de precedentes judiciais. Assim, mesmo que por caminhos diversos ao da legalidade (estabilidade dos precedentes), o *common law* chega à ideia de garantia do Direito Penal (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 136-137). Os autores, entretanto, ressaltam que “a pesar de ello, resulta preferible un vínculo con una Ley que ha sido decidida, escrita y publicada democráticamente, puesto que en ella la situación jurídica queda reflejada para el ciudadano del modo más claro y exacto posible, garantiza la estabilidad y asegura la unidad e igualdad de la aplicación del Derecho a través de una redacción que va más allá del caso concreto” (Ibid., p. 136-137).

⁸⁴⁵ Costumes são definidos como a prática reiterada de comportamentos uniformes, que são assumidos por seus atores como juridicamente vinculantes. Segundo Bitencourt, “o *costume* consiste na reiteração constante e uniforme de uma regra de conduta. No entanto, para qualificá-lo como *principio consuetudinário*, não basta a repetição mecânica de tais atos; é necessário que sejam orientados por um aspecto subjetivo: *a convicção de sua necessidade jurídica*. Sem a convicção da necessidade de sua prática, o costume é reduzido a um simples uso social, sem o caráter de exigibilidade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 182). No mesmo sentido, Fiandaca e Musco: “si è soliti definire la *consuetudine* come la ripetizione generale, uniforme e costante di un comportamento, accompagnata dalla convinzione della sua corrispondenza ad un precetto giuridico” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 64).

⁸⁴⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.p. 140. Tradução do autor. Na tradução espanhola: el hecho de que la punibilidad no pueda fundamentarse o agravarse por Derecho consuetudinario es una consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidade sólo se puede determinar legalmente. E, mais adiante, segue o autor: “Del tenor literal y del sentido del principio de legalidad se sigue necesariamente que en Derecho penal está prohibida la aplicación del Derecho consuetudinario en perjuicio del reo” (Ibid., p. 159). Souza e Japiassú seguem a mesma linha: “consoante o postulado do *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, não é possível, igualmente, admitir a criação de crimes e de penas ou a sua majoração por normas consuetudinárias” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 78). Regis Prado, por sua vez, sustenta que “a lei formal, e tão-somente ela, é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g., medida provisória), do costume ou do argumento analógico *in malam partem* – exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*)” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 131-132). Por fim, Olivares

Por fim, é importante notar como a reserva legal atribui um sentido muito singular à *textualidade* na prática jurídica. A exigência de lei em sentido formal nada mais é do que a exigência de que todo processo de criminalização esteja fundado em um documento normativo especial, responsável pela definição textual do crime. É dizer, somente da textualidade do material jurídico autoritativo podem ser extraídas normas penais incriminadoras.

6.2.2 Proibição de elaboração de leis penais imprecisas

Uma segunda exigência que decorre do conteúdo normativo da garantia da legalidade é a exigência de elaboração de *leis penais certas, precisas, determinadas ou taxativas (nullum crimen nulla poena sine lege certa)*. Trata-se de uma *garantia* que impõe ao legislador o *dever* de elaborar as descrições do delito do modo mais preciso possível, proibindo a edição de leis penais vagas, obscuras ou imprecisas. Esse dever legislativo constitui o núcleo do chamado *princípio da taxatividade* ou mandado de determinação dos tipos penais.⁸⁴⁷

adverte: “más concretamente, y según la opinión generalizada en la doctrina, la vigencia del principio de legalidad supone en primer lugar la *exclusión del derecho consuetudinario* (la costumbre) en el ámbito penal, pues la limitación de derechos sólo puede ser acordada por los representantes democráticos de la voluntad popular, que intervienen en el proceso legislativo” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 69).

⁸⁴⁷ HASSEMER. Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 335. Trata-se do que o autor chamou de “mandado de certeza” (Ibid., p. 335; HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva**. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 21). Segundo Jescheck e Weigend, “en un sentido positivo la función garantista significa el establecimiento de importantes exigencias en la determinación de la Ley penal (nullum crimen sine lege certa). Los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan sólo marcos penales de envergadura limitada” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146). Do mesmo modo, Olivares acentua que “el principio de seguridad jurídica se cumple, por una parte, con el estricto acatamiento del principio de legalidad en lo que concierne a la *certeza* y *concreción* de las leyes que describen delitos a los que asocian sanciones penales, renunciando a las cláusulas abiertas, imprecisas u oscuras, lo cual es compatible perfectamente con determinadas técnicas legislativas en las que los comportamientos punibles se expresan de modo ejemplificado, pues lo esencial es la ulterior lesión del bien jurídico” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 69). Sobre o tema, cf. NAVARRO FRÍAS, Irene. **Mandato de determinación y tipicidad penal**. Granada: Editorial Comares, 2010. Embora exigência de *lei certa* não esteja expressamente prevista no texto constitucional brasileiro, ela é amplamente reconhecida pela dogmática penal como uma decorrência necessária da garantia da legalidade. Olivares observou que “la necesidad de taxatividad de las leyes penales no está expresamente proclamada en la Constitución española ni en ninguna otra. Se trata de una exigencia elaborada doctrinalmente y reconocida políticamente de acuerdo con la cual las leyes han de ser claras y

Com base no *fundamento liberal* da legalidade (propósito de limitação do poder punitivo), é possível sustentar que a taxatividade representa um complemento necessário à reserva legal. Se é verdade que o poder punitivo estatal só pode ser habilitado por intermédio de *lei*, também é verdade que não é *qualquer lei* que pode preencher esse espaço: em termos garantistas, a edição de uma lei penal pelo parlamento deve observar todas as exigências encampadas pelo sistema de estrita legalidade e possuir precisão técnica e redacional.⁸⁴⁸

Apesar de expressar-se a lei penal em palavras e estas não serem nunca totalmente precisas, nem por isso o princípio da legalidade deve ser desprezado, mas sim cabe exigir do legislador que ele esgote os recursos técnicos para dar a maior exatidão possível à sua obra. Daí, não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal.⁸⁴⁹

concretas, quedando proscritas las leyes abiertas o indeterminadas, *porque no serían propiamente leyes capaces de satisfacer a la promesa de seguridad jurídica*, y es por ahí por donde encontramos el asiento constitucional de la necesaria certeza del derecho” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 68).

⁸⁴⁸ “No plano da determinabilidade do *tipo legal* ou *tipo de garantia* – precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correcta observância do princípio da legalidade [...] –, importa que a descrição da matéria penal proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem **objectivamente determináveis** os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 185-186). Ainda segundo o autor, “se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos *normativos*, de conceitos *indeterminados*, de cláusulas *gerais* e de fórmulas *gerais de valor*, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objectiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística. Nesta acepção se afirma, com razão, que a lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei **certa e determinada**” (Ibid., p. 186). É também a observação de Luisi, para quem sem taxatividade “o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei” (LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 24).

⁸⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 206-207. Também Gueiros e Japiassú ressaltam que “a só existência de lei prévia não basta, pois nela devem ser reunidos certos caracteres, quais sejam, a concreta definição de uma conduta, a delimitação de qual conduta é compreendida e a delimitação de qual não é compreendida. Dessa maneira, uma incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do intérprete ou do aplicador” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 78).

Trata-se, além disso, de uma exigência decorrente da natureza fragmentária da tutela penal. O sistema penal – enquanto sistema descontínuo de proteção de bens jurídicos – elege apenas as ofensas mais significativas aos bens jurídicos protegidos, a fim de dotá-las de relevância jurídico-penal. É preciso, portanto, que a lei penal indique, com a máxima precisão possível, qual tipo de lesão a bens jurídicos irão constituir o ilícito penal.⁸⁵⁰

Não é demais lembrar que, há muito, a dogmática penal vem denunciando que um dos principais problemas para a concretização dos propósitos liberais ou garantistas da legalidade penal é justamente a falta de taxatividade das leis penais. Nas palavras de Roxin:

Assiste razão a Welzel em sua frase, frequentemente citada: “o autêntico perigo que ameaça o princípio *nulla poena sine lege* não provém da analogia, mas das leis penais indeterminadas!” Naucke constata que “o Direito penal resulta cada vez menos claro” e Schünemann diagnosticou que “o ponto mais frágil do princípio *nulla poena*” radica no mandado de taxatividade da lei.⁸⁵¹

De fato, são diversos os obstáculos à efetivação da taxatividade ou máxima determinação legal. Os principais vilões nessa matéria são: (i) a utilização de conceitos valorativos (elementos normativos do tipo), que diminuem o nível de vinculação do juiz

⁸⁵⁰ “A ben vedere, il principio di tassatività della fattispecie no rappresenta soltanto una proiezione del principio di legalità, ma costituisce anche il riflesso di ulteriori caratteristiche ed esigenze interne alla tutela penalistica. In questo senso, esso fa innanzitutto da *pendant* al già esaminato criterio della *frammentarietà*: se cioè la tutela penale è tendenzialmente apprestata soltanto contro determinate forme di aggressione ai beni giuridici, è necessario che il legislatore specifichi con sufficiente precisione i comportamenti che integrano siffatte modalità aggressive” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 70).

⁸⁵¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 170. Tradução do autor. Na versão espanhola: “por eso tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada: ‘¡El auténtico peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!’ Naucke constata que ‘el Derecho penal resulta cada vez menos claro’, y Schünemann ha diagnosticado que ‘el punto más débil del principio *nulla poena*’ radica en el mandato de precisión de la ley”. A afirmação de Welzel é também lembrada por JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146. Também Figueiredo Dias assinala que a taxatividade ou determinação das leis penais constitui o cerne do princípio da legalidade (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 186).

à lei;⁸⁵² (ii) o uso de cláusulas gerais ou conceitos vagos ou indeterminados;⁸⁵³ (iii) os problemas de técnica legislativa, devendo o legislador se empenhar em alcançar a “máxima precisão possível”,⁸⁵⁴ que pode ser compreendida como aquela situada um ponto de equilíbrio exato entre o casuísmo e a generalidade excessiva.⁸⁵⁵

⁸⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 138. Não obstante, os autores se apressam para alertar que “no existe un contraste nítido entre ambos grupos: también conceptos descriptivos están necesitados de interpretación en casos dudosos, mientras que los elementos normativos también muestran aspectos centrales empíricos” (Ibid., p. 138-139). Mas isso não afasta uma distinção de grau: é claro que determinados conceitos exigem um nível de valoração muito maior por parte do aplicador do direito do que outros. Basta pensar nos exemplos fornecidos pela doutrina, como os conceitos de “móveis abjetos”, “bons costumes”, “reprovabilidade” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 170), “motivo torpe ou fútil”, “meio insidioso”, “censurável”, “abuso grosseiro dos poderes” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 186) e “quantidade que não seja pequena” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146). No Brasil, Bitencourt lembra que introdução do regime disciplinar diferenciado veio acompanhado de expressões como “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal” ou “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53).

⁸⁵³ Como adverte Bitencourt, “para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51). Segundo Jescheck e Weigend, as cláusulas gerais representam uma verdadeira ameaça para a segurança jurídica no âmbito penal: “A menudo, la historia del Derecho penal ha mostrado los peligros que se ciernen sobre la seguridad jurídica con el empleo de este tipo de cláusulas generales” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 137-138). Os autores exemplificam com a Lei da República soviética de Munich de 1919, segundo a qual “cualquier contravención a los principios revolucionarios será castigada. La clase de pena está sujeta a la libre discrecionalidad del Juez” e com o § 2 StGB de 1935 que fazia alusão ao “são sentimento do povo” (Ibid., p. 138). Olivares também vislumbra nos conceitos indeterminados os casos mais graves de violação da legalidade: “Sin llegar al grado de peligro de los conceptos indeterminados, también hay que reparar en lo que, en doctrina, se califica como ‘conceptos generales’ y ‘elementos normativos’. Los primeros entrañan cierto peligro para la seguridad jurídica, al dar cabida a una interpretación multívoca. Los elementos normativos del tipo se caracterizan no por ser imprecisos, como ocurre en los casos anteriores, sino por requerir otro procedimiento interpretativo, pues su significado no se averigua con la mera lectura del texto legal, sino que exige ulteriores indagaciones en otras fuentes (por ejemplo, la expresión ‘bienes’ en los delitos patrimoniales). Lógicamente, los elementos normativos son necesarios en la técnica de las leyes penales, aunque es deseable que no se abuse de ellos” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 70).

⁸⁵⁴ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 171.

⁸⁵⁵ “Para la eficacia de la función garantista de la Ley penal la técnica legislativa juega un papel esencial” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 137). O grau de vinculação judicial depende: (i) do fato de se tratar ou não de uma regulação fechada, isto é, de se permitir ou não a integração de lacunas; (ii) do grau de concreção e abstração da redação legal (Ibid., p. 137). Mas os autores advertem que “sin embargo, sería un error creer que una Ley redactada casuísticamente

Mas não se deve perder de vista que, em se tratando de uma garantia prevista constitucionalmente, a sua inobservância pode ser corrigida por meio da anulação da lei imprecisa em processo de controle jurisdicional de constitucionalidade.⁸⁵⁶

Pelo menos desde Beccaria, os juristas têm se preocupado com a clareza das leis penais da perspectiva da relação entre a lei e os cidadãos. A exigência de clareza responde à necessidade democrática de que a mensagem dos textos legislativos seja acessível ao maior número possível de pessoas. Essa maior acessibilidade pode servir a, pelo menos, duas pretensões: (i) uma pretensão preventiva (fundamento preventivo da legalidade penal) e (ii) outra relativa ao controle social da atividade jurisdicional.

Já mencionamos que a eficácia preventiva das leis penais pressupõe que os cidadãos tenham a possibilidade de conhecer previamente quais são os comportamentos legalmente proibidos, a fim de que possam orientar o próprio comportamento de acordo com esses padrões.⁸⁵⁷ A aposta do sistema, então, é que quanto mais amplo for o

garantizaría inmejurablemente la conformidad de la decisión judicial con el sentido de la Ley, al poder vincular al Juez del modo más fuerte posible. Y ello porque una redacción legal *casuística* que intente incorporar en detalle todos los presupuestos posibles de la punibilidad, debe permanecer necesariamente incompleta. Además, da lugar al nacimiento de lagunas que fuerzan al Juez al tratamiento materialmente desigualitario de problemas que poseen una identidad valorativa, en la medida en que se impide la aplicación de la Ley más allá de su posible sentido literal (por medio de la analogía)” (Ibid., p. 137).

⁸⁵⁶ Para Bacigalupo a exigência de *lex certa* dirige-se basicamente ao legislador, mas subsidiariamente ao juiz (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 44-45). Em relação à garantia secundária, Roxin observa que, do *ponto de vista teórico*, “é indiscutível que por indeterminação as disposições penais podem ser inconstitucionais e, portanto, nulas” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 169. Na tradução espanhola: resulta indiscutido que por indeterminación las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales y por tanto nulas). Esse autor cita, inclusive, exemplo de julgado do Tribunal Constitucional Bávaro de 1952 que declarou inconstitucional preceito segundo o qual “incurria em responsabilidade penal ‘o que infringir a ordem pública ou atuar contra os interesses das forças armadas aliadas ou de seus membros’” (Ibid., p. 169-170. Na tradução espanhola: incurria en responsabilidad penal “el que infringiere el orden público o actuare contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o de sus miembros”). No entanto, como pondera o mesmo autor, são raríssimos os casos de declaração de inconstitucionalidade por indeterminação (Ibid., p. 170). Bacigalupo, igualmente, noticia que os Tribunais constitucionais alemão e espanhol jamais declararam que um tipo penal era insuficientemente determinado e preciso nos termos do princípio da legalidade (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 63). Fiandaca e musco, por seu turno, falam que neste ponto existe um “excessivo *self-restraint* da Corte constitucional, a qual ao reconhecimento verbal e solene do princípio raramente fez seguir um efetivo controle sobre as modalidades de tipificação legislativa do ilícito” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 71. Tradução do autor. No original: [...] da un eccessivo *self-restraint* della Corte costituzionale, la quale al verbale e solenne riconoscimento del principio di rado ha fatto seguire un effettivo controllo sulle modalità di tipizzazione legislativa dell’illecito).

⁸⁵⁷ “Además, el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona pueda prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena [...]” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146).

conhecimento da esfera do ilícito e da ameaça legal de pena, menor será a prática de crimes (eficácia preventivo geral das leis penais).⁸⁵⁸

Mas é possível pensar, além disso, que o amplo conhecimento das leis penais favorece também o controle exercido pela sociedade em geral (opinião pública) sobre a atividade dos juízes. Um conhecimento mais acurado das leis penais por parte do público em geral permite um juízo mais informado e apropriado sobre a atividade dos magistrados que as aplicam.

Para os propósitos deste trabalho, importa destacar que o princípio da taxatividade responde diretamente aos *fundamentos liberais* da legalidade (propósitos garantistas do Direito Penal). Isso porque a indeterminação textual amplia os espaços de poder judicial e fragiliza o projeto garantista de limitação do poder pela linguagem.

A bem da verdade, conquanto se trate de um princípio destinado a regular a atuação do legislador no momento da *criação* da lei penal, a preocupação com a taxatividade das leis tem em vista especialmente o momento de sua *aplicação*. Em outros termos, com vistas à proteção da liberdade individual, o constituinte impõe um dever constitucional ao poder que atua no plano da criminalização primária (legislativo), com vistas a limitar a atuação do poder que atuará, na sequência, no plano da criminalização secundária (judiciário).⁸⁵⁹

A questão é que quanto mais vaga, incompleta ou indeterminada for a lei penal, maior será a transferência de poder do legislativo para o judiciário.⁸⁶⁰ A fim de evitar a

⁸⁵⁸ “Il ruolo centrale del principio di tassatività emerge ancor di più su di un terreno dove è in giuoco la stessa efficacia del sistema penale. Cioè, la determinatezza delle fattispecie incriminatrici rappresenta una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino: come è stato ben osservato, una norma penale persegue lo scopo di essere obbedita, ma obbedita non può essere se il destinatario non ha la possibilità di conoscerne con sufficiente chiarezza il contenuto” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 70).

⁸⁵⁹ Tendo em vista os momentos de incidência do dever (*criação e aplicação* da lei) e os agentes a quem se dirige (legislador e juiz), Regis Prado distingue entre “determinação” e “taxatividade”. A “determinação” consiste em uma exigência voltada ao legislador de que este “descreva da forma mais exata possível o fato punível” (exigência de *lex certa*). Por seu turno, a “taxatividade” possui um conteúdo proibitivo dirigido ao julgador, que deve “interpretação e aplicar a norma penal incriminadora nos limites estritos em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial. Em outras palavras, restringe-se a liberdade decisória do juiz (*arbitrium iudicis*) a determinados parâmetros legais, que não podem ser ultrapassados no momento da aplicação da lei ao caso concreto” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 132-133).

⁸⁶⁰ “El legislador no debería intentar declinar sobre el Juez su responsabilidad en la delimitación del comportamiento punible mediante el empleo de conceptos poco nítidos. Resulta decisivo que el primero de ellos elabore claramente el tipo del comportamiento punible por medio de un juego combinado de generalización y diferenciación” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 138).

transferência da carga decisória aos juízes penais, a garantia da legalidade exige que o legislador decida, previamente e da forma mais minuciosa possível, quais serão os traços relevantes para a posterior identificação jurisdicional da conduta delitiva. É nesse sentido que Fiandaca e Musco afirmam que o princípio da taxatividade visa a proteger o cidadão contra os abusos judiciais.⁸⁶¹

Na passagem transcrita abaixo, Roxin apresenta uma lista para mostrar como a falta de taxatividade ou de suficiente determinação legal do crime viola todos os quatro fundamentos da garantia da legalidade penal:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, pouco clara não pode proteger o cidadão contra a arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal à qual se possa recorrer; é, ademais, contrária ao princípio da separação dos poderes, porque permite que o juiz faça qualquer interpretação que queira, invadindo, assim, o terreno do legislativo; não pode exercer eficácia preventivo-geral, porque o indivíduo não pode reconhecer o que se pretende proibir; e precisamente por isso a sua existência também não pode proporcionar a base para uma reprovação de culpabilidade.⁸⁶²

Em síntese, a edição de lei penal indeterminada desrespeita os fundamentos liberal, democrático, preventivo e dogmático (culpabilidade) da legalidade.

Por fim, é importante ressaltar que a intenção constitucional de retirar o juiz do processo de criminalização é muito clara. Com o mandado de determinação, os *designers*

⁸⁶¹ “Mentre il principio di riserva di legge riguarda la gerarchia delle fonti in materia penale, il principio di determinatezza coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende, precipuamente, a salvaguardare i cittadini contro eventuali *abusi del potere giudiziario*” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 70). E seguem os autores: “un più rigoroso rispetto dei criteri che presiedono ad una corretta tecnica di redazione delle norme incriminatrici avrebbe come effetto di meglio consentire un equilibrato rapporto tra i poteri dello Stato, evitandosi così il rischio di spregiudicate operazioni ‘creatrici’ dell’illecito penale ad opera della giurisprudenza” (Ibid., p. 71). E ainda: “il principio di tassatività vincola da un lato il legislatore ad una descrizione il più possibile precisa del fatto di reato e, dall’altro, il giudice ad una interpretazione che rifletta il tipo descrittivo così come legalmente configurato” (Ibid., p. 72). Em sentido similar, Jescheck e Weigend: “La razón del mandato de determinación reside, de un lado, en que la reserva de Ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez [...]. Las resoluciones penales deben ser verificables sobre la base de la Ley” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146).

⁸⁶² ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 169. Tradução do autor. Na obra consultada: Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidade.

do sistema constitucional estão, na verdade, proibindo que o órgão constitucionalmente responsável pela criação dos crimes e das penas transfira essa atribuição aos juízes penais, mediante a edição de leis não suficientemente determinadas.

Mas é bom esclarecer que isso não significa que o princípio da legalidade proíba a existência de cláusulas gerais ou indeterminadas em Direito Penal: o que a garantia da legalidade proíbe é o uso de textos indeterminados na parte do sistema que habilita o poder punitivo estatal, por significar transferência decisória entre poderes, minando os fundamentos da legalidade penal. Em relação ao restante do material jurídico autoritativo que compõe o sistema penal (parte não incriminadora), vigora, em princípio, a plena liberdade legislativa.

6.2.3 Proibição de retroatividade da lei penal

Forma ainda o núcleo normativo da garantia da legalidade a exigência de *lei prévia* ou de irretroatividade da lei penal que, de algum modo, represente uma ampliação do poder punitivo estatal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*).⁸⁶³ O princípio da irretroatividade da lei penal é uma *garantia* que estabelece um *dever* tanto para o *legislador* (proibição de criação de leis retroativas), quanto para o *juiz* (proibição de aplicação retroativa das leis).⁸⁶⁴

⁸⁶³ Para Ferrajoli a irretroatividade da lei penal é uma decorrência da mera legalidade (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351). Como explica Fiandaca e Musco, “Il *principio di irretroattività* fa divieto di applicare la legge penale a fatti commessi *prima* della sua entrata in vigore. Esso riflette addirittura l’esigenza primaria connessa all’originaria affermazione del principio di legalità: ai pensatori illuministi appariva gravemente lesivo del diritto di libertà del cittadino – come già accennato – consentire allo Stato di incriminare successivamente un’azione che, al momento della sua commissione, non era penalmente sanzionata, anche se già contraria alla morale o persino al diritto” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 74-75).

⁸⁶⁴ Nesse sentido, Regis Prado, para quem a regra da irretroatividade trata de “restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 132). Bacigalupo, para quem a proibição de retroatividade dirige-se tanto ao legislador quanto ao juiz (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 44-45). Assim, também, HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 21-22. Por outro lado, referem-se à proibição de retroatividade como norma dirigida apenas ao legislador: ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 136; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor,

Em relação ao legislador exprime a exigência da abstração e da generalidade, proibindo a edição de leis com efeito retroativo, isto é, leis que tenham em mira um fato já ocorrido. Por essa razão, lembra Roxin que os fatos que motivam a alteração legislativa, propiciando uma resposta estatal mais severa, não podem, eles mesmos, serem encampados pela inovação legal.⁸⁶⁵

Por outro lado, a proibição de retroatividade dirige-se também ao juiz, proibindo-o de aplicar uma nova lei penal a fatos ocorridos antes de sua vigência. Para que possa ser aplicada, a lei penal já deve existir e produzir efeitos antes do momento da prática do crime.⁸⁶⁶

Em matéria de regulação da lei penal no tempo, torna-se relevante a distinção entre lei penal prejudicial e lei penal benéfica em relação ao agente, porque a regulamentação dada pelo sistema jurídico será diversa. No Brasil, tem acento constitucional tanto a proibição da *irretroatividade da lei penal prejudicial*, quanto a exigência de *retroatividade da lei penal benéfica*.⁸⁶⁷

A duplicidade de tratamento constitucional em tema de Direito Penal intertemporal atende plenamente ao *fundamento liberal* do princípio da legalidade penal. Compreendida a garantia da legalidade como limite ao poder punitivo do Estado, a sua incidência só faz sentido diante de leis penais que habilitam ou potencializam o poder de criminalizar.

Logo, as leis que ampliam o poder punitivo estatal não podem ser aplicadas retroativamente, incidindo com todo rigor, a garantia penal da legalidade – mais especificamente a parte de seu conteúdo normativo denominada “irretroatividade *in*

2005. p. 335; MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 43.

⁸⁶⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 138-139. Segundo Roxin, “la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad políticojurídica por el hecho que que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables” (Ibid., p. 161). No mesmo sentido, HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 335.

⁸⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 194. O Código Penal brasileiro define, inclusive, o momento da prática do crime em seu artigo 4º, nos seguintes termos: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

⁸⁶⁷ Nos termos o inciso XL do art. 5º da Constituição da República, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

malam partem”.⁸⁶⁸ Atinge, portanto, as leis que criam novas hipóteses de criminalização (*novatio legis* incriminadora), que estabelecem pena de espécie mais grave para o crime ou que aumentam a quantidade da pena já estabelecida (*novatio legis in pejus*).⁸⁶⁹

Não sendo esse o caso, a garantia penal da legalidade não se aplica, por não haver poder punitivo a limitar (fundamento liberal). Será, pois, não apenas possível como também exigível a aplicação retroativa de toda alteração legislativa benéfica. Em síntese, e considerando o propósito liberal da legalidade (tutela da liberdade individual), a proibição da retroatividade funciona apenas a favor do agente (da liberdade), não contra ele.⁸⁷⁰ Como acentua Figueiredo Dias,

a consequência teórica e praticamente mais importante do princípio segundo o qual a proibição de retroatividade só vale contra o agente, não a favor dele, consubstancia-se no **princípio da aplicação da lei (ou do regimen) mais favorável (*lex mellior*)**.⁸⁷¹

Sendo assim, leis penais que revogam crimes (*abolitio criminis*) ou suavizam, de qualquer modo, as consequências jurídicas do delito (*novatio legis in melius*) devem

⁸⁶⁸ Segundo Souza e Japiassú, a irretroatividade *in malam partem* “consiste no postulado de que a alteração mais gravosa de dispositivos da lei penal não pode gerar a aplicação retroativa” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 78).

⁸⁶⁹ Assim, ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140-141. Mas o fato é que qualquer alteração legislativa prejudicial à situação jurídico-penal do agente terá sua aplicação retroativa proibida. Assim, por exemplo, é proibida a retroatividade da eliminação ou restrição de causas de justificação (Ibid., p. 163) e das alterações prejudiciais nos prazos de prescrição (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 50-51).

⁸⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 195-196. No mesmo sentido, Jescheck e Weigend: “la prohibición de retroactividad es una norma de *protección* para el autor. Por ello, si en el momento en el que se enjuicia el delito rige una Ley más favorable que cuando éste fue cometido, debe aplicarse aquélla para beneficiar al delincuente del cambio en la concepción del legislador (§ 2 III)” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 149-150). Não tem se admitido, entretanto, a chamada combinação de leis penais, que consiste “em linhas gerais, utilizar-se das partes que forem consideradas benéficas, tanto da lei anterior como da lei posterior, visando favorecer ao réu” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 90). No Brasil, pleno do STF entendeu, com repercussão geral, pela inadmissibilidade da combinação de leis. O recurso versava sobre o crime de tráfico de drogas e a possibilidade de combinar uma minorante prevista na nova lei – e inexistente na lei revogada – com a pena estabelecida pela lei revogada – aumentada pela lei nova (STF, Pleno, RE 600.817, Rel. Min. Lewandowski, julgado em 07.11.2013).

⁸⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 198 (destaque em negrito mantido conforme original).

sempre retroagir em favor do agente – mesmo após o trânsito em julgado da condenação, para fazer cessar os seus efeitos penais.⁸⁷²

Em síntese, enquanto norma impositiva de obrigação, a legalidade penal estabelece para o juiz o dever (i) de não aplicar retroativamente as leis penais prejudiciais e (ii) de aplicar retroativamente as leis penais benéficas ao agente.

Essa parte do conteúdo da legalidade (Direito Penal intertemporal), não denota desconfiança especial em relação ao juiz criminal – mesmo porque a regra da irretroatividade se aplica também ao legislador. Relevante aqui é perceber que o tratamento constitucional diferenciado da normatização benéfica e prejudicial é um sinal significativo de que o constituinte é totalmente sensível ao fundamento liberal da legalidade penal – este, sim, revelador de uma significativa desconfiança em relação ao juiz penal.

Embora outros fundamentos – especialmente aqueles jurídico-penais – possam ser evocados para fundamentar a irretroatividade da lei penal,⁸⁷³ é possível sustentar que a

⁸⁷² “Si en el momento de la condena el legislador considera que una conducta es menos merecedora de pena o incluso que no lo es en absoluto, desde el punto de vista policriminal no tendría el menor sentido castigar pese a ello conforme a la concepción vigente en el momento del hecho, que entretanto ha quedado superada” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 167). “Il fondamento della disposizione è evidente: se l’abrogazione di un illecito penale costituisce il risultato di una valutazione di compatibilità tra il comportamento incriminato e l’interesse collettivo, sarebbe contraddittorio e irragionevole continuare a punire l’autore di un fatto ormai tollerato dall’ordinamento giuridico” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 77). Existindo dúvida em relação a qual lei é mais favorável, deve-se promover a comparação considerando não apenas as leis abstratamente consideradas, mas os resultados da regulação do caso concreto por uma e outra lei (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 167-168; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 87; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 79-80; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 150; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 198-199). No Brasil, há dispositivo legal expresso nesse sentido. Nos termos do art. 2º do Código Penal, “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”. E o parágrafo único do mesmo artigo complementa: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

⁸⁷³ Para Roxin, são fundamentos da proibição de retroatividade o liberalismo político, a prevenção geral e a culpabilidade. Em sua concepção, é mais difícil fundamentá-la na divisão dos poderes: o fundamento da democracia com base na separação dos poderes é, na ótica de Roxin, insuficiente para justificar, sozinha, a proibição de retroatividade e, por essa razão, deve ser complementada pela ideia proteção de direitos através da submissão do poder à lei abstrata (princípio liberal) (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 145 e 161). Jescheck e Weigend, por seu turno, lecionam: “A diferencia de las otras tres consecuencias derivadas del principio de

dualidade de regulamentação – retroatividade benéfica vs. irretroatividade prejudicial – atende diretamente aos fins protetivos ou garantistas da legalidade penal, presentes no primeiro caso, mas não no segundo. Esse tratamento bipartido está presente também na taxatividade – como já se mencionou, é possível o uso de textos não taxativos fora do núcleo incriminador do Direito Penal – e, como ainda se verá, na proibição da analogia.

6.2.4 Proibição da analogia

A última parte do conteúdo normativo da legalidade penal consiste na exigência de *lei estrita* (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).⁸⁷⁴ É o componente da garantia da legalidade que mais diretamente afeta a interpretação da lei penal, procurando limitar, de forma muito explícita, a atuação do juiz penal.⁸⁷⁵

Segundo Jescheck e Weigend, a exigência de lei penal estrita abrange (i) a proibição da analogia *in malam partem* somada (ii) à exigência de que as lacunas do material autoritativo devam ser sempre resolvidas no sentido da absolvição.⁸⁷⁶ Desse modo, a proibição de analogia impõe ao juiz o dever de se ater, de forma estrita, ao texto legal, sendo-lhe totalmente vedada, no processo de criminalização secundária, a

legalidad, el motivo de esta prohibición no reside en la legitimación democrática de las leyes penales, puesto que precisamente a través de aquella se limita la libertad de decisión del legislador. Tampoco el principio de culpabilidad permite extraer su fundamento, puesto que el punto de conexión del reproche culpabilístico no es la Ley sino el contenido de injusto material del hecho que también puede existir cuando éste todavía no está amenazada con pena. Decisiva es, más bien, la idea de *seguridad jurídica*” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 147).

⁸⁷⁴ “El principio de legalidad y las exigencias de seguridad jurídica determinan la *exclusión de la analogía*, aunque este principio sólo es operativo para la llamada analogía *in malam partem*; esto es, la contraria al reo, pues en lo favorable em ocasiones es admitida” (OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 69-70). “Na atualidade, a proscrição da analogia é praticamente um princípio universal [...]” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 209).

⁸⁷⁵ “O princípio da máxima taxatividade se manifesta no âmbito interpretativo por meio de uma proibição absoluta da analogia *in malam partem*” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 208). Jescheck e Weigend, por seu turno, asseveram que “la segunda consecuencia que se deriva del principio de legalidad se refiere a la *interpretación de las disposiciones penales*” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143).

⁸⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143-145.

complementação dos espaços deixados pelo texto normativo, ainda que com base em outro texto normativo que regule hipótese fática similar.⁸⁷⁷

Trata-se de uma garantia proximamente relacionada com a exigência de taxatividade das leis penais. Como acentua Olivares:

La *garantía criminal*, según la cual para que un hecho sea delictivo es necesario que una ley previa lo haya precisamente descrito como tal. De ello deriva la *prohibición de extender el carácter de delito* a comportamientos ‘análogos’ o ‘parecidos’ pero que no estén taxativamente formulados como típicos.⁸⁷⁸

A analogia é comumente definida como um modo de suprir lacunas jurídicas. Trata-se de uma espécie de “empréstimo normativo” de um caso a outro. Se um determinado caso não encontra regulação expressa nos documentos normativos existentes, mas guarda algumas semelhanças essenciais com outro caso regulado expressamente pelo sistema, o juiz poderia “tomar emprestada” a norma do caso regulado e aplicá-la ao caso semelhante e desregulado.⁸⁷⁹

Esse expediente, contudo, quando prejudicial ao agente, é vedado pela garantia penal da legalidade. Em virtude da intervenção pontual (fragmentária) do Direito Penal, o poder punitivo estatal só se habilita por lei expressa (taxatividade). Toda ausência

⁸⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 335. Como explicam Souza e Japiassú, o *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* trata da “exclusão da integração analógica das normas que definem crimes e estabelecem sanções ou medidas de segurança, para abranger casos por elas não expressamente contemplados [...]” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 78).

⁸⁷⁸ OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005. p. 66. Também Jescheck e Weigend, para quem a proibição da analogia decorre da exigência constitucional de determinação legal do crime: “De conformidad con el art. 103 II GG y el § 1 StGB está prohibida la analogía como medio de nueva creación y extensión de preceptos penales, así como de agravación de penas y medidas de seguridad [...]” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143).

⁸⁷⁹ Como mais simplesmente define Roxin, trata-se de “trasladar uma regra jurídica para outro caso não regulado na lei pela via do argumento da semelhança (dos casos)” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140. Na tradução espanhola: analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)). Fiandaca e Musco, por sua vez, assim a definem: “l’analogia consiste in un processo di integrazione dell’ordinamento attuato tramite una regola di giudizio ricavata dall’applicazione all’ipotesi di specie, non regolata espressamente da alcuna norma, di disposizioni regolanti casi o materie simili: il presupposto di tale procedimento integrativo è costituito dal ricorrere dell’identità di *ratio* (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 88).

legislativa acarreta um indiferente penal e, portanto, uma negativa de intervenção para as agências punitivas.⁸⁸⁰

É importante observar que – assim como ocorre com a proibição da retroatividade e com a máxima da taxatividade – também a proibição da analogia está sujeita a uma duplicidade em sua regulação jurídica: proibição de analogia *in malam partem* e admissão da analogia *in bonam partem*.

Em outros termos, só se proíbe o uso da analogia quando esta funcionar para fundamentar ou agravar a responsabilidade penal do agente (quando habilita ou incrementa o poder punitivo): é o que ocorre com o uso da analogia para suprir lacunas nos elementos constitutivos do crime e na cominação das penas.⁸⁸¹ Mas não só: a proibição da analogia incide “em tudo quanto possa revelar-se desfavorável ao agente, isto é, no fundo, em tudo o que signifique restrição (acrescida) da sua liberdade no sentido mais compreensivo”.⁸⁸²

Por outro lado, nada impede a utilização da analogia quando dela resultar uma melhora da situação jurídico-penal do agente.⁸⁸³ É o caso do aplicador do Direito Penal

⁸⁸⁰ Como a analogia é “completamente proibida para a integração das normas penais incriminadoras (*analogia in malam partem*)”, “as ‘lacunas’ porventura existentes nas normais incriminadoras não de ser consideradas – por força do princípio da legalidade, anteriormente explanado – espaços de licitude” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 78). No dizer de Jescheck e Weigend, “si de la interpretación del sentido de la norma resulta una laguna que desde un principio es atribuible a la Ley (laguna primaria) o, posteriormente, a través de un cambio en las circunstancias (laguna secundaria), el juez penal debe absolver cediendo el paso al legislador; por el contrario, en tales casos el propio juez civil crea la norma jurídica aplicable” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 144).

⁸⁸¹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140 e 156; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 187 e 192. Segundo Figueiredo Dias, “a proibição de analogia vale relativamente a *todos* os elementos, qualquer que seja a natureza, que sirvam para *fundamentar a responsabilidade* ou para *agravar*; a proibição vale pois **contra reum** ou **in malem partem**, não *favore reum* ou *in bonam partem*” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 192. Negrito no original).

⁸⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 193. Daí dizer o autor que a proibição de analogia vale igualmente para interpretação de normas da parte geral do Código Penal, quando seu uso resultar em alargamento da punibilidade de comportamentos previstos na parte especial. É o caso, por exemplo, de valer-se o aplicador da norma de analogia para a identificar os atos preparatórios na tentativa ou para qualificar o auxílio doloso no concurso de pessoas (Ibid., p. 193). No mesmo sentido, ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 157.

⁸⁸³ Para Roxin, “la analogía favorable al reo es también lícita sin la menor restricción en Derecho penal” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

que se vale da analogia para ampliar o âmbito de incidência das causas de justificação ou das causas de exclusão/atenuação da culpabilidade.⁸⁸⁴

Essa duplicidade, uma vez mais, remonta aos *fundamentos liberales* da garantia penal da legalidade.⁸⁸⁵ Concebida para barrar o avanço do poder punitivo estatal, a legalidade penal nada tem a dizer nas hipóteses em que o recurso à analogia tem por objeto a minimização do poder de punir.

É com a proibição da analogia que se materializa, com toda intensidade, a pretensão de controlar o poder de punir pela linguagem. Ela dá um sentido muito especial à *textualidade* no âmbito penal, ao exigir que os fundamentos da criminalização sejam encontrados, exclusivamente, no respectivo texto legal – vedando, inclusive, a utilização de outros textos jurídico-penais que regulem hipóteses semelhantes.

Em termos interpretativos, o texto autoritativo aparece como limite fundamental e intransponível ao processo de criminalização, é dizer,

Madrid: Civitas, 1997. p. 158). Zaffaroni et al pontuam que a analogia *in bonam partem* “é sempre admissível, desde que não seja arbitrária” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 210).

⁸⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 193. Ressalva feita ao entendimento de Roxin que admite a ampliação por analogia das causas de exclusão/atenuação da culpabilidade/punibilidade, mas não das causas de justificação: “en cambio, la situación es distinta en las causas de justificación. En efecto, las mismas no son una materia específica del Derecho penal, sino que proceden de todos los campos del Derecho” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 157). Neste caso, a existência de uma “unidade do ordenamento jurídico” faz com que o Direito Penal siga a orientação geral: “no es posible que una misma causa de justificación tenga presupuestos diferentes en un sitio y en otro, con la consecuencia de que una conducta que p.ej. en Derecho civil se considere como un injusto generador de la obligación de indemnizar, en cambio en Derecho penal se califique de lícita y obtenga la aprobación de todo el ordenamiento jurídico” (Ibid., p. 157). Uma solução intermediária parece ser a daqueles autores que em regra não admitem a redução do alcance de uma causa de justificação, mas reconhecem a existência de hipóteses em que essa redução se torna legítima. Assim, por exemplo, Bacigalupo, para quem a redução teleológica do alcance de uma causa de justificação expressamente reconhecida em lei só será compatível com o respeito ao fundamento da objetividade se esta restrição do alcance se fundamente em uma “cultura interpretativa praticada” (Jakobs), isto é, em uma tradição interpretativa suficientemente estabilizada (BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 53). De outro lado, o autor também admite a possibilidade de causas supraleais ou não-escritas de justificação, salientando que essas causas não se prestam para fundamentar a punibilidade daquele que tenta impedir o autor de a exercer (Ibid., p. 53)

⁸⁸⁵ Nesse sentido, Jescheck e Weigend, para quem “el motivo interno de la prohibición de la analogía reside igualmente en que el enjuiciamiento del merecimiento de pena de una transgresión debe permanecer reservado al legislador. De este modo, cuando se suscita la pregunta relativa al castigo de un comportamiento, debe conseguirse contestar desde la distancia y objetividad que la legislación crea y no desde la indignación del momento (fundamentación *político-criminal* del principio de legalidad)” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143-144).

a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra. Isso obedece ao fato de que é necessário extremar os recursos para que só a lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz complementar seus pressupostos.⁸⁸⁶

Logo, se, por um lado, não se nega – como os ilustrados – a necessidade de interpretação para a determinação do crime, por outro, procura-se estabelecer um limite dentro do qual a interpretação se figura legítima.⁸⁸⁷ É nesse sentido que se afirma que a legalidade penal (proibição da analogia) eleva o texto jurídico autoritativo a condição de *limite* da atuação estatal e, portanto, o *sentido literal* do texto à condição de limite da aplicação/intepretação juridicamente admissível do Direito Penal.⁸⁸⁸

Roxin assinala que uma interpretação que transcenda o teor literal do material autoritativo fragiliza todos os fundamentos (políticos e jurídicos) da garantia da legalidade penal:

O legislador só pode expressar suas prescrições por meio de palavras; e o que não se extrai de suas palavras, não está prescrito, não “rege”. Por isso, uma aplicação do Direito penal que exceda o teor literal vulnera a autolimitação do Estado na aplicação do poder punitivo e carece de legitimação democrática. Além disso, o cidadão só poderá incluir em suas reflexões uma interpretação da lei que se extraia de seu teor literal, de maneira que possa ajustar sua

⁸⁸⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 209.

⁸⁸⁷ Segundo ROXIN, “la verdad es que siempre sucede que el contenido de un precepto penal sólo es ‘determinado’, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial. Y la pregunta es cómo se puede conciliar esto con el art. 103 II GG, según el cual la punibilidad ha de estar ‘determinada legalmente’ antes del hecho” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 148). A resposta oferecida pela doutrina dominante, segundo o autor, não é aquela de que a alteração na forma de entender a aplicação judicial do direito tenha tornado o princípio da legalidade um objeto superado, mas sim que “el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es relleno y concretado por el juez” (Ibid., p. 148). “A ese respecto el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)” (Ibid., p. 148-149). E “el principio de vinculación del juez a la ley ya se satisface teniendo en cuenta que el juez no es libre en la interpretación, sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley él se limita a concretar completando la norma en la interpretación” (Ibid., p. 150).

⁸⁸⁸ Como observa Figueiredo Dias, “a proibição da analogia pressupõe a resolução do problema dos limites da interpretação admissível em direito penal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 187). Também Roxin alerta que a proibição da analogia impõe a tarefa de distinguir entre a interpretação fiel da lei (que é permitida) e a analogia criadora do direito (que é proibida)⁸⁸⁸, já que, segundo ele, “no caso de aplicação do Direito em prejuízo do sujeito o poder do juiz penal termina nos limites da interpretação” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 140 e 147. Tradução do autor. Na versão espanhola: “Por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación”).

conduta à mesma. Por isso, apenas uma interpretação dentro do marco do sentido literal possível pode assegurar o efeito preventivo da lei e fazer com que seja censurável a proibição de interpretação.⁸⁸⁹

O sentido literal da linguagem do texto jurídico autoritativo possui, portanto, a inglória missão de estabelecer os limites da interpretação/aplicação judicial da lei penal. No sentir de Figueiredo Dias, incumbe ao teor literal do texto legal fornecer uma espécie de quadro ou moldura – ao estilo kelseniano –, no interior do qual o intérprete pode mover-se legitimamente, ou seja, dentro do qual é lícito fazer escolhas interpretativas.⁸⁹⁰ Assim, o limite à interpretação consiste no “teor *literal* da regulamentação” que é formado pelo “campo de significações adequadas ao entendimento comum das palavras que naquela foram utilizadas”.⁸⁹¹ Ainda segundo Figueiredo Dias, a doutrina dos limites da interpretação pelo teor literal da linguagem legal é uma

posição **teleológica e funcionalmente imposta** pelo conteúdo de sentido próprio do princípio da legalidade. Fundar ou agravar a responsabilidade do agente em uma qualquer base que caia fora do quadro de significações possíveis das **palavras da lei** não limita o poder do Estado e não defende os direitos, liberdades e garantias das pessoas. Por isso falta a um tal procedimento legitimação democrática e tem de lhe ser assacada violação da regra do Estado de Direito.⁸⁹²

⁸⁸⁹ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 149-150. Tradução do autor. Na versão espanhola: el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no ‘rige’. Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación.

⁸⁹⁰ Nas palavras de Figueiredo Dias, “o legislador penal é obrigado a exprimir-se através de *palavras*; as quais todavia nem sempre possuem um único sentido, mas pelo contrário se apresentam quase sempre *polissémicas*. Por isso o texto legal se torna carente de interpretação (e neste sentido, atenta a primazia da *teleologia* legal, de concretização, complementação ou desenvolvimento judicial), oferecendo as *palavras* que o compõem, segundo o seu *sentido comum e literal*, um *quadro* (e portanto uma *pluralidade*) de *significações* dentro do qual o aplicador da lei se pode mover e pode optar sem ultrapassar os limites legítimos da interpretação. Fora deste quadro, sob não importa que argumento, o aplicador encontra-se inserido já no domínio da **analogia proibida**. Um tal quadro não constitui por isso *critério* ou *elemento*, mas *limite* da interpretação admissível em direito penal” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte general. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 188. Negrito no original).

⁸⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte general. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 190.

⁸⁹² *Ibid.*, p. 189. Destaque em negrito no original.

Se isso é assim, a interpretação teleológica não pode, por definição, ir além do sentido literal do texto legal.⁸⁹³ Com base nessa doutrina, Figueiredo Dias sustenta que a interpretação do Direito Penal possui dois momentos distintos: (i) primeiro, é preciso determinar as possibilidades interpretativas deixadas pelo teor literal da lei (momento inicial de mera subsunção formal); para, somente depois, (ii) ingressar no terreno mais amplo da liberdade metodológica, no qual o intérprete pode valer-se dos critérios gerais de interpretação.⁸⁹⁴

Em outros termos: embora o sentido e a finalidade da lei tenham uma função primordial também na interpretação jurídico-penal (critério teleológico), “antes de ele entrar em jogo, a interpretação admissível tem de passar a ‘prova de fogo’ – para a qual pode servir a imagem do ‘funil invertido’ – da sua admissibilidade face ao *teor literal* da lei e aos *significados comuns* que ele comporta”.⁸⁹⁵

Esse é o quadro estabelecido pela proibição da analogia: em matéria de aplicação do Direito Penal, o texto autoritativo é soberano. Nesse sentido, os argumentos céticos baseados na indeterminação da linguagem, como o de Jakobs, além de parecer uma reedição do velho problema da limitação do poder por uma “folha de papel”, desconsideram aquela fundamental dimensão da linguagem que permite um amplo consenso intersubjetivo.⁸⁹⁶

De qualquer forma, para assegurar que o texto autoritativo possa desempenhar seu papel de guardião da liberdade é preciso, antes, assegurar a sua autoridade. Na bela passagem de Bacon, recuperada por Ferrajoli, “é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos”.⁸⁹⁷

⁸⁹³ Para Figueiredo Dias, o apelo à *ratio legis* (sentido e finalidade da lei) não pode se sobrepor à função limitadora do teor literal da norma incriminadora (Ibid., p. 191).

⁸⁹⁴ Ibid., p. 189-190.

⁸⁹⁵ Ibid., p. 191.

⁸⁹⁶ A crítica de Jakobs foi assim descrita por Roxin: “a la vista de la imprecisión del lenguaje y de su manipulabilidad jurídica, el tenor literal no permite ninguna delimitación aprovechable” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 154). Mas como observa este último “no se puede afirmar en serio que los significados posibles de una palabra no tienen ningún límite, porque ello impediría toda posibilidad de entenderse mediante palabras” (Ibid., p. 154).

⁸⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 352. No original em latim: “Durum est torquere leges, ad hoc ut torqueant homines” (Ibid., p. 393).

6.2.5 O balanço final do nível de confiança da magistratura no processo de criminalização

Montiel destacou que, no âmbito penal, as principais funções distribuídas e regidas pela garantia penal da legalidade são a criação, a interpretação, a aplicação e a integração do Direito Penal, além da identificação das suas fontes.⁸⁹⁸

Da análise da garantia da legalidade penal resulta que o juiz recebeu dos *designers* do sistema jurídico brasileiro uma boa parcela dessas funções, o que indica a sua importância central no processo de criminalização.

O Poder judiciário é o encarregado de identificar as fontes do Direito penal, interpretá-las, aplicá-las a casos realmente ocorridos e, eventual e excepcionalmente, modificar o sistema jurídico-penal, quando um descuido do legislador tenha conduzido a castigar um comportamento que pode não merecer ou necessitar de pena de acordo com os fins do Direito penal.⁸⁹⁹

Ao juiz penal, portanto, foi confiada a criminalização secundária, consistente na verificação, em uma estrutura processual adequada, da efetiva ocorrência de determinado comportamento e de sua classificação legal. Mas fica também muito claro, a partir de uma análise da legalidade penal, que essa função é vinculada pela atividade anterior do legislativo. Sem a submissão dos juízes à lei, a legalidade penal é violada em seus fundamentos e os propósitos primeiros do sistema penal ficam inteiramente comprometidos.

É significativo, assim, que, na distribuição constitucional das funções inerentes ao processo de criminalização, toda atividade de *criação* dos crimes e das penas tenha sido confiada ao legislador. O sistema jurídico-penal de cada época representa um programa de criminalização, no qual a comunidade jurídica, por meio de seus representantes eleitos no Parlamento, planeja a atividade incriminadora do Estado. E a Constituição organiza e

⁸⁹⁸ Segundo o autor, “en definitiva, puede observarse que las principales funciones de los poderes constituidos se circunscriben a los ámbitos de la *creación, interpretación, aplicación e integración del Derecho penal* y a la *identificación de las fuentes jurídico-penales*. Todos ellos se encuentran regidos por el principio de legalidad” (MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal**. Madrid: La Ley, 2009. p. 40).

⁸⁹⁹ MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal**. Madrid: La Ley, 2009. p. 40. Tradução do autor. No original: “el Poder judicial es el encargado de identificar las fuentes del Derecho penal, interpretarlas, aplicarlas a casos realmente acaecidos y, eventual y excepcionalmente, modificar el sistema jurídico-penal, cuando un descuido del legislador ha llevado a castigar un comportamiento que puede no merecer o necesitar pena conforme a los fines del Derecho penal”. Perceba que quando o autor fala em modificação do sistema jurídico-penal ela a restringe a hipóteses nas quais não há ampliação do poder punitivo estatal, mas, ao contrário, sua redução.

estabelece limites a essa atividade planificadora. Confia ao Parlamento a seleção das condutas especialmente graves à vida social, bem como a cominação das respostas estatais aos comportamentos selecionados.

Essa atribuição, com exclusividade, ao legislador da *criação* de crimes e penas importa que o constituinte excluiu o Judiciário desse processo criativo. Com isso não se quer dizer que os juízes penais não exercem, no plano do *ser*, qualquer atividade criativa no processo de criminalização, mas que, desde o ponto de vista constitucional, eles não podem fazê-lo. Em sua relevante atuação no processo de criminalização secundária, é vedada aos juízes a criação, ainda que indireta, de crimes e penas, sob pena de traição aos fundamentos da legalidade e ao papel que lhes foi confiado pela Constituição.

E foi justamente com o objetivo de assegurar que os juízes penais não exercerão suas funções de modo criativo que a garantia da legalidade impôs uma série de limitações a todas as atividades de criminalização confiadas ao Judiciário, a saber, a identificação das fontes, a interpretação, a aplicação e a integração do Direito Penal.

Em primeiro lugar, o sistema constitucional traçou uma linha divisória entre (i) as leis penais que habilitam ou ampliam o poder de criminalização e (ii) aquelas que, por outro lado, reduzem o poder punitivo estatal.

Em relação a estas últimas não há qualquer exigência constitucional diferenciada para o exercício das funções jurisdicionais, é dizer, a lei penal que reduz o poder punitivo estatal pode ser interpretada, aplicada e integrada de acordo com os parâmetros gerais do direito.

Mas no que tange às primeiras (leis que habilitam ou ampliam o poder punitivo), existem limites constitucionais tanto para a identificação das fontes do Direito Penal, quanto para a interpretação, a aplicação e a integração do Direito Penal, ou seja, nesses casos as funções judiciais submetem-se ao destacado rigor da garantia penal da legalidade.

Em relação à identificação das fontes, a garantia da legalidade penal (reserva legal) exige que o juiz identifique as condutas delitivas com base unicamente em leis elaboradas pelo Parlamento. Isso assegura a centralidade do texto legal no processo de aplicação do Direito Penal: o juiz não poderá recorrer a padrões normativos diversos da legalidade – como a moral, por exemplo – com o intuito de inovar ou corrigir o projeto de criminalização previamente concebido pelo legislador.

Além disso, a autoridade da lei no processo de aplicação do Direito Penal é reforçada pela exigência de que o legislador elabore as leis penais de forma taxativa.

Como já se viu, o objetivo é impedir a transferência de carga decisória aos juízes no contexto de aplicação da lei penal, ficando claro que os dados relevantes para a identificação concreta do delito devem ser previamente fixados pelo legislador.

A integração judicial da lei penal também é limitada pela proibição da analogia prejudicial. A legalidade penal proíbe que o juiz busque em outro dispositivo legal o fundamento da criminalização dos comportamentos não situados no campo de incidência de determinado texto normativo. Diante da ausência de texto autoritativo expresso, o juiz está obrigado a decidir pela liberdade.

Nesse sentido, o Direito Penal incriminador constitui um esquema jurisdicional muito simples, como Dworkin admitiu existir setorialmente na prática jurídico-penal norte-americana. Trata-se de um modelo apoiado na seguinte regra lógica de clausura: determinado fato constituirá um ilícito, se, e apenas se, estiver expressamente previsto em lei. Não havendo lei, o fato é penalmente lícito.

Por fim, o papel que o texto legal exerce na aplicação do Direito Penal irá se refletir necessariamente em sua interpretação. É que a importância funcional que o texto legal assume nesse ramo do direito potencializará, igualmente, a dimensão literal da interpretação jurídico-penal. Daí a concepção corrente de que o sentido literal do documento normativo funciona como limite da atividade interpretativa do judiciário, vedada a atividade criativa também pela via da interpretação.

Em síntese, o sistema constitucional de distribuição das funções que os agentes estatais irão exercer no projeto de criminalização revela a total ilegitimidade da criação de crimes e penas por parte da magistratura. Essa orientação do constituinte precisa reverberar nas questões metainterpretativas. Abordagens interpretativas que concebem ampla liberdade (decisória) aos juízes parecem totalmente incompatíveis com a função que lhes foi confiada no interior do sistema.

6.3 A garantia penal da legalidade como fundamento primeiro do Direito Penal

Em sua famosa prelação de Sássiri, de 1910, Arturo Rocco já alertava para a necessidade de uma revisão crítica da doutrina da interpretação da lei penal, especialmente porque essa doutrina havia sido elaborada quase que exclusivamente por estudiosos do direito civil.⁹⁰⁰

⁹⁰⁰ ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. 2. ed. Tradução de Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982. p. 19.

Obviamente, uma teoria da interpretação elaborada com vistas à interpretação do direito civil passará por alto as necessidades específicas da legalidade penal. O estranho é observar que, mais de um século depois da Conferência de Rocco, praticamente nada tenha mudado em relação ao tema.

Este trabalho parte da compreensão de que o papel singularíssimo que legalidade assume na interpretação e na aplicação do Direito Penal é mais do que suficiente para que se sustente a necessidade de uma teoria da aplicação e da interpretação especificamente voltada para o âmbito penal.

O projeto de contenção do poder pela linguagem jurídica se recrudescer significativamente na prática jurídico-penal e torna-se especialmente determinante para o projeto garantista.⁹⁰¹ O garantismo recepciona esse movimento de intensificação ao situar a legalidade penal no centro do modelo garantista de Direito Penal – denominado por Ferrajoli de “sistema de estrita legalidade”.⁹⁰²

A singularidade da legalidade no âmbito penal decorre de várias ordens de fatores – além, é claro, de sua aptidão para revelar os propósitos do sistema jurídico-penal. Pode-se destacar dois argumentos que explicitam a relevância da legalidade para esse ramo do direito: (i) o fato de as exigências feitas pela garantia penal da legalidade não encontrarem paralelo em outros ramos do direito; e (ii) o modo como a legalidade penetrou, no âmbito penal, a dogmática do delito.

6.3.1 Legalidade penal vs. legalidade geral

Em sua análise da garantia da legalidade, Jescheck e Weigend destacaram como a legalidade impõe severas restrições aos poderes estatais no âmbito penal, de uma forma que não se repete, em geral, nos outros ramos do direito. Cada um dos quatro componentes do conteúdo normativo da garantia da legalidade penal recrudescer muito a autoridade da lei nessa seara.

Em primeiro lugar, os autores sustentam que a exclusão dos costumes do âmbito da criminalização por obra da reserva legal reforça, de modo muito peculiar, o papel e a

⁹⁰¹ Como ressaltou Roxin, “o *nullum crimen* faz com que no direito penal a segurança jurídica tenha mais relevância do que nos outros ramos do direito” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11, pé de página).

⁹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 91.

autoridade da lei no âmbito penal. É dizer, com a exclusão dos costumes, “a reserva de lei no Direito penal está formalizada mais fortemente do que em todos os demais setores jurídicos”.⁹⁰³

Como os autores anotam, nenhum outro ramo do direito afasta, de forma tão peremptória, a influência do direito consuetudinário do processo de aplicação do direito.⁹⁰⁴ No Brasil, inclusive, a chamada Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) faz menção expressa aos costumes como fonte de integração do direito,⁹⁰⁵ dispositivo inaplicável no núcleo incriminador do Direito Penal.

A taxatividade, da mesma forma, é um dever especificamente penal.⁹⁰⁶ Trata-se de uma exigência tão rigorosa que alterou a própria técnica legislativa de elaboração das leis penais, influenciando, como se verá, na construção dogmática do conceito de tipo penal.

Não existe o mesmo rigor, por exemplo, na definição do ilícito civil. Ao definir o ilícito civil como um comportamento violador do direito e causador de dano, o Código Civil brasileiro consegue fazer o que nem a Parte Especial do Código Penal sozinha – considerando a existência de uma infinidade de leis especiais – conseguiu: definir o conteúdo do ilícito na sua respectiva seara.⁹⁰⁷ O nível de generalidade admitido no âmbito civil é simplesmente impensável no núcleo incriminador do Direito Penal

A regra da irretroatividade das leis no Brasil encontra amparo no art. 5º, XXXVI, da Constituição, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A regra constitucional é, portanto, uma orientação no sentido de que o Parlamento não pode editar lei para afastar (i) o direito subjetivo que já compõe

⁹⁰³ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143.

⁹⁰⁴ Em outro momento, os autores asseveram: “en el ámbito del Derecho penal el movimiento codificador del siglo XIX le ha ganado en gran parte terreno al Derecho consuetudinario. A la idea liberal de promover la plasmación legal del Derecho penal se une la prohibición de la creación jurídica del Derecho a través de normas consuetudinarias, puesto que éstas con la creación de nuevos preceptos penales o el endurecimiento de los ya existentes constituían un perjuicio para el ciudadano. La máxima del Derecho civil de que ‘la Ley es cualquier norma jurídica’ (art. 2 EGBGB) no rige pues el Derecho penal es más bien dominio de la ‘lex scripta’” (Ibid., p. 119).

⁹⁰⁵ Trata-se do Decreto-lei n. 4.657/1942, que, em seu art. 4º, estabelece: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁹⁰⁶ Como percebem Jescheck e Weigend, “también en este punto las demandas del Estado de Derecho en el ámbito punitivo resultan más rigurosas que en otros sectores (vid., por ejemplo, el amplio significado del § 242 BGB para el Derecho civil)” (JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 146).

⁹⁰⁷ Nos termos do art. 186 do Código Civil (Lei 10.406/2002): “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

o patrimônio jurídico de alguém; (ii) os atos já concluídos nos termos da lei então vigente; ou (iii) a decisão judicial transitada em julgado.

A regra se especializa, contudo, no âmbito penal, em que a Constituição estabelece, em seu art. 5º, inciso XL, não só a regra da irretroatividade da lei penal prejudicial, como também a exigência de retroatividade da lei penal benéfica. Jescheck e Weigend, referindo-se ao texto constitucional alemão, acentuam que “também nesse aspecto o princípio do Estado de Direito vá mais longe que nos outros setores do Direito, pois o art. 103, II, GG se limita às leis penais”.⁹⁰⁸

Por fim, a proibição de analogia prejudicial não encontra paralelo em outros setores do direito. Trata-se de uma decorrência da fragmentariedade da tutela penal que se reflete na própria estrutura do sistema penal.

Enquanto o direito civil cumpre melhor sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo – sem lacunas –, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial.⁹⁰⁹

Assim, embora seja um importante mecanismo de integração do direito em geral, nos termos do art. 4º da LINDB, a analogia não ser pode utilizada para o preenchimento de lacunas no núcleo incriminador do Direito Penal. Isso, sem dúvida, coloca “o aplicador do Direito penal [...] mais estreitamente ligado à proposição legal do que em outros âmbitos do direito”.⁹¹⁰

Em suma, a garantia da legalidade que incide no Direito Penal é simplesmente bem mais exigente do que o princípio da legalidade que norteia o direito em geral. É possível inclusive pensar em um duplo regime de legalidade no âmbito penal: (i) em relação ao núcleo incriminador do Direito Penal vige, em toda a sua plenitude, a garantia penal da legalidade (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição); (ii) porém, nos outros

⁹⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 147. Tradução do autor. Na tradução espanhola: También en este aspecto el principio de Estado de Derecho va más lejos que en otros sectores del Derecho pues el art. 103 II GG se limita a las leyes penales.

⁹⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 208.

⁹¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143. Na tradução espanhola: “Por ello, también el aplicador jurídico en Derecho penal está ligado más estrechamente a la proposición legal que em otros ámbitos del Derecho”.

espaços do Direito Penal – parte não incriminadora – aplicar-se-ia o regramento geral da legalidade (art. 5º, II, da Constituição).

6.3.2 Infiltração da legalidade na teoria do crime

Outro argumento que demonstra a singularidade da legalidade no âmbito penal é modo como ela se infiltrou no seu afazer dogmático, já que, nessa seara, a função geral de limitação do poder pela linguagem jurídica especializou-se dogmaticamente, traduzindo-se na função de garantia do tipo. Com a elaboração da teoria do tipo penal, no início do século XX, o *nullum crimen* ganhou assento interno na teoria do delito.

Como se sabe, o conceito analítico do crime – segundo o qual o crime se subdivide em fato típico, antijurídico e culpável – somente se aperfeiçoa em 1906, quando Ernst Beling apresenta a sua concepção de tipo penal (*Tatbestand*). Beling foi responsável não apenas por formular um conceito de tipo penal, como também por lhe dar autonomia no interior da estrutura dogmática do delito, ao lado da ilicitude e da culpabilidade.⁹¹¹

O pensamento penal alemão do início do século XX, graças à recepção da concepção de antijuridicidade objetiva de Ihering, estava marcado pelo *critério objetivo-subjetivo*, segundo o qual o crime poderia ser fragmentado analiticamente em um componente objetivo (a antijuridicidade) e outro subjetivo (a culpabilidade).⁹¹² O

⁹¹¹ Até esse momento prevalecia a noção de crime como ação *antijurídica* e *culpável*. A partir de Beling a tipicidade ganha *status* de categoria autônoma do delito, destacada da antijuridicidade e da culpabilidade (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 339-340; CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal**: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois. Rio de Janeiro: 2006. p. 3-4). Segundo Motraveta, “Ernst Beling es el autor que introdujo la tipicidad como categoría autónoma en la definición general de delito e inició, de este modo, la moderna teoría del tipo” (CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. **El tipo penal en Beling y los neokantianos**. Barcelona, 2002. p. 13). No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v. I: parte general, el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 125. Tavares, por seu turno, atesta que a concepção de tipo penal proposta por Beling “veio revolucionar inteiramente o Direito Penal, de tal modo que depois disso todas as construções sistemáticas do delito partem inquestionavelmente de seu pressuposto” (TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 21). É importante, no entanto, a advertência de Kai Ambos, no sentido de que dois autores já haviam se ocupado da teoria do tipo no século XIX, com extraordinária antecipação de algumas discussões centrais desenvolvidas no século seguinte (AMBOS, Kai. 100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Andalucía, n. 09, p. 1-15, 2007. p. 2-4).

⁹¹² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. 2 (1). Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 31.

primeiro componente, seguindo a uma antiga reivindicação do positivismo científico,⁹¹³ considerava apenas a exterioridade do comportamento e seus aspectos causais, ao passo que o segundo era reservado aos aspectos subjetivos do delito, como a imputabilidade, o dolo e a culpa.

O maior expoente desse modelo foi Franz Von Liszt que conceituou o crime como uma ação humana ilícita e culpável.⁹¹⁴ Na obra de Liszt, o injusto penal (antijuridicidade) é objetivo porque nele não há espaço para a apreciação de circunstâncias subjetivas relacionadas ao delito. A antijuridicidade é concebida como uma ação ilegal (contrária ao direito) objetiva ou empiricamente apreciável.⁹¹⁵ Por sua vez, as questões subjetivas referentes à imputabilidade do agente ou à imputação do resultado a título de dolo ou de culpa estavam reservadas à *culpabilidade*.⁹¹⁶ É apenas nessa categoria do delito que seriam analisadas as questões referentes às condições concretas do agente de responder pelo crime e as questões relativas ao conteúdo de sua vontade.

⁹¹³ O esquema classificatório do sistema naturalista foi assim descrito por Greco: “o positivista age de modo unívoco, classificando por critérios formais: tudo que for objetivo é posicionado no injusto; já o subjetivo vai para a culpabilidade. E tudo que houver de valorativo cai na antijuridicidade; o tipo e a culpabilidade são puramente descritivos” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. p. 310). Ao final, “o sistema acaba com a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos; a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo” (Ibid., p. 310).

⁹¹⁴ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 183 e p. 193.

⁹¹⁵ Embora o autor tenha inserido o elemento “vontade” em seu conceito de ação, deve-se destacar que para a verificação da voluntariedade, em seu sistema, bastava atestar a ausência de coação – sendo irrelevante, nesse momento, a determinação do conteúdo da vontade. Liszt concebia a *ação* como “a mudança do mundo exterior referível à vontade humana” (LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 193). Para o autor, a ação humana era composta por dois elementos necessariamente relacionados, a saber, um *ato de vontade* que se liga a um *resultado naturalístico* (Ibid., p. 193-201). E o *resultado* é a alteração do mundo exterior apreciável pelos sentidos (Ibid., p. 193-195). No caso da ação comissiva, o ato de vontade se liga ao resultado naturalístico pela relação de causalidade (Ibid., p. 198-201). Como ensina Grego, no sistema naturalista ou clássico do delito, a ação “é um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo exterior” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. p. 309-310). Contudo, segundo o Von Liszt, “a voluntariedade na comissão ou na omissão, não quer dizer livre arbítrio no sentido metafísico [...], mas isenção de coação mecânica ou psicofísica” (LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 197). Veja que Von Liszt a definia a ação comissiva como “a *causação do resultado por um ato de vontade*. Este apresenta-se como *movimento-corpóreo voluntário*, isto é, como tensão (contração) dos músculos, determinada, não por coação mecânica ou psicofísica, mas por ideias ou representações e efetuada pela inervação dos nervos motores” (Ibid., p. 198). Ao pensar a vontade como ausência de coação é possível afirmar que, em seu modelo, a ação ilícita (o injusto penal) permanece um estrato objetivamente apreciável.

⁹¹⁶ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 249-250. O autor conceitua culpa como “a responsabilidade pelo resultado produzido” (Ibid., p. 249).

Contudo, faltava ainda ao sistema dogmático causalista proposto por Von Liszt o conceito de tipo penal, já que o estrato objetivo do crime, em seu sistema, se resumia à antijuridicidade, entendida como ação ilegal. E esta era definida pelo autor, em termos muito amplos, como “a transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica”.⁹¹⁷

O que caracteriza, em sua concepção, a ilegalidade da ação é a violação de bens jurídicos, isto é, a violação daqueles interesses da vida humana que o direito havia convertido em bens jurídicos.⁹¹⁸ Assim, para Von Liszt, “convertendo os interesses da vida humana em bens jurídicos, isto é, em interesses juridicamente protegidos, o direito proíbe, *sem que se faça mister uma declaração expressa*, toda lesão ou ofensa de tais interesses”.⁹¹⁹

Hoje, contudo, se sabe que o Direito Penal não protege todas as lesões a bens jurídicos – nem mesmo protege todos os bens jurídicos. O princípio da fragmentariedade indica que a intervenção do Direito Penal é sempre pontual, ou seja, sempre pautada pela seleção de alguns (poucos) comportamentos lesivos a determinados bens jurídicos.

Essa atuação cirúrgica do Direito Penal, representada pela noção de fragmentariedade – e pela ideia da tutela penal fragmentária de bens jurídicos como missão do Direito Penal –⁹²⁰ só se viabilizou a partir do conceito de tipo penal, idealizado inicialmente por Beling.⁹²¹

Em razão dessa importante complementação ao conceito analítico de crime de Von Liszt, o modelo clássico (mecanicista) de teoria do crime passou a ser denominado modelo *Liszt-Beling*.⁹²² O conceito de tipo que surge com Beling em 1906, em virtude de

⁹¹⁷ Ibid., p. 219.

⁹¹⁸ Ibid., p. 219.

⁹¹⁹ Ibid., p. 219. Grifei.

⁹²⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁹²¹ Essa relação entre a tutela fragmentária de bens jurídicos e o conceito de tipo penal é brilhantemente capturada pela lição de Fragoso: “tendo em vista a exigência básica de que os crimes se apresentem em tipos de conduta, tem-se afirmado que o Direito Penal constitui sistema descontínuo de ilícitos. [...] No Direito Penal, porém, é atribuída ao tipo uma função específica e peculiar. O Direito Penal não realiza uma tutela genérica de determinados interesses jurídicos; a ilicitude só pode existir se corresponder a determinada figura de delito, que esgota e limita, nos extremos da definição legal, a conduta punível. Esta característica, o ilícito civil certamente não tem, desconhecendo a importância basilar que só o Direito Penal atribui à modalidade da ação [...]. Nesse sentido, nenhuma dúvida existe quanto ao caráter ‘fragmentário’ do ilícito penal” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 155-156).

⁹²² ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. v. 2 (1). Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 31-32.

sua teoria da neutralidade axiológica do tipo e de seu conceito causal de ação,⁹²³ conformou-se perfeitamente à dogmática causalista do delito de Liszt e ao seu esquema objetivo-subjetivo. O tipo penal de Beling era compreendido como a mera descrição – externa e causal – do comportamento proibido pela lei penal.⁹²⁴

O conceito de tipo tornou-se patrimônio inestimável da doutrina do delito, consagrando-se na dogmática penal a ideia de que *não há crime sem tipo*.⁹²⁵ Desde seu surgimento, o conceito de tipo penal encontra-se nitidamente imbricado com a garantia da legalidade, na medida em que o tipo penal nada mais é do que um construto dogmático devotado à concretização dos fins político-criminais da garantia da legalidade penal.⁹²⁶

⁹²³ AMBOS, Kai. 100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Andalucía, n. 09, p. 1-15, 2007. p. 4 e 6.

⁹²⁴ Em sua primeira formulação, Beling procurou adequar o conceito de tipo à necessária objetividade inerente à antijuridicidade do esquema de Liszt. Como ensinam Zaffaroni e Pierangeli, “até 1906 não se pode propriamente falar de uma teoria do tipo penal, que neste ano foi enunciada por ERNST VON BELING. Respeitando a sistemática do delito fundada sobre a cisão entre o injusto objetivo e uma culpabilidade subjetiva, este autor introduziu no injusto uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, categorias que continuavam conservando seu caráter objetivo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 389). É certo que esse conceito de tipo axiologicamente neutro não se sustentou por muito tempo, tanto que o próprio Beling viria a reformulá-lo mais tarde. Pode-se dizer que a concepção de um tipo puramente objetivo não sobreviveu à crítica dos neokantinos e, especialmente, do finalismo de Welzel. Os neokantianos observaram que havia, em muitos tipos penais, elementos claramente subjetivos como, por exemplo, o especial fim de agir, assim como elementos normativos que não eram propriamente uma descrição neutra da realidade, como pretendia Beling, mas, ao contrário, dependia de um juízo de valor por parte do intérprete do tipo penal. Os neokantinos, então, formularam um conceito complexo de tipo penal, que passava a abranger aspectos objetivos e subjetivos, que seria posteriormente desenvolvido por Welzel (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 391).

⁹²⁵ CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. **El tipo penal en Beling y los neokantianos**. Barcelona, 2002. O tipo penal é definido por Zaffaroni e Pierangeli como “fórmulas legais que nos servem para individualizar as condutas que a lei penal proíbe” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 383), isto é, trata-se de “um instrumento legal, *logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)*” (Ibid., p. 383). Stratenwerth assevera que, no âmbito penal, o conceito de tipo “se refere geralmente aos pressupostos jurídicos sob os quais uma situação de fato é jurídico-penalmente significativa. De acordo com isto, o tipo consiste na *descrição* (legal) dos fatores da situação de fato que interessam para o direito penal” (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v. I: parte general, el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 126. Tradução do autor. Na versão espanhola: aquí el concepto se refiere generalmente a los presupuestos jurídicos bajo los cuales una situación de hecho es jurídico-penalmente significativa. Conforme a ello, el tipo consiste en la *descripción* (legal) de los factores de la situación de hecho que interesan para el Derecho penal). Para Fragoso, por sua vez, “tipo é o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 153).

⁹²⁶ Trata-se, no dizer de Salvador Netto, de “uma ferramenta dogmática a serviço da legalidade penal” (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 85, p.

A relação entre tipo penal e legalidade, contudo, não é unilateral, mas de influência recíproca: se, de um lado, o *nullum crimen sine lege* impulsionou a elaboração do conceito de tipo penal, por outro, a criação do tipo também contribuiu para o processo de atribuição de sentido ao princípio do *nullum crimen*.

Pode-se dizer que a criação da teoria do tipo representou um significativo refinamento dogmático do conteúdo da garantia penal da legalidade. O sentido da legalidade penal sofreu um importante adensamento, na medida em que se passou a requer algo mais para a intervenção punitiva do Estado: a legalidade penal requer, doravante, que, para cada espécie de crime, exista um tipo penal definido em lei, isto é, uma descrição taxativa da conduta incriminada veiculada por um dispositivo legal específico.⁹²⁷ É dizer, com a teoria do tipo penal, o Direito Penal passa a ser dotado de um *léxico próprio*: para cada espécie do delito deve existir uma definição taxativa prevista na lei penal. Isso assegura que, de modo diverso do que ocorre em seu uso conversacional cotidiano (no qual as palavras indicadoras de crime – como estupro, por exemplo – podem

219-235, jul./ago. 2010). Segundo o autor, “O tipo penal, desde sua inicial proposição formulada por Beling ainda nos primórdios do século XX, sempre teve como a sua função mais destacada a garantia de efetividade do princípio da legalidade” (Ibid.). Essa relação funcional existente entre a garantia do *nullum crimen* e o conceito de tipo penal também foi explorada por Roxin (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002). Como explicou Greco, para Roxin, já em seu “esboço de 1970, cabia ao tipo desempenhar a função de realizar o princípio do *nullum crimen sine lege* [...]” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. p. 326). No mesmo sentido, Figueiredo Dias, para quem o tipo penal “surge funcional e político-criminalmente ligado ao princípio da legalidade e à sua teleologia no sistema” (DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal. In: **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 217). Zaffaroni, observando, com razão, que a função do princípio da legalidade não se exaure no plano da tipicidade – abrangendo todos os limites ao poder punitivo estatal –, enfatiza que é neste âmbito que o princípio da legalidade “cumprir sua principalíssima função” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. v. 1: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 140. No original: la legalidad es principio que excede con mucho el mero marco de la tipicidad, sin desmedro de reconocer que es en él donde cumple su principalísima función).

⁹²⁷ Como observa Roxin, “o tipo está sob a influência da ideia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática por muitas vezes é reduzida; os tipos servem, na verdade, ao cumprimento do princípio *nullum-crimen*, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 29-30). Segundo o autor, o postulado do *nullum-crimen* forma o substrato político-criminal sobre o qual descansa a tipicidade (Ibid., p. 31). Em sentido similar, Médici, para quem “com a teoria do tipo, Beling exprimiu o verdadeiro sentido do princípio da legalidade. Ou seja: se para Feuerbach *não há crime sem lei*, para Beling a lei, em cada espécie, deve ser representada por um *tipo*” (MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais**: parte especial do direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 100). Esse adensamento dogmático é já capturado pelo conceito de legalidade de Muñoz Conde: “por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal” (MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 41). Zaffaroni e Pierangeli acentuam que “o princípio da legalidade [...] tem uma de suas mais importantes aplicações na teoria da tipicidade. Em qualquer sistema jurídico civilizado do mundo contemporâneo, os tipos são legais, isto é, somente o legislador pode criar, suprimir e modificar os tipos penais. Este é o sistema de tipos legais [...]” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 385).

sofrer modulações fortes em seu significado), no âmbito do Direito Penal as modulações de sentido serão bem mais limitadas, em virtude da definição lexical prevista em lei.⁹²⁸

A ligação entre tipo e legalidade fica ainda mais nítida quando se destaca a chamada *função de garantia* do tipo. Entre as funções dogmaticamente atribuídas ao tipo penal, encontra-se a função de garantia, vale dizer, a função de resguardar a liberdade individual mediante a precisa delimitação legal da matéria penalmente relevante. Logo, a função de garantia de tipo nada mais é do que a projeção, nesse estrato dogmático, do fundamento liberal da garantia da legalidade – é dizer, a função de garantia do tipo reflete e concretiza a função liberal e garantista da legalidade.⁹²⁹

6.3.3 *Brevíssima síntese*

Com essas breves considerações, é possível vislumbrar a importância que a garantia da legalidade assumiu no âmbito do Direito Penal. Desde o Iluminismo, ela se acha no centro dos sistemas penais democráticos contemporâneos, irradiando deveres para as diversas agências punitivas, com vistas à proteção da liberdade e a contenção de excessos.

E se a *lei* adquire um papel tão destacado no Direito Penal, impondo deveres aos agentes estatais sem paralelo nos outros ramos do direito, fica claro que a interpretação e a aplicação do Direito Penal devem ser norteadas por critérios próprios. A concepção geral e corrente de interpretação jurídica não atende ao grau de exigência inerente à garantia penal da legalidade.

A garantia da legalidade enuncia, a um só tempo, o propósito maior do aparato jurídico-penal e o modo como o constituinte distribuiu a confiança entre os diversos

⁹²⁸ Mas é claro que a limitação que uma definição legal de crime impõe ao uso de termos que se referem a delitos não é tão extensa quanto se desejaria no marco do projeto de contenção do poder judicial, já que estas definições não fecham a possibilidade de variação do significado das palavras e das expressões componentes da própria definição legal.

⁹²⁹ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, quando se fala em “tipo de garantia” ou “tipo-garantia” o que se pretende na prática é designar “o princípio de legalidade em matéria penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 385). Consoante Stratenwerth, “nesse sentido se fala de *tipo-garantia* como aquela descrição dos elementos do delito por meio da qual a lei penal cumpre sua função de garantia” (STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v. I: parte general, el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 126-127. Na tradução espanhola: en este sentido se habla de *tipo garantía* como aquella descripción de los elementos del delito por medio de la cual la ley penal cumple su función de garantía). Ainda, segundo Fragoso, “a garantia resulta da função do tipo em face do princípio da reserva legal, pois ele contém a descrição da conduta incriminada, a que o fato deve necessariamente ajustar-se” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 156).

agentes envolvidos na prática jurídico-penal. A partir do arcabouço metodológico assumido, fica claro que a interpretação da lei penal deve ser responsiva às exigências da garantia penal da legalidade.

Em outras palavras: a aptidão da garantia da legalidade de desvelar ou explicitar os propósitos garantistas do sistema não pode ser desprezada no tocante a qualquer tentativa de solução do problema metainterpretativo. Em razão de sua centralidade no Direito Penal e de sua capacidade de evocar os propósitos do sistema, ela será uma fonte determinante para a resolução de questões de metainterpretação.

6.4 As respostas da ilustração penal

O pensamento penal da ilustração colocou a legalidade como núcleo em torno do qual orbita todos os aspectos relevantes do Direito Penal. Naquele momento, a legalidade passou a envolver a imposição de deveres tanto ao *legislador* quanto ao *aplicador* da lei penal. Já estava claro para o pensamento penal da Ilustração que a concretização da função liberal da legalidade (limitação das agências penais) dependia da efetivação de dois comandos superiores e interdependentes, cada qual dirigido a um dos dois grandes ramos dos poderes constituídos do Estado: a exigência da elaboração de boas leis penais a cargo do Poder Legislativo; e o dever de realização de uma criteriosa aplicação da lei penal por parte do Poder Judiciário.

Em capítulo anterior, elencamos dois problemas relacionados à interpretação do material autoritativo capazes de ameaçar a função liberal da garantia penal da legalidade: (i) a subdeterminação da linguagem do direito, que abre diversos espaços interpretativos ao aplicador da lei penal e (ii) o problema metainterpretativo, no qual as possibilidades interpretativas decorrem das várias abordagens que o intérprete pode assumir em relação ao texto legal.

Parece-me que esses dois problemas centrais já haviam sido percebidos pelo pensamento penal da Ilustração e, mais do que isso: para cada um desses problemas os ilustrados haviam intuído um “remédio”. Para o problema da subdeterminação do material autoritativo, a tradição iluminista impôs ao legislador o dever de elaboração de *boas leis penais*. Por seu turno, para o problema metainterpretativo, os ilustrados reivindicaram a *proibição de interpretar*.

O garantismo penal, enquanto releitura dessa tradição, desenvolveu bem o primeiro remédio dos ilustrados, isto é, o dever de elaboração de boas leis penais.

Ferrajoli demonstrou que uma “boa lei penal” é uma lei elaborada nos termos da estrita legalidade, isto é, uma lei elaborada de forma taxativa com rigorosa observância do sistema de axiomas que compõe o modelo garantista de Direito Penal, a fim de minimizar os espaços decisórios dos juízes (estrita jurisdicionalidade).

O problema metainterpretativo, contudo, não foi suficientemente desenvolvido na teoria de Ferrajoli. É provável que o espanto provocado pela despropositada ideia de proibir a interpretação “por decreto” tenha nos impedido de ver essa concepção iluminista como uma tentativa de resposta ao problema metainterpretativo, o qual, de fato, demanda um conjunto de orientações normativas dirigidas ao intérprete-aplicador da lei penal.

Vamos falar um pouco mais da tradição iluminista na esperança de que ela possa, mais uma vez, nos indicar um caminho a ser trilhado. A questão fundamental que se coloca para a metodologia garantista é como lidar, de um ponto de vista normativa, com a existência de um leque de diferentes abordagens interpretativas, ampliativas do poder de criminalização dos juízes.

6.4.1 Boas leis penais

É lugar comum na teoria do direito a ênfase dada pelos juristas da Ilustração à *ciência da legislação*.⁹³⁰ A marca desse período foi a formulação ou “a descoberta” – pensem, neste último caso, nos princípios extraídos do direito natural – de critérios normativos destinados a nortear o legislador na sua tarefa de elaboração das leis positivas.⁹³¹ No que tange às leis penais, os principais expoentes do Iluminismo não se

⁹³⁰ Como diagnosticou Filangieri, o tema da legislação é ubíquo em sua época: “*quase todos os escritores de um século, disse um grande homem, poetas, oradores e filósofos são impelidos e dominados pelas coisas que os cercam. A natureza imprime, por assim dizer, em cada época um mesmo selo em todas as almas, e o os mesmo objetos lhes inspiram as mesmas ideias. No dia de hoje é a legislação este objeto comum sobre o qual todos pensam*” (FILANGIERI, Gaetano. **Ciencia de la legislación**. Traduzida por Don Juan Ribera. Comentada por Benjamin Constant. Buenos Aires: Ediar, 2012. p. 108. Tradução do autor. Na versão espanhola: *Casi todos los escritores de un siglo, dice un grande hombre, poetas, oradores, y filósofos, son impelidos y dominados por las cosas que los rodean. La naturaleza imprime, por decirlo así, en cada época un mismo sello en todas las almas, y los mismos objetos les inspiran las mismas ideas. En el día de hoy es la legislación este objeto común de los que piensan*). E arremata: “desde o tempo de Montesquieu não houve escritor que não haja conclamado aos homens a necessidade de uma reforma na legislação” (Ibid., p. 107-108. Na tradução espanhola: Desde el tiempo de Montesquieu no ha habido escritor que no hay intimado a los hombres la necesidad de una reforma en la legislación).

⁹³¹ Trata-se do grande período das codificações, movimento que buscava superar “a falta de certeza, a incoerência e a confusão das fontes, e dava-se corpo ao ideal iluminista da predeterminação legal tão clara e precisa quanto possível dos delitos e das penas” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 353). Segundo Roxin, a arbitrariedade e a

limitaram a enunciar que somente a lei poderia estabelecer os crimes e as penas, mas também ressaltaram a necessidade de que o legislador elaborasse leis penais claras e precisas.⁹³²

Montesquieu foi um dos primeiros a ressaltar a necessidade de que as leis penais fossem bem elaboradas.⁹³³ Ele ressaltou que a garantia da submissão dos juizes à lei seria totalmente inócua – em termos de proteção da liberdade individual e de segurança jurídica – se o legislador pudesse elaborar leis penais vagas e imprecisas, já que estas deixariam um largo espaço decisório ao juiz. Diante disso, Montesquieu relaciona a liberdade dos cidadãos à precisa elaboração das leis penais, condicionando a primeira à segunda.⁹³⁴ Em suas palavras, “é da excelência das leis criminais que depende principalmente a liberdade dos cidadãos”.⁹³⁵

insegurança jurídica produzidas no velho regime “preparou finalmente a mudança radical propugnada pelos pensadores dos fins do século XVII e do XVIII, que hizo possível a seguinte época das codificações” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 142). O ideal de “lei clara e precisa” era algo pensado como possível para os ilustrados porque a lei deveria ser construída com base nos princípios da razão universal e em uma moral universalmente compartilhável. Assim é que Filangiere proclamava que as leis devem se harmonizar “com os princípios universais da moral, comuns a todas as nações” (PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 13-14). Contudo, uma vez desfeita a crença no universalismo moral, torna-se mais difícil pensar que a compreensão textual da lei de cada pessoa, dotada de diversas pre-compreensões, possa ser uma igual a outra.

⁹³² PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 59-60.

⁹³³ Como se sabe, Montesquieu não destinou uma obra especificamente ao Direito Penal. Suas contribuições sobre temas penais encontram-se dispersas basicamente em duas de suas obras: *Cartas Persas* (1723), obra fundamental da juventude, na qual o filósofo propõe e ensaia algumas relevantes questões penais e *O espírito das leis* (1748), obra da maturidade, na qual Montesquieu desenvolve e amplia os temas penais expostos nas Cartas Persas (SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 27; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas Persas**. Tradução e notas de María Rocío Muñoz. Prólogo de María Eugenia Galicia. México D.F.: Consejo Nacional para la cultura y las artes, 1992; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Por tais contribuições, Montesquieu pode ser colocado entre os principais precursores do modelo liberal de Direito Penal. Como ensina a Prof^a. Sheila Sales “se por um lado Montesquieu não destinou sua obra unicamente ao estudo do Direito Penal, como o fez Beccaria, há muito se reconhece que, em seu tempo, Montesquieu foi o primeiro filósofo a assentar as bases para um Direito Penal centrado sobre os pilares da certeza do Direito, da liberdade dos cidadãos e sobre os princípios da necessidade e da humanidade das penas. Enfim, assentou as bases do Direito Penal liberal” (Ibid., p. 20).

⁹³⁴ SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 39.

⁹³⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 198. Sheila Sales atesta que “na doutrina penal de Montesquieu, o juiz deve ser vinculado à lei, para que seja garantida a certeza do direito. Mas tal vinculação é insuficiente, pois a certeza do direito impõe que o legislador realize uma formulação clara e taxativa das leis penais. Em diversas passagens do Espírito das leis, implícita ou explicitamente, tais assertivas são consideradas” (SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 61).

Também Beccaria enfatizou a necessidade de uma boa legislação penal.⁹³⁶ Para ele, as leis penais devem ser *claras*⁹³⁷ – para que possam ser compreendidas pelo maior número possível de pessoas – e *precisas* – de forma a subtrair ao juiz o poder decisório no momento de sua aplicação –, uma vez que “quando as leis são claras e precisas o ofício do juiz outro não é senão averiguar um fato”.⁹³⁸

Essa exigência de leis penais bem elaboradas, tão marcante no pensamento penal da Ilustração, é o gérmen daquilo que Ferrajoli denominou de *estrita legalidade*. O autor distingue a garantia penal da legalidade em *mera legalidade* e *estrita legalidade*. Grosso modo, enquanto a primeira estabelece *quem* pode elaborar os crimes e as penas, a segunda estabelece *como* eles devem ser estabelecidos.⁹³⁹ Isto é, enquanto o princípio da mera legalidade estabelece que somente a lei pode ser fonte dos delitos e das penas, devendo o juiz ater-se a ela para qualificar um determinado comportamento como crime (reserva legal), a legalidade estrita determina que o legislador deve elaborar a lei penal da forma mais taxativa e precisa possível, a fim de limitar, ao máximo, o decisionismo judicial no momento de sua aplicação.⁹⁴⁰

O que está por trás da ideia de legalidade estrita – isto é, da preocupação com o modo como deve ser elaborada a lei penal – é a percepção da insuficiência da exigência da mera legalidade para fins de garantia. Dizer que apenas a lei pode criar os crimes e que

⁹³⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40, 62 e 133.

⁹³⁷ Sobre o ponto, Beccaria enuncia que a obscuridade interpretativa “será ainda maior se as leis forem escritas numa língua estranha ao povo e que o submeta à dependência de uns poucos, [...]”. Por outro lado, leis claras informam a população o comportamento proibido, de modo que “quanto maior for o número dos que compreenderem e tiverem entre as mãos o sagrado código das leis, menos frequentes serão os delitos, [...]” (Ibid., p. 48)

⁹³⁸ Ibid., p. 66. Anote-se que Beccaria também sustenta que as leis penais devem ser *suaves*, pois não é a severidade das penas que previne os delitos, mas sim a infalibilidade da sua incidência (Ibid., p. 91-92). Tudo isto com vista à prevenção geral dos delitos que é, em sua concepção utilitarista – “o escopo principal de toda boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade ou ao mínimo de infelicidade possível, conforme todos os cálculos dos bens e dos males da vida” (Ibid., p. 130). Mais adiante continua o autor: “quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las” (Ibid., p. 131).

⁹³⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 57.

⁹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 39. Segundo Morais da Rosa, a legalidade estrita resulta da centralidade do constitucionalismo na teoria garantista de Ferrajoli: “O constitucionalismo, na forma como defendida por Ferrajoli, impõe uma segunda revolução, pela qual a norma somente será válida se estiver de acordo com o conteúdo da Constituição, denominada por *estrita legalidade* ou *legalidade substancial*. Com esta mudança não se presume mais que a norma seja válida somente porque decorreu do Poder Legislativo, demandando o cotejo de sua pertinência substancial” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 101-102).

os juízes não podem fazê-lo, só será relevante – em termos de contenção do poder judicial – se não houver uma transferência excessiva das decisões sobre a identificação da conduta delitiva do legislador para o magistrado, o que é facilmente viabilizado mediante a elaboração de leis penais *não* taxativas.⁹⁴¹

Por essa razão, Ferrajoli acentua a necessidade da conjugação dessas duas dimensões da legalidade penal, já que a garantia da mera legalidade, quando dissociada da estrita legalidade, transforma-se em um tipo de “legalidade violenta”, por ser não mais uma barreira a – mas antes um veículo de – decisionismos (e arbitrariedade) judiciais.⁹⁴²

Segundo Ferrajoli, a grande contribuição do pensamento penal iluminista para a garantia da legalidade foi justamente a “descoberta” da estrita legalidade: “sem adentrar numa reconstrução histórica, creio que se pode afirmar que enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio de estrita legalidade é obra do pensamento iluminista”.⁹⁴³ O pensamento penal da Ilustração percebeu a necessária ligação teórica entre a submissão dos juízes à lei e a exigência da taxatividade ou, em outros termos, o nexos entre taxatividade e cognitivismo processual: apenas as leis taxativamente formuladas estariam em condição de fazer com que os juízes se ativessem à análise da veracidade da hipótese fática sustentada pela acusação.⁹⁴⁴

⁹⁴¹ No extremo, uma lei poderia estabelecer simplesmente que “é crime toda conduta que, segundo um juízo de razoabilidade do magistrado, ofenda à moralidade e os bons costumes”, o que assinalaria a transferência total de tais decisões para o magistrado.

⁹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *La legalidad violenta*. Tradução de Benjamín Rivaya García. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. v. 1. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 171.

⁹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 352. Acompanham o entendimento de Ferrajoli, MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal**: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 7 e PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007. p. 57-66.

⁹⁴⁴ No tocante à Montesquieu, essa ligação pode ser percebida na seguinte passagem da Prof^a. Sheila Sales, ao interpretar o pensamento do filósofo francês: “a lei penal deve ser precisa e o magistrado deve estar vinculado ao seu conteúdo, para que seja assegurada a liberdade política [...]” (SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 39). Além disso, a seguinte passagem de “O espírito das leis” é esclarecedora quanto ao ponto: “quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa [...]. Nos estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estado monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida. Em Roma, os juízes sentenciavam somente que o acusado era culpado de um determinado crime, e a pena se encontrava na lei, como podemos ver em várias leis que foram feitas. Assim também, na Inglaterra, os jurados decidem se o acusado é culpado ou não do fato que lhes foi relatado, e se ele for declarado culpado o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e para tanto ele só precisa ter olhos (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 87).

Hoje parece óbvio que as boas leis penais reivindicadas pelos iluministas não são capazes de resolver o problema da abertura e da variabilidade inerentes à linguagem natural.⁹⁴⁵ Mas é também óbvio que quanto pior for a sua formulação legal, maiores serão as possibilidades de arbítrio por parte de seu aplicador. De modo que uma maior sensibilidade do legislador para o papel desempenhado por boas leis penais na realização dos propósitos garantistas da legalidade já representaria um extraordinário avanço.

6.4.2 Proibição de interpretar

Mas o que mais nos interessa neste trabalho é que alguns dos principais expoentes do Iluminismo penal também intuíram, mesmo sem dispor de instrumentos mais refinados de filosofia da linguagem, um problema fundamental para qualquer sistema penal que se pretenda minimamente garantista: eles compreenderam, com invejável profundidade, que, ainda que todas as leis penais fossem boas, a efetivação dos propósitos políticos – liberal e democrático – da garantia da legalidade penal ainda dependeria daquilo que o aplicador faz ao interpretar a lei editada pelo Parlamento. Em outros termos, esses autores perceberam que a função garantista da legalidade penal poderia ser facilmente “contornada” com abordagens interpretativas ensejadoras de um maior distanciamento do texto legal e que, portanto, existe um nexo indissolúvel entre a concretização da garantia da legalidade (ou a efetivação de seus fundamentos políticos) e o controle normativo da interpretação da lei penal.⁹⁴⁶ Logo, ao colocar a ideia de legalidade no centro do sistema, o pensamento penal ilustrado fez com que essa garantia se irradiasse também para o âmbito da interpretação da lei penal.

Hoje, entretanto, parece difícil até mesmo perceber essa louvável intuição dos ilustrados. Em parte, isso pode ser atribuído ao fato de que, durante o Iluminismo, o problema da interpretação estava formatado sobre algumas premissas teóricas que não resistiram ao tempo. Sabe-se, assim, que o lema iluminista da “proibição de interpretar”

⁹⁴⁵ Segundo Horta: “são conhecidas as limitações linguísticas para se cumprir o corolário da taxatividade, uma vez que a lei se vale da linguagem natural, permanentemente sujeita à ambiguidade e à vagueza” (HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 51-70. maio 2019).

⁹⁴⁶ Como explica Horta, “estritamente vinculada à reserva legal, na doutrina clássica, está a necessidade de que a lei penal seja apreciada por um juiz imparcial, devendo a jurisdição ser exercida por órgão estatal distinto daquele encarregado da acusação, a quem caberia de forma isenta aplicar a lei ao caso, por um juízo de subsunção rigorosamente vinculado à letra da lei; avesso à interpretação criadora” (HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 51-70. maio 2019).

estava amparado (i) na doutrina ortodoxa da separação dos poderes de Montesquieu e (ii) e em uma arbitrária cisão entre *subsunção* e *interpretação*.

Montesquieu concebeu de modo bastante rígido a sua doutrina da separação das funções estatais, ao pretender que toda e qualquer atividade de criação normativa estivesse reservada exclusivamente ao Parlamento (fundamento democrático da legalidade). Isso impactou frontalmente no *modelo de juiz* presente no imaginário da Ilustração, o qual, por consequência, não poderia assumir qualquer função criativa ou de inovação no âmbito do direito.

A legitimidade das decisões judiciais estava, assim, condicionada à sua total adstrição à lei. Para Montesquieu, a vinculação do juiz à lei – uma garantia necessária à liberdade individual e à segurança jurídica (fundamento liberal da legalidade) – é também condição de legitimidade do exercício da judicatura.⁹⁴⁷ E, como ensina Sheila Sales, em toda a doutrina de Montesquieu, “a posição do juiz é de absoluta subordinação à lei [...]”.⁹⁴⁸

Ao avançar o princípio da submissão do juiz à lei, muitos juristas da Ilustração reduziram a atividade judicial de aplicação do direito a uma mera operação lógica de *subsunção*, a qual, acreditava-se, poderia ocorrer sem interferência de qualquer atividade interpretativa. No modelo iluminista de aplicação do direito, a *interpretação* representa sempre um ponto de fuga do texto legal, um modo discreto de usurpação do poder de legislar. Daí a “implicância” iluminista com a interpretação, vista como um modo de afastar-se da textualidade da lei, que – tendo sido corretamente formulada – possuiria o atributo da autoevidência (*in claris cessat interpretatio*).

Com base nessa cisão – arbitrária, repita-se – entre subsunção e interpretação, Beccaria irá inaugurar aquilo que Chiassoni chamou de concepção *normativa* de subsunção, consistente na tarefa de enquadrar a sentença judicial em um modelo simples

⁹⁴⁷ O antigo regime se caracterizou pela arbitrariedade das condenações criminais e pela ausência de limites ao poder dos monarcas e dos juizes (SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. p. 20). Foi nesse contexto de voluntarismo que, segundo a autora, Montesquieu sistematizou o seu modelo de divisão de poderes – que outra razão não tinha senão a redução do excesso e do arbítrio do poder. Segundo ele, a liberdade política dos cidadãos – assim como a certeza do direito – depende da vinculação judicial às leis, isto é, segurança jurídica e liberdade individual só podem ser alcançadas se os juizes estiverem vinculados às leis aprovados pelo Parlamento (Ibid., p. 39). Ainda segundo a autora, para Montesquieu “ao juiz compete apenas julgar sobre a existência do crime e declarar culpado o seu autor, aplicando-lhe a pena prevista em lei” (Ibid., p. 42).

⁹⁴⁸ Ibid., p. 42. No mesmo sentido, Fiandaca e Musco: “Il pensiero illuministico, proteso ad eliminare gli arbitri e i soprusi dello Stato assoluto, si fa assertore in chiave garantistica del vincolo del giudice alla legge quale corollario del principio della divisione dei poteri” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 55).

de silogismo e de reduzir praticamente toda a argumentação judicial ao raciocínio lógico.⁹⁴⁹

A justificação interna é colocada, então, no centro do raciocínio jurídico, abandonando-se a tarefa de justificação externa das premissas.⁹⁵⁰ Consoante a doutrina de Beccaria, incumbe ao juiz (i) inserir, como premissa maior, o texto legal (sem interpretá-lo), (ii) colocar o fato predicado como verdadeiro na premissa menor, e (iii) extrair, na conclusão, a consequência jurídica prevista pela norma penal.⁹⁵¹

No plano processual, a crença na possibilidade de uma subsunção neutra dos fatos à lei conduziu o pensamento penal da Ilustração à concepção – igualmente normativa – de um *processo informativo*. Trata-se, na visão de Beccaria, de um modelo de processo no qual a função judicial se restringe à análise da veracidade do fato *sub judice* e sua mera subsunção ao texto normativo.⁹⁵² Nas esclarecedoras palavras de Verri, “a tarefa do juiz é principalmente a verificação dos fatos; ele deve encontrar a verdade e procurá-la com zelo, saber bem como a coisa é, e uma vez feito isto, *a lei faz o resto*, isto é, ordena o que deve ser”.⁹⁵³ A função jurisdicional, portanto, se esgotaria em dois passos simples: (i) na

⁹⁴⁹ CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**: breviario para juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2011. p. 25. Quando Beccaria formulou a sua doutrina (normativa) do silogismo judicial, elaborou uma doutrina de justificação das decisões judiciais, que, apesar de correta do ponto de vista lógico, é sabidamente incompleta, por desconsiderar o seu necessário “momento” interpretativo. Beccaria parecia pressupor que as normas poderiam ser extraídas imediatamente dos textos legais sem que fosse necessária qualquer atividade valorativa e/ou decisória.

⁹⁵⁰ Segundo Wróblewski, a *justificação interna* relaciona-se com a identificação dos argumentos que estruturam logicamente o pensamento justificativo, isto é, trata-se de remontar a estrutura lógica do raciocínio judicial no modelo dedutivo-silogístico; a *justificação externa*, por seu turno, trata de justificar aqueles argumentos que foram utilizados na justificação interna, vale dizer, procura apresentar boas razões (argumentos de diversas ordens) para justificar externamente as premissas do raciocínio lógico (WRÓBLEWSKI, Jerzi. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria. Madrid: Editorial Civitas, 1988. p. 57).

⁹⁵¹ Em suas palavras: “o juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não a lei; a *consequência*, a liberdade ou a pena. Se o juiz for constrangido a fazer um raciocínio a mais, ou se o fizer por conta própria, tudo se torna incerto e obscuro” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. p. 27).

⁹⁵² Trata-se de um modelo de processo voltado para a “investigação imparcial do fato” (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 77), vale dizer, um modelo de processo no qual o juiz deve ser um terceiro imparcial responsável *apenas* por julgar “a verdade do fato” (Ibid., p. 45). Nesse modelo, a função do magistrado consiste, pois, em elaborar sentenças que “consistam em meras asserções ou negações de fatos particulares” (Ibid., p. 45).

⁹⁵³ VERRI, Pietro. Sulla interpretazione delle leggi. **Il Caffè**, tomo II, foglio XXVIII, 1764-1766, p. 703. Grifei. Tradução do autor. No original: l’ufficio del giudice è principalmente la verificazione dei fatti; ei deve trovare la verità e cercarvela con sollecitudine, conoscer bene come la cosa sia, e fatto ciò, la legge fa il restante, cioè comanda come debba essere.

verificação da veracidade ou da falsidade da hipótese acusatória (análise probatória)⁹⁵⁴ e (ii) na mera subsunção do fato (provado) ao texto legal pertinente.

É importante perceber que essas noções normativas de silogismo judicial e de processo informativo já se baseiam em uma avaliação negativa de interpretação, vista, por um setor importante da Ilustração, como uma ferramenta de que os juízes se valiam para driblar as barreiras que lhes eram impostas pela lei e abrir as cancelas do subjetivismo.

O próprio modo como Pietro Verri definiu a interpretação jurídica – relacionando-a como uma espécie de usurpação do poder legislativo pelo juiz – deixa sobressair essa percepção pejorativa existente no imaginário da época:

Interpretar quer dizer substituir-se ao lugar de quem escreveu a lei e indagar o que o legislador provavelmente teria decidido neste ou naquele outro caso sobre o qual a lei não fala claramente. *Interpretar* significa fazer o legislador dizer mais do que aquilo que disse, e este “mais” é a medida da faculdade legislativa de que o juiz se arroga.⁹⁵⁵

Em síntese, a *proibição de interpretar* sustentada por muitos ilustrados deve ser lida a partir de um contexto que envolve, entre outras coisas, a rigidez da doutrina da separação dos poderes de Montesquieu e a inadequada cisão entre subsunção e interpretação. Constitui, nesse sentido, parte de um projeto maior de contenção do poder dos juízes e da eliminação dos poderes políticos da magistratura. O juiz ilustrado é um

⁹⁵⁴ Montesquieu também não vê problema na atividade de valoração da prova, já que segundo ele para constatar-la o juiz “só precisa ter olhos” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 87. A passagem é a seguinte: “na Inglaterra, os jurados decidem se o acusado é culpado ou não do fato que lhes foi relatado, e se ele for declarado culpado o juiz pronuncia a pena que a lei inflige para este crime e para tanto ele só precisa ter olhos”).

⁹⁵⁵ VERRI, Pietro. Sulla interpretazione delle leggi. **Il Caffè**, tomo II, foglio XXVIII, 1764-1766, p. 700. Tradução do autor. No original: *Interpretare* vuol dire sostituire se stesso al luogo de chi ha scritto la legge e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o tal altro caso su cui non parla chiaramente la legge. *Interpretare* significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice.

agente estatal desempoderado (o juiz “boca da lei”)⁹⁵⁶, a quem se veda a atividade interpretativa.⁹⁵⁷

Nos dias de hoje, a ideia de que os juízes estão proibidos de interpretar soa como algo totalmente sem sentido.⁹⁵⁸ As crenças teóricas sobre as quais os Ilustrados construíram a sua doutrina da interpretação não estão mais presentes.

Pelo que hoje se sabe a respeito do tema, não existe compreensão sem a mediação (ativa) do intérprete. O papel fundamental do intérprete na aplicação do direito, assim como o caráter inevitavelmente “decisório” de toda interpretação é uma das poucas

⁹⁵⁶ É conhecida a lição de Montesquieu, segundo a qual julgamentos judiciais devem ser fixos, “a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 170). Por isso, os juízes são e devem ser apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (Ibid., p. 175). E, uma vez que o juiz está totalmente limitado pela norma emanada do Legislativo, pode-se afirmar – continua o autor – que o poder de julgar dos juízes “é, de alguma forma, nulo” (Ibid., p. 172). Essa desconfiança em relação à judicatura está bem expressa em Beccaria, para quem a “prudência dos juízes” é “tão arbitrária quanto perigosa” (BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 120). Canotilho se referiu ao modelo iluminista como “o modelo jacobino de juiz executor, passivamente fiel à vontade do legislador (‘a boca que pronuncia as palavras da lei’) ou de juiz declarativo, limitado a declarar mas nunca criar o direito” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção*. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 143). Neumann, por sua vez, referiu-se a essa concepção de Montesquieu como a “teoria ‘fonográfica’ da aplicação direito” (NEUMANN, Franz. *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*. Tradução de Bianca Tavolari. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul.-dez. 2014. p. 38).

⁹⁵⁷ Como destacou Roxin, “Beccaria (1738-1794), el penalista seguramente más influyente de la Ilustración, derivaba de esa concepción del juez como un impersonal ‘autómata de la subsunción’ la prohibición de interpretación, tal y como Federico II había previsto inicialmente para el Derecho General del Territorio Prusiano, y como luego se introdujo efectivamente por primera vez en el Código Penal bávaro de 1813” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 147-148).

⁹⁵⁸ Segundo Roxin, “actualmente hay un acuerdo unánime en el sentido de que esa concepción mecanicista del juez es impracticable”. [...] “El juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación” (Ibid., p. 148). No mesmo sentido, Figueiredo Dias sustenta que está hoje afastada “a convicção iluminista de que o princípio da separação de poderes conduziria logo à proibição de qualquer processo de interpretação jurídica [...]”, e continua: “aceita-se, pelo contrário, que praticamente todos os conceitos utilizados na lei são susceptíveis e carentes de interpretação [...]” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 187). Também Ferrajoli diagnostica que “foi somente na época do Iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio de estrita legalidade e da proibição da analogia. O princípio [...] foi teorizado em termos tão ingênuos e extremistas, que dava a impressão de que não era sustentado com possibilidade de realização: basta pensar na proibição não só da analogia senão, também, da interpretação e na ilusão de uma aplicação mecânica e literal da lei” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Jarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 353).

coisas em que concordam tanto os juristas ligados à tradição hermenêutica, quanto aqueles ligados à tradição analítica e realista da interpretação.⁹⁵⁹

A passagem de um texto legal para uma norma jurídica, compreendida esta como o sentido ou o significado daquele,⁹⁶⁰ é um processo que sempre demanda do intérprete, ainda que em diferentes graus, valorações ou, ao menos, decisões acerca das possibilidades de atribuição de sentido ao texto.

Enfim, hoje se sabe que a submissão dos juízes à lei não é tão plena quanto gostariam os Ilustrados – já que sempre existe alguma contribuição do intérprete na passagem do texto para a norma –, bem como que a subsunção não é um processo neutro, desprovido de interpretação – mas que, na verdade, a pressupõe.

Mas, com um pouco de boa vontade, é possível compreender de outra forma a proibição de interpretar iluminista. O pano de fundo da doutrina iluminista da interpretação encontra-se na tensão – ainda atual – entre a *letra da lei* e o seu *espírito*. Há, nas teorias da interpretação deste período, uma clara oposição entre a aplicação (silogística) da letra da lei, de um lado, e a interpretação de seu espírito, de outro. Os penalistas do Iluminismo estavam essencialmente preocupados com abordagens interpretativas que permitissem ao intérprete flutuar sub-repticiamente para longe da textualidade legal. O inimigo, logo identificado, era o *espírito da lei*. Interpretações calcadas no espírito da lei – algo que hoje chamamos de interpretação teleológica ou consequencialista – permitiria ao intérprete afastar-se do texto, substituindo-o por sua própria vontade.

Assim, em razão do próprio papel reservado ao juiz pelo pensamento iluminista, toda tensão entre a letra e o espírito da lei deveria resolver-se em favor da primeira. A

⁹⁵⁹ O papel “criativo” de toda interpretação – que sempre envolve a fusão dos horizontes do texto e do intérprete – foi reivindicado pela hermenêutica filosófica de Gadamer (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013). Uma crítica à tradição jurídico-penal feita a partir desta abordagem encontra-se, por exemplo, em VOGLIOTTI, Massimo. *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna. Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè editore, tomo I, n. 44, p. 131-181, 2015. No âmbito da filosofia analítica de perfil realista, a fundamentabilidade do papel do intérprete pode ser vista na própria distinção entre texto e norma, compreendida esta última como produto da atividade do intérprete a partir de um determinado texto autoritativo. É o caso, por exemplo, da distinção feita por Guastini entre *disposição* e *norma*, segundo a qual “a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado” (GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 26). A distinção também é feita por CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica**: breviario para juristas. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 55-56.

⁹⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. Apresentação de Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

garantia da legalidade impunha, assim, o respeito solene ao texto legal. Na Ilustração, portanto, o texto assume uma função de garantia que será essencial para o posterior desenvolvimento do Direito Penal.⁹⁶¹

Em termos atuais, a “proibição de interpretar” de Beccaria poderia ser compreendida como a proibição do uso da interpretação teleológica em detrimento da interpretação literal. Essa tensão entre uma abordagem literal (“obediência à letra da lei”) e uma abordagem teleológica (“interpretação”) pode ser percebida na seguinte passagem:

A desordem que nasce da *obediência rigorosa à letra de uma lei* penal não pode ser comparada às desordens que nascem de sua *interpretação*. Tal momentâneo inconveniente pode levar à correção fácil e necessária dos termos da lei, que são a causa da incerteza, mas impede o fatal abuso da razão, do qual nascem as controvérsias arbitrárias e venais.⁹⁶²

Se a aplicação de uma lei a um caso concreto revela algum problema em sua formulação, deve a lei ser corrigida via processo legislativo pelo legislador penal.⁹⁶³ Os custos seriam muito maiores se fosse franqueado ao juiz, com base em argumentos teleológicos, a possibilidade de corrigi-las ele mesmo. Como observou Beccaria, uma abertura para a interpretação teleológica (para o “espírito da lei”) é extremamente perigosa, pois significa “romper um dique à torrente das opiniões”.⁹⁶⁴ Com base em argumentos teleológicos, as controvérsias sobre o sentido de um texto legal se multiplicam:

Cada homem tem o seu ponto de vista; o mesmo homem, em épocas diferentes tem pontos de vista diferentes. O espírito da lei seria, portanto, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto flutuante do homem. Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar muitas vezes em sua passagem por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser a vítima dos falsos raciocínios ou das variações ocasionais de humor de um juiz, o qual toma como interpretação legítima o vago resultado de toda uma série de noções confusas que se agitam em sua mente. Vemos, pois, os mesmos

⁹⁶¹ Dizia Montesquieu: “nos estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estado monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que *os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei* quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 87. Grifei).

⁹⁶² BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 47. Grifei.

⁹⁶³ Como assentou Beccaria, “nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juízes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores” (Ibid., p. 45).

⁹⁶⁴ Ibid., p. 46.

delitos punidos de forma diferente em épocas diferentes pelo mesmo tribunal, por ele ter consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a instabilidade errante das interpretações.⁹⁶⁵

Quando se percebe que o autor usa o termo “interpretação” para referir-se ao que hoje chamaríamos de uma abordagem interpretativa teleológica/consequencialista em contraposição à interpretação literal, fica mais fácil compreender a afirmação de Beccaria de que “a interpretação das leis é um mal”, em virtude da “obscuridade que essa interpretação acarreta”.⁹⁶⁶

Tudo isso revela a percepção que esses autores tiveram do problema metainterpretativo. O pensamento penal da Ilustração tematiza a existência de um nexos fundamental entre a realização dos propósitos liberais e democráticos da garantia da legalidade e o modo como os juízes interpretam as leis do Parlamento. Mais do que isso: esses autores revelaram uma profunda preocupação com a capacidade do argumento teleológico de fragilizar os fundamentos da legalidade. A proibição de interpretar poderia ser compreendida como uma resposta bastante simples da Ilustração ao problema metainterpretativo, segunda a qual a abordagem literal deve prevalecer em relação à abordagem teleológica.

É a tematização desse nexos fundamental entre legalidade e interpretação que precisa ser recuperada pelo pensamento garantista contemporâneo.

⁹⁶⁵ Ibid., p. 46-47.

⁹⁶⁶ Ibid., p. 48.

7 PROPOSTA DE UMA TEORIA GARANTISTA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

“O êxito da interpretação admite muitos graus em relação direta com o talento do intérprete e ainda com o talento do legislador, o qual, soberano nesta matéria, pôde exprimir e condensar em seu texto as ideias positivas. Desse modo, a legislação e a interpretação exercem entre si influências recíprocas, prosperam juntas e a superioridade de cada uma é para a outra condição e garantia de desenvolvimento”.⁹⁶⁷

Este capítulo derradeiro destina-se a fazer algumas indicações a respeito dos caminhos que podem ser seguidos para a elaboração de uma doutrina da aplicação da lei penal situada no marco teórico do garantismo. O objetivo não é, pois, elaborar uma doutrina sistematizada e completa (dentro do possível) da aplicação do Direito Penal, mas apenas sugerir algumas direções que uma teoria desse tipo poderia seguir.

O núcleo normativo do garantismo pressiona o teórico garantista em busca de limites normativos à interpretação/aplicação da lei penal. Esses limites resultam dos próprios propósitos atribuídos pelo garantismo ao sistema jurídico-penal. A questão que se coloca é, portanto, como canalizar essas concepções normativas para a formulação das bases de uma doutrina garantista da interpretação/aplicação do Direito Penal.

Por se tratar de uma concepção jurídica que leva a sério as garantias penais e processuais em sua tematização dos limites do poder de punir, a teoria garantista da interpretação e da aplicação da lei penal deve ser orientada, antes de tudo, pela efetivação dos propósitos do sistema desvelados pela garantia da legalidade.

Há uma relação inversamente proporcional entre o nível de liberdade concedido para a interpretação/aplicação do núcleo incriminador do Direito Penal e o grau de efetivação/concretização dos propósitos garantistas da legalidade penal: quanto maior for a liberdade do intérprete-aplicador do Direito Penal menor será a possibilidade de limitação do poder de punir pela linguagem legal.

Por essa razão, o garantismo penal não pode ficar alheio ao papel singular que a garantia da legalidade desempenha no âmbito da interpretação e da aplicação do Direito Penal. Tanto ao distribuir as funções criminalizantes entre os agentes estatais, quanto ao impor restrições ao exercício dessas funções, a garantia da legalidade estabelece limites à função aplicativa/interpretativa desenvolvida pela judicatura. Montiel com razão

⁹⁶⁷ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 151.

observa que, embora faltem referências a esse respeito na doutrina, o princípio da legalidade penal

também pretende vedar determinadas formas de interpretação e que certas normas sejam interpretadas de determinada maneira. Pode entender-se, então, que certas interpretações podem supor uma infração do princípio da legalidade e, em definitivo, uma transgressão da Constituição.⁹⁶⁸

O objetivo aqui é explicitar esses limites interpretativos que decorrem dos fundamentos da legalidade penal, os quais, como visto, confundem-se com os propósitos do próprio Direito Penal enquanto dispositivo destinado à tutela da liberdade.

7.1. Considerações preliminares

Ferrajoli não debateu explicitamente o problema metainterpretativo, embora tenha feito algumas considerações – como é o caso de sua defesa da interpretação restritiva e da necessidade de filtragem constitucional, que mencionaremos abaixo – que podem ser perfeitamente compreendidas como uma forma de resposta a esse problema.

Apesar disso, a teoria garantista do Direito Penal, especialmente o seu núcleo normativo essencial, fornece o instrumental necessário para avançar sobre o tema. Uma resposta ao problema metainterpretativo exige considerações normativas sobre o afazer interpretativo do aplicador do direito, algo que decorre quase que instantaneamente dos propósitos que o garantismo atribui ao Direito Penal.

7.1.1 O problema metainterpretativo em Luigi Ferrajoli

Ferrajoli não está totalmente alheio ao problema da necessidade de parâmetros normativos para a atividade de interpretação e aplicação do Direito Penal. É possível identificar em sua obra pelo menos duas orientações bem gerais que se destinam a diminuir o poder de interpretação dos juízes: (i) a defesa da interpretação restritiva em Direito Penal e (ii) a interpretação da lei penal conforme à Constituição.

⁹⁶⁸ MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009. p. 42. Tradução do autor. No original: también pretende vedar determinadas formas de interpretación y que ciertas normas sean interpretadas de una concreta manera. Puede entenderse, entonces, que ciertas interpretaciones pueden suponer una infracción del principio de legalidad y, em definitiva, una transgresión de la Constitución.

Ferrajoli sustenta que o princípio da estrita legalidade impõe ao intérprete do Direito Penal o dever de interpretar *restritivamente* as leis penais, vedando-lhe a interpretação ampliativa.⁹⁶⁹ Trata-se de uma orientação claramente normativa que pode ser vista como uma resposta ao problema metainterpretativo. E, nesse sentido, é acompanhado por muitos autores que se valem do postulado da interpretação restritiva como forma de diminuir a liberdade interpretativa dos juízes.⁹⁷⁰

Essa orientação pode ser fundamentada, inclusive, com base na teoria da economia da confiança de Shapiro. Como se viu, a distribuição constitucional de atribuições criminalizantes releva um baixo de nível de confiança nos juízes para a criação de crimes e penas. A esse baixo nível de confiança deve corresponder, no plano interpretativo, a exigência de que os resultados interpretativos fossem os menos amplos possíveis, a fim de prevenir a definição judicial de fatores de criminalização pela via disfarçada da interpretação.

O problema é que a noção de interpretação restritiva coloca algumas dificuldades que precisam ser ultrapassadas para que ela possa desempenhar a função que lhe é atribuída. Mais especificamente, antes de tudo, é necessário delimitar o que significa interpretação restritiva, especialmente quando se tem em mente que se trata de uma definição comparativa. É preciso saber, portanto, em relação a que um determinado resultado interpretativo é mais restrito. Mais abaixo voltaremos a essa questão.

Outra proposta de Ferrajoli para a redução da discricionariedade judicial consiste na exigência de que os textos penais sejam interpretados no sentido que melhor se adegue

⁹⁶⁹ Segundo o autor, da estrita legalidade se segue “o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 351). Em outro momento, o autor também consigna que a interpretação restritiva dos tipos penais é uma decorrência do critério do *favor rei*, condição necessária para integrar o tipo de certeza racional perseguida pelo garantismo penal em face do dever de decidir do magistrado (Ibid., p. 102-105). Interessante observar que a proibição de analogia já foi expressamente prevista no direito pátrio. Estabelecia o art. 1º do Código Penal Republicano: “[...] A interpretação extensiva, por analogia ou paridade, não é admissível para qualificar crime ou aplicar-lhe penas”. O vigente Code Pénal français estabelece, em seu art. 111-4, que “La loi pénale est d'interprétation stricte”.

⁹⁷⁰ Brodt pondera que “não se pode permitir que o âmbito da discricionariedade judicial alcance a possibilidade de interpretar extensivamente a lei penal incriminadora de maneira contrária ao réu, ainda que a pretexto de adaptá-la ao seu verdadeiro sentido ou finalidade” (BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Hermenêutica da norma penal incriminadora. Revista eletrônica de direito penal e política criminal (UFRGS)**, Porto Alegre, v. 3, n. 1/2, p. 23-38, 2015. p. 36). Também Zaffaroni et al sustentam que “o critério de interpretação semanticamente mais restritiva deve ser defendido na atualidade, pois constitui um dos principais instrumentos capazes de conter o formidável avanço da tipificação irresponsável” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 211).

ao conteúdo das normas constitucionais, isto é, a Constituição seria capaz de excluir determinados resultados interpretativos com ela incompatíveis.⁹⁷¹

Segundo Ferrajoli, a exigência de que o intérprete atribua ao texto legal o sentido que melhor se ajuste à Constituição é um fator de redução e não de ampliação do espaço de discricionariedade judicial.⁹⁷² Conforme o autor,

a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos reduz, geralmente, o espaço de discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas para um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas compatíveis com a Constituição.⁹⁷³

No mesmo sentido caminha Bacigalupo, que, depois de dar notícia sobre a transformação vivenciada pelo sistema jurídico espanhol com o advento da Constituição de 1978, afirma que “até 1978 a vinculação do texto da lei penal com princípios superiores e obrigatórios era uma opção metodológica livre do intérprete”.⁹⁷⁴ Porém, continua o autor,

desde 1978 a validade dos textos legais e das interpretações do Código Penal depende, diferentemente do que ocorria antes, de sua compatibilidade com princípios superiores. Mas do que isto: a aplicação do direito penal deve ser levada a cabo, em princípio, mediante a técnica de uma interpretação “conforme à Constituição”, isto é, que os tribunais ordinários devem aplicar as normas de tal maneira “que uma lei de conteúdo ambíguo ou indeterminado se determina pelo conteúdo da Constituição” e que “não cabe declarar a nulidade de uma lei que possa ser interpretada em consonância com a Constituição”.⁹⁷⁵

Mas esse potencial limitativo da interpretação conforme à Constituição também demanda maiores esclarecimento. Ele só será verdadeiro se estiver muito claro para o aplicador a que classe de dispositivos constitucionais a interpretação da lei penal deve

⁹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 504.

⁹⁷² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

⁹⁷³ Ibid., p. 51.

⁹⁷⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 43. Tradução do autor. No original: hasta 1978 la vinculación del texto de la ley penal con principios superiores y obligatorios era una opción metodológica libre del intérprete.

⁹⁷⁵ Ibid., p. 44. Tradução do autor. No original: desde 1978 la validez de los textos legales e de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores. Más aun, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución”, es decir, que los tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera “que una ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución” y que “no cabe declarar la nulidad de una ley que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución”.

adequar-se. Quando se está diante de constituições analíticas, como a brasileira, que tratam praticamente de “todas as coisas”, é possível situar no texto constitucional – torcendo um pouquinho aqui e ali – as mais diversas pretensões defensivistas com toda sua aptidão para ampliar o poder punitivo estatal. Em síntese, será necessário algum desenvolvimento teórico para que a noção de “interpretação conforme” possa figurar como estratégia de redução – e não de ampliação – da discricionariedade judicial.

Parece-me, portanto, que uma compreensão adequada da interpretação restritiva e da interpretação conforme à Constituição requer que essas noções sejam inseridas em uma concepção normativa mais geral de interpretação da lei penal.

Não há muito mais do que isso na obra de Ferrajoli sobre o problema metainterpretativo. Ele parece crer que a discussão em torno da verdade no âmbito da linguagem (a questão semântica) é suficiente para conter o arbítrio interpretativo. Como acuradamente observou Moraes da Rosa, “seu apego à semântico o impediu de efetuar o ‘giro linguístico’”.⁹⁷⁶ Enquanto herdeiro do “Círculo de Viena”, Ferrajoli concebeu “o rigor semântico das proposições” como “o elemento salvador do Sistema Garantista (SG)”.⁹⁷⁷ Isso o impediu de avançar sobre a questão.

7.1.2 Funcionalização da interpretação jurídico penal?

É interessante acentuar ainda que a concepção de interpretação jurídica que se sustenta neste trabalho é compatível com a ideia de funcionalização constitucional das categorias dogmáticas do Direito Penal.

A existência daquilo que chamamos de núcleo normativo do garantismo penal estimula uma reflexão sobre a possibilidade de que a aplicação e a interpretação do Direito Penal sejam funcionalmente orientadas no sentido da efetivação da garantia penal da legalidade. Um discurso sobre a interpretação jurídico-penal deve ser sensível aos propósitos (liberal e democrático) da garantia penal da legalidade e, nesse sentido, normativamente orientado.

Os propósitos da garantia penal da legalidade – que foram encampados por meio da positivação desta garantia em nosso sistema constitucional – revelam a finalidade *garantista* do Direito Penal que, em termos ferrajolianos, consiste na necessidade de

⁹⁷⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 298.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 154.

proteger a minoria desviada contra punições arbitrárias e excessivas impostas pela coletividade.

Para efetivar essa função garantista, o sistema constitucional brasileiro dispensou baixo nível de confiança aos aplicadores do Direito Penal no tocante à definição dos critérios de criminalização. E, como se viu, esse baixo nível de confiança precisa refletir-se no modo como são interpretadas as leis penais pelos agentes responsáveis por sua aplicação.

A legalidade penal não pode realizar seus propósitos (concretizar-se) sem uma interpretação judicial criteriosa. Como se viu, essa relação fundamental entre a interpretação e a efetividade do conteúdo normativo da legalidade penal já havia sido pressentida pelo pensamento penal da Ilustração.

Se a concretização da garantia penal da legalidade depende do modo como as leis penais são interpretadas e aplicadas, nada mais justo do que a determinação dos critérios normativos de interpretação das leis penais responder aos propósitos da legalidade penal, sob pena, inclusive, de ver-se frustrados os propósitos de todo edifício do Direito Penal.

Já se disse que a concretização da função liberal da garantia penal da legalidade – consistente na proteção da liberdade individual pela linguagem legal – depende especialmente de duas ordens de fatores condicionantes: (i) que as leis penais sejam bem elaboradas, isto é, que o legislador as elabore valendo-se de técnicas legislativas aptas a minimizar ao máximo as escolhas político-criminais do futuro aplicador; (ii) que o intérprete/aplicador da lei penal tenha limites bem definidos quanto ao tipo de liberdade decisória que possui ao interpretá-las e ao fundamentar a sua interpretação.

Essas duas *condições* de concretização da legalidade penal precisam refletir-se dogmaticamente. Se as construções dogmáticas precisam, de fato, ser funcionalizadas em relação aos valores político-criminais implementados constitucionalmente, é claro que a teoria jurídico-penal precisa dar conta das condições de realização da garantia constitucional da legalidade penal.⁹⁷⁸

⁹⁷⁸ A ideia de que os institutos jurídicos devem ser funcionalizados à luz de sua finalidade político-criminal representa a concepção teórica basilar do funcionalismo de Roxin. Em texto seminal de 1970, Roxin já anunciava que “cada categoria do delito – tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade – deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 29). Sobre o funcionalismo na teoria contemporânea do delito, conferir GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000. Para o autor, os adeptos do funcionalismo “estão de acordo – apesar das muitas diferenças quanto ao resto – em que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas

A primeira condição de concretização da legalidade penal – consistente nas exigências impostas ao afazer legislativo – é representada pela noção de *taxatividade* das leis penais. O mandado constitucional de determinação das leis penais incriminadoras encontrou acolhida dogmática na teoria do tipo penal. A teoria do tipo representa, como já se viu, uma importante ferramenta teórica de realização do fundamento garantista da legalidade penal.⁹⁷⁹

Por outro lado, a segunda condição de concretização da função político-criminal da garantia da legalidade não está mais na ordem do dia. O liame entre legalidade e interpretação, tão bem intuído pelo pensamento penal da Ilustração, parece ter se perdido com o tempo, apesar de ter deixado importantes resíduos no conteúdo da garantia penal da legalidade.⁹⁸⁰ A dogmática penal contemporânea parece passar por alto a tentativa de compreender normativamente a interpretação da lei penal a partir de sua relação funcional com a garantia da legalidade penal.

A dogmática penal não pode se restringir à elaboração de uma *teoria* da interpretação, entendida no sentido guastiniano de um discurso sobre o *ser* da interpretação.⁹⁸¹ Por mais relevante que seja este tipo de discurso, trata-se de uma

lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do direito penal” (Ibid., p. 321). Em relação especificamente ao funcionalismo roxianiano, Greco esclarece que “o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível” (Ibid., p. 326). Essa funcionalização da dogmática penal é, em termos muito gerais, compatível com o positivismo jurídico normativo que é sustentado neste trabalho.

⁹⁷⁹ A questão que parece ser relevante é uma readequação da compreensão da ordem de determinação às suas possibilidades de realização fática, sem abrir mão de seu importante conteúdo normativo. A ordem constitucional de taxatividade não deve ser compreendida como a exigência de uma lei penal perfeita, livre de todo e qualquer tipo de vagueza (o que é faticamente impossível), mas como a exigência de uma lei penal que atenda à melhor técnica legislativa disponível para minimizar ao máximo a transferência de decisões sobre criminalização e política criminal inevitavelmente feita pelo legislador ao seu aplicador. Daí a relevância das pesquisas sobre que relacionam taxatividade e técnica legislativa, entre as quais destaca-se a pesquisa de NAVARRO FRÍAS, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. 30, p. 219-267, 2010; NAVARRO FRÍAS, Irene. **Mandato de determinación y tipicidad penal**. Granada: Comares, 2010.

⁹⁸⁰ Refiro-me aqui, especialmente, à proibição de analogia prejudicial, inerente ao conteúdo da legalidade penal e que não encontra paralelo no princípio geral da legalidade. Nesse sentido, “um dos métodos hermenêuticos que logrou ser reconhecidamente proibido com base nesse princípio [da legalidade] foi o da analogia, quando empregada para estender o alcance da norma penal incriminadora a casos semelhantes, porém, não compreendidos no sentido literal do preceito” (HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 51-70. maio 2019).

⁹⁸¹ Utilizo aqui a oposição “doutrina da interpretação” e “teoria da interpretação” no sentido utilizado pela Escola de Gênova, especialmente por Guastini. Portanto, a expressão “teoria da interpretação” será utilizada para designar aquele tipo de abordagem que se preocupa com o *ser* da interpretação, isto é, com o modo como a interpretação de fato ocorre na prática jurídica; por seu turno, a expressão “doutrina da interpretação” refere-se ao *dever ser* da interpretação, isto é, ao conjunto de critérios e padrões que devem nortear a atividade do intérprete (GUASTINI, Riccardo. **Teoría analítica del derecho**: estudios. Tradução

abordagem insuficiente quando confrontada com o projeto de realização dos anseios garantistas da legalidade penal. Faz-se necessário, assim, avançar um discurso normativo (uma doutrina) sobre os limites da interpretação/aplicação da lei penal.

Para tanto, é preciso conceber a interpretação das leis penais como uma atividade juridicamente orientada à realização dos fins próprios do Estado Democrático de Direito. Se os conceitos jurídicos devem ser funcionalizados à luz dos valores político-criminais constitucionalmente encampados pelo sistema, também o valor primacial da garantia da legalidade penal deve refletir-se na elaboração dogmática de um *modelo jurídico* de interpretação da lei penal.⁹⁸² Assim como a teoria do tipo penal tem na realização da garantia do *nullum crimen sine lege* uma de suas principais funções, também a interpretação da lei penal precisa estar dogmaticamente orientada à concretização desta garantia.

Tal pretensão de colonização da interpretação jurídico-penal pela dogmática pressupõe o fato de que a interpretação das leis penais é uma atividade humana inerente à prática jurídica e, como tal, pode ser juridicamente disciplinada. Na verdade, embora não se noticie muito, a interpretação do Direito Penal já é totalmente perpassada por princípios que atendem às funções normativas do sistema jurídico.

Alguns componentes do conteúdo normativo da garantia penal da legalidade já regulam diretamente a interpretação/aplicação da lei penal. Assim, por exemplo, a noção de reserva legal, regula a aplicação/interpretação da lei penal ao impedir que o juiz se valha de critérios extralegais para a identificação do fato delituoso. Do mesmo modo, a já mencionada proibição de analogia é reconhecida pela tradição jurídico-penal como um relevante componente de regulação normativa da aplicação/interpretação da lei penal. Por

de César E. Moreno More. Lima: Zela Grupo Editorial, 2017. p. 37-39). Segundo o autor, “por ‘teoría de la interpretación’ entiendo un discurso *analítico y descriptivo* sobre lo que la interpretación efectivamente es”, enquanto “por ‘ideología (o doctrina) de la interpretación’ entiendo un *discurso valorativo y/o prescriptivo* sobre la interpretación” (Ibid., p. 37-38).

⁹⁸² É importante mencionar que Figueiredo Dias já mencionou a necessidade de funcionalização da interpretação da lei penal, mas, diversamente do que aqui se propõe, ele não identificou a garantia da legalidade (Estado de Direito) como parâmetro funcional da interpretação. Ele fala em funcionalização em um momento posterior no seu modelo de dois níveis: ultrapassado o momento inicial de mera subsunção formal (do tipo de garantia que resulta da legalidade), é que toda construção e aplicação não estão submetidas àquelas exigências, devendo integrar-se inteiramente nas duas ideias fundamentais do arcabouço metodológico sugerido por ele: i) interpretação **teleologicamente** comandada (determinada à luz do fim almejado pela norma); ii) interpretação **funcionalmente** justificada (adequada à função que o conceito ou a regulamentação assume no sistema) (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 189-190. Destaques em negrito no original). Em suma, trata-se, assim, de uma funcionalização dependente do objeto da norma interpretada e não uma vinculação funcional geral aos propósitos da legalidade.

fim, a necessidade de uma interpretação restritiva é, também, às vezes, proclamada como juridicamente necessária no âmbito do Direito Penal.⁹⁸³

Além disso, a dogmática penal sempre buscou critérios interpretativos destinados a adequar a interpretação das leis penais às suas bases normativas superiores. Assim, por exemplo, Welzel idealizou o princípio da adequação social como um critério interpretativo destinado a afastar a incidência textual do tipo penal daqueles comportamentos socialmente aceitos; e Roxin configurou o princípio da insignificância de modo que o princípio da lesividade possa se refletir na interpretação e aplicação dos tipos penais (afastamento da incidência do tipo determinados comportamentos por ausência de lesividade).⁹⁸⁴

O que aqui se sustenta é que os esforços dogmáticos no sentido de funcionalizar a interpretação jurídico-penal à realização dos fins de garantia da legalidade penal devem ser ampliados e sistematizados em torno de uma doutrina normativa da interpretação/aplicação das leis penais. Trata-se de assegurar que a interpretação das leis penais incriminadoras receba um tratamento teórico capaz de singularizá-la dentro do grande gênero “interpretação jurídica”, a fim de que ela possa responder adequadamente às especificidades normativas desse ramo do direito.⁹⁸⁵

Mas anote-se, desde logo, que dizer que a interpretação jurídico-penal é juridicamente regulada não quer dizer, em absoluto, que o direito deve apropriar-se da experiência da interpretação – como se isso fosse possível – para fazer dela o que ela não é. Significa apenas que a interpretação de um texto jurídico autoritativo é uma experiência humana passível de regulação jurídica, e que, portanto, sob esse aspecto, em nada difere substancialmente das outras esferas da experiência humana juridicamente normatizadas.

⁹⁸³ Roxin, após argumentar sobre os riscos de expansão da criminalidade fomentados por uma interpretação teleologicamente orientada, pondera: “sob o ângulo do princípio *nullum-crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva, que realiza a função de Magna Carta e a ‘natureza fragmentária’ do direito penal, que mantenha íntegra somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 46-47).

⁹⁸⁴ Quanto ao papel interpretativo destes dois últimos princípios, Ibid., p. 47-48.

⁹⁸⁵ Trata-se de algo similar à proposta de Streck, de compreender as distinções da interpretação jurídica para a interpretação em geral, com a pretensão de uma diferenciação ainda mais pontual: a interpretação de um determinado grupo de leis penais em relação à interpretação do direito em geral. Nesse sentido, Streck esclarece que a chamada Crítica Hermenêutica do Direito, como teoria jurídica, “pensa a interpretação dentro das especificidades do Direito. Dito de outro modo, apesar das diversas interseções e interfaces do direito com as artes, sobretudo com a literatura, o jurídico não se confunde com elas. Enquanto que, numa obra literária ou numa poesia, as possibilidades interpretativas são mais abertas, e já são escritos muitas vezes com este intento, o texto jurídico procura transitar num espaço mais limitado” (STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. p. 183).

Logo, respeitados os aspectos e os limites essenciais que compõem aquilo que a interpretação é – limites tão bem desvelados pela hermenêutica filosófica e pela filosófica analítica –, é igualmente possível dizer o que ela *não pode ser* nos termos da garantia penal da legalidade. Em síntese, dizer que a interpretação da lei penal está funcionalizada em relação à garantia penal da legalidade significa vislumbrar nesta última um critério fundamental para a resolução das já mencionadas *divergências metainterpretativas*.

7.2 Dois sistemas hermenêuticos: a delimitação do objeto de uma doutrina garantista da interpretação da lei penal

Até aqui se tem falado da aplicação e da interpretação da lei penal sem maiores distinções. Mas a doutrina hermenêutica que aqui se tem em mente não abrange todos os textos autoritativos que compõem um sistema jurídico-penal.

Quando da análise da legalidade penal no capítulo anterior, observou-se que o âmbito de incidência dessa garantia não abrange toda e qualquer situação jurídico-penal. Seu campo de incidência é restrito às hipóteses em que há habilitação ou ampliação do poder punitivo estatal.

Não se pode perder de vista que a legalidade penal foi projetada como uma garantia destinada a proteger o indivíduo *do* sistema penal e é com base nesse propósito fundante que o seu âmbito de aplicação deve ser determinado. Em se tratando de garantia da liberdade individual contra o poder punitivo estatal, ela só incide quando a liberdade é ameaçada por esse poder e não na hipótese contrária.

Como explica Figueiredo Dias, o rigor especificamente penal da garantia da legalidade incide somente sobre a elaboração legislativa e a aplicação jurisdicional de normas que fundamentam ou agravam a responsabilidade penal e não sobre normas que excluem ou atenuam esta responsabilidade, pois, neste último caso, a liberdade individual não se encontra ameaçada.⁹⁸⁶ Nas palavras do autor:

O princípio da legalidade não cobre, segundo a sua função e o seu sentido, toda matéria penal, mas apenas a que se traduz em **fundamentar** ou **agrar** a responsabilidade do agente. Sob pena, de outra forma – isto é, se abrangesse também a matéria da *exclusão* ou da *atenuação* da responsabilidade –, de o princípio passar a funcionar *contra* a sua teleologia e a sua própria razão de

⁹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 183.

ser: a protecção dos direitos, liberdades e garantias do cidadão face à possibilidade de arbítrio e de excesso do poder estatal.⁹⁸⁷

Por essa razão, todo o conteúdo normativo da garantia penal da legalidade (reserva legal, taxatividade, irretroatividade e proibição de analogia) está orientado para a contenção do poder de punir do Estado, nada tendo a dizer nos casos de exclusão ou redução desse poder. Em outros termos, para descriminalizar ou reduzir a responsabilidade penal não há a exigência de lei formal ou taxativa, não se proíbe a retroatividade nem o recurso a analogia.⁹⁸⁸

Isso não significa que as hipóteses nas quais ocorre exclusão ou redução do poder punitivo estão liberadas da legalidade: embora liberadas do rigor da legalidade penal (art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição Federal), elas se sujeitam, como todo o restante do direito, à legalidade prevista no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.⁹⁸⁹

Essa distinção – constitucionalmente respaldada – do âmbito de incidência da garantia penal da legalidade e do princípio (geral) da legalidade deve ser apreendida pela doutrina normativa da interpretação e da aplicação da lei penal aqui ensaiada.

Já se viu que essa doutrina responde, direta e especificamente, à garantia penal da legalidade. Se essa garantia não abrange todo material autoritativo do sistema jurídico-penal, a doutrina da interpretação por ela orientada também não abrangerá. Isso nos autoriza a pensar em um duplo regime de aplicação do Direito Penal: (i) um modelo normativo destinado a aplicação dos textos penais não submetidos à garantia penal da legalidade (e, portanto, submetidos à regra geral do princípio da legalidade); e (ii) um modelo de aplicação dos textos penais que se acham sob o âmbito de incidência da garantia penal da legalidade. Para facilitar futuras referências, vou denominá-los *regime geral* e *regime específico* de aplicação/interpretação do Direito Penal.

O primeiro regime hermenêutico (geral) norteia a aplicação daquela parcela do Direito Penal que está regulada pela norma geral da legalidade, prevista art. 5º, inciso II,

⁹⁸⁷ Ibid., p. 183. Destaques em negrito no original.

⁹⁸⁸ Pode-se dizer, em geral, com Figueiredo Dias que “em rigor, o conteúdo de sentido do princípio da legalidade, ainda aqui, só deveria cobrir a actividade de criminalização ou de agravação, não a de descriminalização ou de atenuação” (Ibid., p. 184). Admitindo, por exemplo, o uso dos costumes como fator de redução da criminalização: ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 161; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 65; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 143.

⁹⁸⁹ Nos termos do referido dispositivo constitucional, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

da Constituição. Seu objeto é aquela parte do Direito Penal não relacionada com o avanço (habilitação ou incremento) do poder punitivo e que, por essa razão, sujeita-se a um regime de aplicação menos exigente, que não se distingue, na essência, do modo de aplicação e interpretação dos demais ramos do direito.

Por outro lado, aquela parcela do Direito Penal que habilita ou amplia o poder de punir do Estado encontra-se normatizada pela garantia da legalidade penal (art. 5º, XXXIX e XL, CF) e, por essa razão, possui um regime de aplicação próprio, diferenciado e mais rígido. Já se viu que a legalidade penal impõe limites mais severos à atividade interpretativa e aplicativa do juiz. Em virtude do conteúdo normativo da garantia penal da legalidade, o juiz penal possui certamente menos liberdade decisória interpretativa do que, por exemplo, o juiz cível.

É apenas sobre esse regime específico, amparado na garantia da legalidade penal, que vai se tratar na sequência. Mas percebe-se, desde já, que ele não terá por objeto apenas as chamadas normas penais incriminadoras. A interpretação de textos legais explicativos, cuja ampliação de sentido representa um incremento do poder punitivo estatal, também está submetida a esse regime hermenêutico específico.⁹⁹⁰

De agora em diante, a atenção deste trabalho se voltará para o *regime hermenêutico específico* ora delimitado, já que o regime geral de aplicação do Direito Penal não possui – ao menos como regra – peculiaridades mais marcantes do que aquelas existentes para a interpretação jurídica em geral.

⁹⁹⁰ Dois exemplos podem ser mencionados. O art. 327 do Código Penal expõe o conceito de funcionário público, nos seguintes termos: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”. Esse conceito constitui elemento dos crimes funcionais no Direito Penal brasileiro, de modo que a ampliação do sentido textual do art. 327 representa uma ampliação da esfera dos ilícitos funcionais e, conseqüentemente, um incremento do poder punitivo estatal. Por essa razão, a interpretação do art. 327 está sujeita ao regime hermenêutico específico mencionado acima. O mesmo ocorre com a definição, no § 4º do art. 150 do Código Penal, do termo “casa”. Segundo o texto legal: “a expressão ‘casa’ compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade”. E o § 5º do art. 150 complementa negativamente o conceito, nos seguintes termos: “não se compreendem na expressão ‘casa’: I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”. Sendo o vocábulo “casa” um componente essencial (elementar) do crime de violação de domicílio, previsto no art. 150 do Código Penal, qualquer ampliação de seu sentido implica igualmente uma ampliação da hipótese delitiva.

7.3 Limites e possibilidades de uma doutrina garantista da interpretação e da aplicação jurídico-penal

Uma solução garantista para o problema metainterpretativo passa pela retomada do seu núcleo normativo como fundamento para uma doutrina da interpretação jurídico-penal funcionalmente destinada a orientar o modo como os juízes *devem* interpretar/aplicar o Direito Penal.

Uma doutrina como essa precisa respeitar os limites hermenêuticos da interpretação. Seria inútil, por exemplo, buscar uma abordagem metodológica destinada ao controle da compreensão interpretativa. Em termos hermenêuticos, a compreensão é um acontecimento marcado por pré-compreensões sobre as quais o controle metodológico racional pouco tem a oferecer.

Uma alternativa viável consiste em buscar critérios para o controle do processo linguístico posterior de justificação dos juízos interpretativos já formulados. Compreendida a interpretação como atividade de atribuição de sentido a um texto autoritativo, é claro que o resultado dessa atividade (os juízos interpretativos) também precisa ser fundamentado e que um debate sobre os limites de tal justificação terá lugar no interior de uma teoria discursiva da argumentação interpretativa.

7.3.1 *Hermenêutica e método*

Já se fez referência neste trabalho à tentativa histórica de controlar metodologicamente o processo interpretativo com vistas à obtenção do resultado interpretativo correto. O desenvolvimento da tradição hermenêutica, contudo, demonstrou a impossibilidade de realização desse empreendimento, porque isso equivaleria a tentar controlar a própria *compreensão*, enquanto acontecimento existencial.

O marco inicial de formação da hermenêutica filosófica contemporânea – se é que se pode falar em algo assim – encontra-se no projeto de elaboração de uma hermenêutica universal de Schleiermacher. Nesse projeto, o autor generaliza o campo temático da hermenêutica, que passa ser compreendida como uma arte geral da compreensão.⁹⁹¹ São abandonadas as hermenêuticas setoriais – hermenêutica bíblica, filológica, jurídica etc. –

⁹⁹¹ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

e passa-se a conceber a hermenêutica como um saber geral ou universal acerca da compreensão.⁹⁹²

Schleiermacher pensa a interpretação como uma mediação entre o que é *estranho* e o que é *familiar* em um determinado discurso, definindo-a, de forma muito abrangente, como “toda compreensão de discurso estranho”.⁹⁹³ Nas suas palavras:

em todo lugar onde houver qualquer coisa de estranho, na expressão do pensamento pelo discurso, para um ouvinte, há ali um problema que apenas pode se resolver com a ajuda de nossa teoria [se bem que, sem dúvida, sempre apenas na medida em que houver já algo de comum entre ele e aquele que fala].⁹⁹⁴

Mas o que importa observar neste momento é que as reflexões hermenêuticas de Schleiermacher ainda são impulsionadas na direção de uma abordagem metodológica. Ele acreditava que a compreensão de um texto só era possível a partir de um processo no qual o intérprete remonta o processo mental de elaboração de um discurso por seu autor. Trata-se um processo inverso em relação à elaboração do texto, porque, a partir da linguagem – que constitui o passo final do processo mental do autor do texto –, o intérprete irá refazer o caminho trilhado por ele do final até o início, isto é, irá reconstruir a experiência mental do autor do discurso.⁹⁹⁵

Com base nesse propósito, Schleiermacher chega à compreensão de uma dupla dimensão no afazer hermenêutico: (i) a dimensão gramatical, que consiste na compreensão do texto; e (ii) a dimensão psicológica, que envolve a compreensão da experiência mental do autor do texto. E, especialmente, em relação à parte gramatical, Schleiermacher desenvolve um aparato metodológico destinado evitar os mal-entendidos que marcam a compreensão.⁹⁹⁶

O projeto de elaboração de uma hermenêutica metodológica ainda seguirá com Dilthey. Embora parta de fundamentos totalmente distintos, ele também propõe uma

⁹⁹² Como explica Coelho, “durante todo o período clássico e medieval não se falava em teoria da interpretação em perspectiva geral, mas em interpretação da lei, de textos sagrados ou filológica. Não se propusera ainda um esforço sistematizador das ideias sobre a teoria da interpretação. Ao contrário, tais reflexões mantinham-se compartimentalizadas em disciplinas diversas que colecionavam suas máximas e cânones interpretativos particulares” (COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito: o romantismo**. São Paulo: Rideel, 2012. p. 65).

⁹⁹³ SCHLEIERCHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braida. 5. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006. p. 25-26.

⁹⁹⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁹⁹⁵ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

⁹⁹⁶ GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

hermenêutica técnica ou normativa voltada para desvelar o sentido objetivamente válido dos textos.⁹⁹⁷ Seu propósito hermenêutico era estabelecer uma teoria da compreensão capaz de servir de fundamento metodológico para as ciências humanas (ciências do espírito) e, assim, distingui-las metodologicamente das ciências naturais.

Dilthey acreditava que a vida interior do homem podia ser culturalmente objetificada através de sua expressão e que era possível ao intérprete, auxiliado pelas técnicas hermenêuticas, alcançar uma interpretação objetivamente válida dessas manifestações (objetificações) da vida interior.⁹⁹⁸ E após explicar que o grau de compreensão de um determinado objeto depende do maior ou menor interesse do intérprete, esclarece:

até a atenção mais concentrada só pode chegar a converter-se em um *proceso técnico* no qual se alcança um *grau controlável de objetividade*, quando a manifestação da vida foi fixada de modo que sempre possamos voltar novamente a ela. *Esse compreender técnico de manifestações da vida fixados de modo duradouro o denominamos exegese ou interpretação.*⁹⁹⁹

Na primeira metade do século passado, contudo, Heidegger promoveu a chamada virada ontológica da hermenêutica (ou virada hermenêutica da filosofia), pondo fim às pretensões metodológicas que sempre constituíram um tom marcante da tradição hermenêutica.

Em seu projeto filosófico, Heidegger retoma a questão do sentido do “ser”, que, segundo ele, havia sido esquecida pela tradição metafísica.¹⁰⁰⁰ Pretende, portanto,

⁹⁹⁷ Ibid., 1999.

⁹⁹⁸ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

⁹⁹⁹ DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenêutica**: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica. Tradução de Antonio Gómez Ramos. Epílogo de Hans-Ulrich Lessing. Madrid: Istmo, 2000. p. 31. Grifei. Tradução do autor. Na versão espanhola: Pero hasta la atención más tensa sólo puede llegar a convertirse en un proceso técnico en el cual se alcanza un grado controlable de objetividad, cuando la manifestación de la vida ha sido fijada, de modo que siempre podamos volver de nuevo a ella. A este comprender técnico de manifestaciones de la vida fijadas de modo duradero lo denominamos exégesis o interpretación. Uma tentativa mais recente de resgatar a tradição metodológica ou técnica da hermenêutica e levá-la para o âmbito da interpretação jurídica foi empreendida por Emilio Betti (BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Jannini. Revisão técnica de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007). O autor considerou que a guinada ontológica da hermenêutica provocada pelos estudos de Heidegger e de Gadamer era prejudicial à hermenêutica jurídica em virtude de seu relativismo e subjetivismo, o que o levou a sair em busca de novos fundamentos para a concepção clássica de uma hermenêutica normativa

¹⁰⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007. Consoante Morais da Rosa, “A concepção de *ser*, no decorrer da história, segundo Heidegger, foi banalizada e se tornou lugar comum, sendo manejada como um *a priori* indiscutível e ponto de partida incontestado da ciência, mesmo sendo vago e utilizado em qualquer enunciação ainda que sem o entender. Daí em diante a *epistemologia* se construiu [...] num paradoxo *mito-*

devolver esse problema originário à filosofia ocidental e, para tanto, reorienta a estratégia fenomenológica de Husserl¹⁰⁰¹ para que ela pudesse funcionar como um caminho rumo ao desvelamento do sentido do “ser”. A ideia da fenomenologia como “caminho” indica a necessidade de voltar-se *para as coisas elas mesmas*. De algum modo, as coisas haviam se perdido (se ocultado) na confusão das construções teóricas, em meio a um grande “entulho”. É preciso, pois, abrir-se à evidência das coisas, buscando um novo modo de deixar a coisa vir a si, sem cobri-la com o que já é conhecido. Trata-se, pois, de dar ao ente a possibilidade de “mostrar-se”.¹⁰⁰² É essa nova forma de abordar o “ser” do ente que Heidegger denomina “hermenêutica”.¹⁰⁰³

Para chegar a questão do sentido do “ser”, Heidegger utiliza o caminho da analítica existencial do *Dasein*. De fato, o *Dasein* ocupa uma posição central na filosofia de Heidegger (primazia ontológica), por ser ele o único ente que possui acesso ao “ser”: todo questionamento pelo sentido do “ser” deve, portanto, iniciar-se por uma interrogação do próprio *Dasein*.

Heidegger procura situar seu questionamento pelo sentido do “ser” em uma dimensão anterior à dimensão discursiva, naquele espaço em que o *Dasein*, como ser-no-mundo, compreende os entes que estão à mão (o chamado “*como hermenêutico*”). Nessa vivência prévia do ser-no-mundo, o ser humano experimenta um conjunto de *pré-compreensões* ou articulações significativas que se expressam na e possibilitam a linguagem. São, portanto, essas compreensões prévias do *Dasein* no mundo que possibilitam o discurso (o “*como apofântico*”): a dimensão hermenêutica é anterior à apofântica e constitui uma condição de possibilidade desta. Como sustentou Ernildo Stein:

Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas

logicamente rígido” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179).

¹⁰⁰¹ O princípio fenomenológico de Husserl foi assim definido por Paiva: “é preciso deixar de lado todas as teorias sobre a consciência, todas as opiniões preconcebidas, para observar com maior imparcialidade e imediatez o que acontece na consciência, na minha consciência, aqui e agora” (HUSSERL apud PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo M. Heidegger**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1998. p. 19).

¹⁰⁰² PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo M. Heidegger**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1998.

¹⁰⁰³ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o como e o *logos* hermenêutico.¹⁰⁰⁴

É nessa dimensão hermenêutica que a *compreensão* aparece como um existencial, isto é, como modo de ser-no-mundo. E, como ser-no-mundo, não é possível ao *Dasein* atingir uma compreensão nos moldes pretendidos pela filosofia da consciência, na qual o “eu” atomístico apreende, de forma neutra, objetiva e imparcial, uma verdade acerca do ente. A epistemologia é substituída pela ontologia. Na condição de *ser-jogado* (ou *ser-lançado*), o *Dasein* situa-se sempre em um determinado horizonte, estando inevitavelmente marcado por pré-compreensões.¹⁰⁰⁵

Seguindo a trilha aberta por Heidegger, Gadamer transforma o problema hermenêutico em um problema essencialmente filosófico. Em “Verdade e Método”, Gadamer lança as bases fundamentais para o seu projeto de uma *hermenêutica filosófica*.¹⁰⁰⁶

Essa relação de continuidade entre os projetos de Heidegger e Gadamer é destacada por Ernildo Stein, para quem a hermenêutica filosófica de Gadamer “revela em toda sua extensão o que significa para a filosofia e para as ciências humanas a obra *Ser e tempo* e a filosofia de Heidegger como um todo”.¹⁰⁰⁷ A partir de Heidegger, a hermenêutica abandona sua pretensão de objetividade científica e deixa de ser concebida como um saber destinado a orientar metodologicamente a interpretação. A finalidade da hermenêutica passa a ser desvelar as condições humanas existenciais que possibilitam a compreensão, isto é, explicitar “as condições sob as quais surge a compreensão”.¹⁰⁰⁸

Gadamer se propõe a analisar a compreensão, enquanto modo de ser do *Dasein*, como um acontecimento cercado por condições de possibilidade. Nele, como também em Heidegger, a compreensão não é algo que se atinge por intermédio de um método, nem uma forma de aquisição de conhecimento: a compreensão, como um existencial do *Dasein*, faz com que a hermenêutica assuma caráter ontológico.

¹⁰⁰⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 21.

¹⁰⁰⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça**. Belo Horizonte: Arraes, 2011. Em termos de interpretação textual, essa abordagem evidencia que toda interpretação é sempre histórica e hermenêuticamente situada e nela a experiência do intérprete enquanto *ser-no-mundo* é sempre condição de possibilidade da compreensão do texto.

¹⁰⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

¹⁰⁰⁷ STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes 2008. p. 19.

¹⁰⁰⁸ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar., 2008. p. 267.

O filósofo demonstra que, para além da vontade ou do desejo humano, toda compreensão é marcada por pré-compreensões, as quais não apenas a delimitam, mas, sobretudo, aparecem como condição de possibilidade de toda e qualquer compreensão. O intérprete somente compreende porque se encontra situado em um determinado horizonte. Segundo Gadamer, “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos”.¹⁰⁰⁹

Dessa forma, é no diálogo hermenêutico, na fusão de horizontes, que os pré-conceitos do intérprete são revisados (reformulados), no momento em que ele é surpreendido pelo horizonte em que se situa o texto interpretado. O horizonte do intérprete se funde com o horizonte do texto, de modo que o texto é atualizado pelo intérprete e o intérprete é atingido (modificado) pelo texto. Disso se extrai algo novo, que não é apenas o texto, mas também não são apenas os pré-conceitos do intérprete.¹⁰¹⁰

Essa revelação do caráter circular da compreensão evidencia que toda interpretação é sempre hermenêuticamente situada.¹⁰¹¹ O desenvolvimento da hermenêutica filosófica colocou em questão, a um só tempo, a noção de objetividade da interpretação e de neutralidade do intérprete. O intérprete só consegue acessar o texto por intermédio de suas pré-compreensões. Esse acesso traz sempre à tona um elemento ativo ou criativo, uma vez que as pré-compreensões do intérprete, sejam elas autênticas ou inautênticas, participam mais ou menos ativamente na produção do significado do texto interpretado, uma vez que elas são condições de possibilidade da própria compreensão do

¹⁰⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 631.

¹⁰¹⁰ RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar., 2008. No âmbito jurídico, isto indica que “a norma em si não possui um sentido latente, oculto, a ser descoberto, mas depende fundamentalmente do interrogante concreto formulado, e, bem assim, da *intersubjetividade* estabelecida e da *singularidade* do sujeito interpretante” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195).

¹⁰¹¹ Moraes da Rosa esclarece que “a ideia de *circularidade* ganha relevo, uma vez que o *homem* e o *ser* precisam se *compreender* reciprocamente, não havendo um isolado do outro, avistando-se a partir de uma *ontologia fundamental*” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185). E continua o autor: “a circularidade aparece mais acentuada quando o círculo hermenêutico é apresentado como não possuindo uma distinção entre sujeito e objeto. Quanto, portanto, no discurso das ciências humanas, já sempre está implicado o sujeito no objeto que ele afirma ou examina, de tal modo que a relação sujeito/objeto nunca se dá com uma distinção clara como a do campo empírico-matemático. Há, aí, uma circularidade entre fundante e fundado que não invalida o resultado das afirmações que se fazem por esse caminho. A ideia de círculo hermenêutico, portanto, não é apenas uma questão filosófica, hermenêutica, mas é também uma questão de caráter científico, na medida em que ingressa no campo da própria argumentação científica” (Ibid, p. 185).

texto. A interpretação aparece, pois, como uma articulação linguística do acontecimento que constitui a compreensão. Como explica Streck:

ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o ‘como apofântico’). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.¹⁰¹²

De qualquer forma – e é isso que se pretendeu destacar neste tópico –, a compreensão não é algo atingível ou controlável por intermédio de métodos: é um existencial, um modo de ser do *Dasein*, o modo pelo qual o ser humano se relaciona significativamente com o mundo. Isso não é compatível com uma concepção cientificista de método, segundo a qual o método controla a produção do resultado interpretativo e lhe assegura objetividade.¹⁰¹³ A compreensão, enquanto acontecimento, ocorre sempre antes de qualquer aporte metodológico: “o método sempre chega tarde”, já que, segundo ele, “quando eu digo que interpreto de determinado modo, baseado em um dado ‘cânone hermenêutico’, o *Dasein* já se pronunciou de há muito, porque é condição de possibilidade”.¹⁰¹⁴

Nesses termos, qualquer tentativa de planificar prévia e metodologicamente o afazer interpretativo, ou melhor, qualquer tentativa de impedir a atuação do juiz *bricoleur*, em sua lida existencial com a diversidade de significantes desvelados no ao processo, estará irremediavelmente sujeita ao fracasso.¹⁰¹⁵

¹⁰¹² STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. p. 182-183.

¹⁰¹³ Morais da Rosa explica que, para Gadamer, “a ciência vinculou-se à utilização privilegiada de um método capaz de dar conta do controle da natureza, dominado pela mente humana” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P. 192).

¹⁰¹⁴ STRECK, Luiz Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004. p. 128.

¹⁰¹⁵ Morais da Rosa toma a noção de “bricolagem” de Lévi-Strauss para explicar a construção da decisão judicial no processo penal. Segundo o autor, “atualmente a atividade do *bricoleur* é o daquele que executa um trabalho sem que existe um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando, integrando com o material disponível. Comparada a atividade do *engenheiro* com a do *bricoleur*, o primeiro possui um plano a ser cumprido, enquanto o *bricoleur* cola os fragmentos que aparecem [...]” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 364). E continua o autor: “no caminhar da construção, qualquer material pode ser importante, pois sua lógica é ‘isso sempre pode servir’, diversamente do

7.3.2 *Interpretação e discurso*

A hermenêutica filosófica, contudo, não aboliu os cânones hermenêuticos. Apenas explicitou que eles não são válidos quando concebidos em termos metodológicos, como ferramentas destinadas a controlar o acontecer da compreensão. Sua utilidade, no entanto, permanece quando eles são concebidos como argumentos destinados a explicitar as razões pelas quais o texto legal foi interpretado num ou noutro sentido.

É possível, então, revisitarmos o sentido dos cânones hermenêuticos, nos termos de uma teoria discursiva do direito, para assumi-los como formas de *argumentos interpretativos*. Para tanto, será necessário distinguir as noções de *juízo interpretativo* e *justificação interpretativa*.¹⁰¹⁶

Como ensina Guastini, o termo “interpretação” é utilizado no discurso jurídico com diferentes sentidos que precisam ser apartados pelo teórico. Em uma das hipóteses de ambiguidade destacada pelo autor, a palavra “interpretação” refere-se tanto a uma atividade ou processo mental (“atividade interpretativa”), quanto ao resultado dessa atividade ou processo, isto é, a uma certa compreensão do texto ou discurso que resulta da experiência interpretativa (“resultado da interpretação”).¹⁰¹⁷

O *juízo interpretativo* corresponde ao resultado da interpretação. Trata-se de um juízo que o intérprete formula a respeito do conteúdo e do sentido de um texto, ou seja, o modo como ele o compreende. A *justificação interpretativa*, por seu turno, é uma atividade intelectual posterior destinada a explicitar as razões do juízo interpretativo já formulado. Consiste, no dizer de Diciotti, nas razões aduzidas pelo intérprete para sustentar os seus juízos interpretativos.¹⁰¹⁸ Essas razões consistem em *argumentos interpretativos*.

engenheiro que está encerrado nos limites do seu projeto, ou seja, não descarta os *significantes* que não se conformam com sua prévia ideia” (Ibid, p. 364).

¹⁰¹⁶ DICIOTTI, Enrico. Le giustificazioni interpretative nella pratica dell’interpretazione giuridica. **Etica & Política**, 2006, 1. Disponível em: <http://www2.units.it/etica/2006_1/DICIOTTI.pdf>. Acesso em 17 mar. 2018.

¹⁰¹⁷ GUASTINI, Riccardo. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Traducción y presentación de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 73-74; GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 31-32.

¹⁰¹⁸ DICIOTTI, Enrico. Le giustificazioni interpretative nella pratica dell’interpretazione giuridica. **Etica & Política**, 2006. Disponível em: <http://www2.units.it/etica/2006_1/DICIOTTI.pdf>. Acesso em 17 mar. 2018. Em outro lugar: “è oportuno distinguere tra l’attività interpretativa quale insieme di operazioni mentali il cui risultato è una certa attribuzione di significato ad un testo di legge e l’argomentazione interpretativa, cioè della tesi che un determinato significato deve essere attribuito ad un testo di legge”

Essas distinções são fundamentais, pois, enquanto a formação do juízo interpretativo é metodologicamente incontrolável, no sentido exposto pela hermenêutica filosófica, a sua justificação ocorre em um contexto discursivo que é passível de regulação inclusive jurídica. O juízo interpretativo precisará ser justificado e essa justificação se dará em um ambiente discursivo normativamente regulado. É dizer, da impossibilidade de se regular a compreensão (a formação do juízo interpretativo) não se segue que qualquer compreensão do intérprete poderá ser justificada de modo juridicamente admissível. E não sendo admissível a justificação de determinada compreensão, ela precisará ser abandonada pelo intérprete (ao menos juridicamente). Em outras palavras, diante da impossibilidade de controlar metodologicamente o resultado da interpretação, o foco é deslocado para a *justificação* de juízos interpretativos.

Os aplicadores do Direito Penal devem justificar o modo como interpretam os textos jurídicos autoritativos. Essa exigência resulta, não apenas das razões discursivas gerais, como também do dever constitucional de fundamentação de suas decisões. Pode-se afirmar, assim, que a ausência de justificação adequada do resultado interpretativo equivale a ausência de fundamentação da decisão judicial, o que vulnera tanto a Constituição da República (art. 93, inciso IX), quanto o Código de Processo Penal (art. 315).

Aliás, a necessidade de justificação da interpretação pode ser, inclusive, provocada pelas partes no curso do processo. Como observa Diciotti, a justificação interpretativa é geralmente requerida nas *questões interpretativas controversas*.¹⁰¹⁹ E o caráter controvertido de determinada orientação interpretativa pode ser tanto percebido de ofício pelo magistrado, como também ser suscitado pelo debate entre as partes. O fato é que, considerando a especial gravidade da intervenção penal na vida das pessoas, torna-se especialmente relevante a justificação não só do juízo fático formulado pela acusação com base na prova produzida em contraditório, mas também do juízo interpretativo do texto legal formulado pelo juiz.

A relevância dos cânones hermenêuticos para uma teoria da aplicação/interpretação do Direito Penal aparece, pois, no processo de justificação de

(DICIOTTI, Enrico. **Interpretazione della legge e discorso razionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 219).

¹⁰¹⁹ DICIOTTI, Enrico. Le giustificazioni interpretative nella pratica dell'interpretazione giuridica. **Etica & Politica**, 2006. Disponível em: <http://www2.units.it/etica/2006_1/DICIOTTI.pdf>. Acesso em 17 mar. 2018. p. 3.

juízos interpretativos. Cânones são *argumentos* amplamente utilizados para justificar resultados interpretativos.

Com isso se chega, igualmente, a uma compreensão discursiva da interpretação/aplicação do Direito Penal. A importância de uma teoria discursiva do direito já foi, inclusive, reconhecida por Luigi Ferrajoli. Após afirmar que “os espaços de discricionariedade da jurisdição [...] são inegáveis”, o autor sustentou que não “teria sentido subestimar a importância de uma teoria da argumentação como aquela desenvolvida, exemplarmente, por Robert Alexy e por Manuel Atienza”.¹⁰²⁰ E, referindo-se aos espaços de discricionariedade judicial, o autor arremata:

Estes espaços podem ser fortemente reduzidos, mas não suprimidos pelo conjunto das garantias penais e processuais: daqui, a importância de uma adequada teoria da argumentação em condição de orientar, racionalmente, a motivação das decisões tomadas no exercício dos três poderes a eles correspondentes.¹⁰²¹

Esta tese pretende, pois, sugerir algumas linhas condutoras de uma teoria discursiva da justificação interpretativa no âmbito penal. Um dos modelos que podem ser utilizados é a teoria discursiva de Alexy, já mencionada no capítulo quatro, que trata fundamentação de proposições normativas (juízos de valor e de dever). Em face de uma proposição normativa controvertida, os participantes do discurso irão (poderão) apresentar razões favoráveis e contrárias à proposição.¹⁰²² É preciso que exista, assim, orientações normativas sobre como essa prática discursiva poderá ser desenvolvida.

A teoria do discurso é, nesse sentido, uma teoria procedimental porque estabelece regras e critérios para a atividade discursiva, a fim de distinguir, independentemente do conteúdo específico dos argumentos, “as boas razões das más, ou seja, os argumentos

¹⁰²⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

¹⁰²¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47. Os três poderes a que o autor se refere são aqueles relativos à fenomenologia do poder dos juízes: poder de verificação fática, poder de interpretação e poder de equidade. O poder de disposição, um poder anômalo, pode ser controlado pelas garantias penais e processuais.

¹⁰²² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução de Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 177-178. Conforme Alexy, “os discursos são um conjunto de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou correção das proposições” (Ibid., p. 179).

válidos dos inválidos”.¹⁰²³ Trata-se, também, de uma teoria normativa que estabelecer “normas para a fundamentação de normas”.¹⁰²⁴ Ela não pretende estabelecer, antes do discurso, qual proposição normativa deverá prevalecer, mas apenas regula o desenvolvimento discursivo a fim de que os próprios participantes do discurso consigam decidir sobre a proposição normativa com base nos argumentos validamente apresentados.

No caso específico da argumentação jurídica, além das regras gerais do discurso prático, exige-se a “vinculação ao direito vigente”.¹⁰²⁵ Trata-se, portanto, de um tipo de discurso mais limitado do que o discurso prático geral. A pretensão de correção levantada pelos argumentos jurídicos não pode ser puramente moral, repousando, igualmente, na aderência do argumento ao material autoritativo do sistema.

Um dos problemas que destacamos quando da análise da tese do caso especial em capítulo anterior, é como assegurar que os argumentos (jurídicos) permanecem vinculados ao material autoritativo do sistema. Essa questão precisa ser recuperada, mas não antes de alguns esclarecimentos iniciais sobre a “transposição” teórica que se pretende fazer nesta tese.

É que a teoria discursiva de Alexy tem por objeto a fundamentação de proposições normativas de valor ou de dever. Trata-se de uma teoria procedimental que estabelece regras e formas para a prática discursiva de justificação de enunciados do tipo “isso é uma coisa boa”, “nunca devemos mentir” etc.

A teoria sugerida aqui, por outro lado, versa sobre a fundamentação de juízos interpretativos textuais. Considerando que o intérprete atribui um determinado sentido ao texto interpretado e que existem outros sentidos igualmente atribuíveis a esse mesmo texto, coloca-se a questão de saber por qual razão um determinado sentido é preferível a outro. O discurso interpretativo, portanto, envolve a apresentação de razões (argumentos) favoráveis ou contrários a juízos interpretativos formulados. E uma teoria normativa do discurso interpretativo precisa dar conta do tipo de justificação que é admitido como razão para um enunciado interpretativo.

Um discurso interpretativo desse tipo pode ter lugar em um clube do livro no qual se discute o sentido de “Crime e Castigo” de Dostoiévski. Mas ele também ocorre nos estudos jurídico-dogmáticos e na aplicação do Direito Penal. No primeiro caso, os limites

¹⁰²³ Ibid., p. 178.

¹⁰²⁴ Ibid., p. 180.

¹⁰²⁵ Ibid., p. 210.

normativos para a interpretação serão mais frouxos, já que provavelmente é um componente da obra da arte a ideia de expansão (e não da limitação) dos horizontes interpretativos. A interpretação do direito, contudo, responde a outras exigências normativas: ela está vinculada ao material autoritativo do sistema jurídico de um modo que o intérprete de um romance certamente não está.

Como, então, assegurar que os argumentos interpretativos apresentados em apoio de um determinado juízo interpretativo guardam relação com o material autoritativo ao qual se acham vinculados os participantes do sistema?

A ideia fundamental é que, a fim de assegurar que os argumentos interpretativos apresentados pelos participantes do discurso mantenham *coerência* com o material jurídico autoritativo, as regras discursivas que controlam a justificação da interpretação da lei penal devem ser orientadas pelos propósitos da garantia penal da legalidade. Em outras palavras, trata-se de vincular a *pretensão de correção* levantada pelos argumentos interpretativos aos *propósitos* da garantia penal da legalidade.

Isso irá exigir uma teoria da argumentação jurídica com regras discursivas mais fortes do que aquelas da teoria de Alexy, uma vez que destinadas a atender as especificidades da aplicação do Direito Penal. Uma teoria do discurso interpretativo no âmbito penal precisa responder, pelas razões já mencionadas, aos propósitos da garantia penal legalidade. É dizer, o espaço em que ocorre a apresentação de argumentos interpretativos é um espaço juridicamente normatizado, no qual o tipo de justificação apresentada deve guardar coerência com os propósitos morais do sistema penal, nos termos encampados pelo material autoritativo desse sistema.

Desse modo, a tradução dos propósitos da garantia penal da legalidade em uma normatização da argumentação jurídica irá desaguar na formulação de *garantias interpretativas* e *regras* da argumentação interpretativa do direito que constituirão componentes fundamentais para uma resposta ao problema metainterpretativa. A hipótese norteadora desta tese é que dos propósitos do princípio penal da legalidade decorrem determinadas proibições ou restrições ao magistrado no tocante ao tipo de argumentação de que este pode se valer para justificar um determinado juízo interpretativo concebido com base no texto legal.

Por se tratar de uma teoria procedimental, como com as teorias discursivas em geral, uma teoria da argumentação interpretativa não conseguirá assegurar a obtenção de uma única resposta correta ao final do processo: as regras discursivas não garantem – e nem poderiam garantir – o consenso. Tudo o que ela pode e pretende fazer é estabelecer

critérios para que se possa afirmar que determinados argumentos interpretativos são ou não admissíveis nos termos das regras do discurso. É uma teoria destinada a fornecer critérios indicativos de quais resultados interpretativos (uma experiência compreensiva não controlável metodologicamente) são passíveis de uma justificação argumentativa sensível aos propósitos morais do sistema jurídico-penal.

Dizer que a pretensão de correção do argumento interpretativo está vinculada aos propósitos da garantia penal da legalidade significa que o argumento será considerado correto e juridicamente admissível quando mostrar-se coerente a esses propósitos. Existem argumentos interpretativos que se coadunam com os propósitos liberais da legalidade e outros que não. Com base nisso, pode-se afirmar que há argumentos interpretativos juridicamente possíveis e juridicamente impossíveis na justificação da interpretação jurídico-penal.

Uma teoria do discurso interpretativo no âmbito penal consegue, em atenção aos propósitos garantistas do sistema, excluir, *ab initio*, determinadas possibilidades argumentativas do âmbito da interpretação juridicamente possível das leis penais. Com isso, a solução interpretativa (juízo interpretativo) apresentada não poderá se sustentar juridicamente por ausência de fundamentação. Em outros termos, os componentes metainterpretativos que decorrem dos propósitos da garantia da legalidade penal fornecem padrões normativos para avaliação da adequação/correção jurídica dos argumentos de justificação interpretativa no regime específico de aplicação do Direito Penal.

7.4 Garantias interpretativas e o discurso de justificação da aplicação/interpretação do Direito Penal

Diversamente da tese kelseniana de que o direito positivo não oferece resposta ao problema metainterpretativo, a análise do conteúdo normativo da legalidade e o modo como essa norma constitucional distribui as funções estatais permite-nos afirmar que, ao menos no âmbito penal, há importantes orientações metainterpretativas extraídas de fontes do direito.

Não se pode, assim, afirmar que o direito positivo está inteiramente alheio ao problema de sua própria interpretação. Em um sistema jurídico multinível (escalonado), a norma constitucional da legalidade penal estabelece critérios relevantes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

A garantia da legalidade penal faz duas exigências fundamentais nessa temática: (i) a primeira diz respeito ao lugar que o *texto* (em que se consubstancia o material jurídico autoritativo) deve ocupar no raciocínio jurídico-penal; e (ii) a segunda, ao papel que é reservado aos *limites semânticos* da linguagem legal na interpretação do núcleo incriminador do Direito Penal.

Por motivos meramente didáticos, vou chamar essas duas exigências constitucionais, relativas à interpretação/aplicação do Direito Penal, de *garantias interpretativas*: a garantia da textualidade e a garantia dos limites semânticos da linguagem legal, respectivamente.

As *garantias interpretativas* podem ser concebidas como regras do procedimento discursivo destinadas a vincular a justificação da interpretação da lei penal ao postulado da submissão dos juízes à lei. Nesse sentido, consistem em garantias instrumentais voltadas à efetivação da garantia maior da legalidade penal na esfera da aplicação/interpretação do Direito Penal – e, conseqüentemente, à efetivação dos propósitos garantistas do sistema penal como um todo.

Mas, para além das garantias interpretativas (embora conectadas a elas), são necessárias também algumas indicações normativas complementares direcionadas para assegurar a vinculação do discurso de justificação interpretativa ao material jurídico autoritativo. Aqui precisam ser destacadas as seguintes regras: (i) regra de identificação do sentido literal e de controle do seu enriquecimento pragmático – a noção de significado literal-m de François Recanat; (ii) regra de controle da comparação de casos no âmbito da aplicação do Direito Penal – regra interpretativa do *in dubio pro reo*; (iii) regra de controle dos processos de mutação semântica – com base no aproveitamento da doutrina originalista no âmbito penal.

Subjacente às garantias interpretativas e às regras do discurso de justificação da aplicação/interpretação do Direito Penal encontra-se o aporte metodológico da tese normativa da separação entre o direito e a moral, como um componente essencial de um modelo garantista de Direito Penal.

A noção essencial nesse ponto é a que o intérprete-aplicador do Direito Penal frequentemente recorre à moral para justificar sua compreensão textual ou o juízo interpretativo final. Mas, enquanto atividade normatizada pela garantia penal da legalidade, a interpretação/aplicação do Direito Penal só pode ascender ao argumento moral de forma limitada, é dizer, todo recurso à moral deve ser linguisticamente controlado. Essa é a própria razão de existir da garantia penal da legalidade.

Mais uma vez convém alertar que se trata de uma primeira e despreziosa aproximação ao problema metainterpretativo no âmbito penal. O objetivo é tão somente sugerir alguns caminhos possíveis para a lida com esse problema. Por isso, tenho consciência que se trata de um texto, de várias maneiras, incompleto e aproximativo.

7.4.1 *Garantia da textualidade*

Como observou Savigny, “na interpretação sempre está pressuposto algo diretamente dado: um texto”.¹⁰²⁶ Não obstante, a maior ou menor proeminência que esse texto assumirá nos argumentos destinados a justificar a aplicação do direito é, em princípio, uma questão aberta.

A garantia da textualidade consiste em uma orientação normativa acerca do papel fundante do texto legal no raciocínio de aplicação e interpretação do Direito Penal. Significa, em termos simples, que todos os *topoi* e/ou argumentos interpretativos devem, necessariamente, estar fundados no texto do material jurídico autoritativo.

A base garantista dos sistemas penais contemporâneos se apoia na concepção de que é possível limitar o poder punitivo estatal por meio da linguagem dos textos legais. Incumbe aos textos não apenas habilitar, mas, sobretudo, limitar a intervenção punitiva estatal: os textos legais habilitam, limitando. Nesse sentido, o postulado da submissão dos juízes à lei pode ser mais bem compreendido sob a fórmula da submissão dos juízes ao *texto* (legal).

A garantia da textualidade decorre de uma noção pragmática de matriz constitucional, segundo a qual a edição de leis penais incriminadoras ocorre em um contexto de proteção fragmentária (descontínua) de bens jurídicos e, nesse contexto, a lei deve abranger todos os dados relevantes para a identificação da hipótese fática que se pretende incriminar, de modo que todo vazio legislativo seja compreendido em favor da liberdade individual.

Esse modo de funcionamento do sistema jurídico-penal é apreendido por aquele modelo simples de aplicação do direito que Dworkin chamou de “convencionalismo unilateral” ou “unilateralismo”. Segundo o autor, no unilateralismo “o pleiteante deve ganhar se tiver o direito de ganhar estabelecido na extensão explícita de alguma

¹⁰²⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Traducción de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979. p. 8.

convenção jurídica, mas que do contrário quem deve ganhar é o réu”.¹⁰²⁷ Em outros termos, o unilateralismo “insiste em que o *status quo* seja preservado no tribunal, a menos que alguma regra dentro da extensão explícita de uma convenção jurídica exija o contrário”.¹⁰²⁸

O sistema penal é justamente aquele ramo do direito norteado pela regra da preservação do *status libertatis* – basta ver, a esse respeito, a garantia da presunção de inocência no direito brasileiro.¹⁰²⁹ Naquilo que nos interessa nesse momento, pode-se afirmar que o pleito condenatório do acusador – orientado, obviamente, no sentido do afastamento do *status libertatis* do acusado – só terá êxito se a pretensão formulada pelo acusador encontrar respaldo em um texto expreso de lei. Não havendo texto legal a apoiar o pleito, prevalece o direito do réu à liberdade. É o próprio Dworkin que reconhece a relação entre o Direito Penal e um modelo unilateral de jurisdição (mesmo em um sistema jurídico de matriz diversa como é o *Common Law*). É interessante também observar que o autor reconhece que o Direito Penal não constitui o foco das discussões que, em “O Império do Direito” ensejaram sua teoria do direito como integridade:

Em uma área, a do direito penal, a prática anglo-americana é muito próxima do unilateralismo. Acreditamos que uma pessoa não deve ser culpada de um crime, a menos que a lei (ou outro tipo de legislação) que estabelece esse crime seja tão clara que a pessoa em questão tivesse conhecimento da natureza criminosa de seu ato, ou pudesse tê-lo, se houvesse feito uma tentativa séria de descobrir isso. Nos Estados Unidos, esse princípio tem o *status* de um princípio constitucional, e em várias ocasiões a Suprema Corte já reverteu condenações criminais porque o suposto crime era definido de maneira demasiado vaga para ser conhecido. Mas nossa prática jurídica não é igualmente unilateralista nos vastos domínios do *direito privado que tem sido o objeto principal de nossa discussão neste livro* [...].¹⁰³⁰

Embora Dworkin tenha enfatizado apenas os fundamentos *jurídicos* da legalidade penal (prevenção geral e culpabilidade) ao justificar unilateralismo penal, o fato é que as diferenças entre a aplicação da lei penal e a aplicação da lei em outros ramos do direito não pode ser desconsiderada por uma teoria garantista da aplicação do Direito Penal.

¹⁰²⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 173. É importante lembrar que, segundo Dworkin, a extensão explícita de uma convenção é composta por aquilo que as pessoas consensualmente entendem como estando abrangido por uma determinada decisão política tomada no passado.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p. 173-174.

¹⁰²⁹ A Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso LVII, estabelece: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nos termos dessa garantia, o estado de inocência do investigado/acusado deve ser preservado até que o Estado reconhece *definitivamente* a sua culpa.

¹⁰³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 174-175. Grifei.

Mesmo porque, como observa o autor, a simplicidade do modelo unilateralista “ofereceria uma decisão na maioria dos casos difíceis”,¹⁰³¹ uma vez que, não havendo texto legal expresso, a solução já se encontra predeterminada pelo próprio sistema (no sentido da manutenção do *status libertatis*). Não é por acaso que os *hard cases* discutidos por Dworkin sejam provenientes de outros ramos do direito.

Em termos lógicos, pode-se afirmar que o modelo de aplicação da lei penal – nos termos da garantia penal da legalidade – baseia-se em uma *regra de clausura*, segundo a qual é crime aquilo e somente aquilo que estiver expressamente previsto como tal no texto de uma lei penal incriminadora.¹⁰³² Todo o resto – isto é, tudo o que não estiver penalmente proibido em um texto legal – é permitido ou jurídico-penalmente irrelevante. Pode-se, portanto, dizer que uma determinada conduta humana constitui crime *se e somente se* estiver prevista como tal no texto de uma lei penal. Segundo Alchourón e Bulygin:

A regra *nullum crimen sine lege* pode ser entendida também como uma regra de clausura que permite todas as condutas não proibidas pelo sistema penal, isto é, autoriza a inferir a permissão de uma conduta (em um determinado caso), se do sistema não se infere nenhuma proibição desta conduta (neste caso).¹⁰³³

Isso já seria suficiente para justificar o apego que o Direito Penal nutre pela textualidade. Recentemente, Lenio Streck ressaltou que a necessidade de se respeitar os limites semânticos dos textos jurídicos autoritativos – não apenas os penais – decorre da própria compreensão de um sistema jurídico como constitucional e democrático.¹⁰³⁴ E se isso é assim em termos gerais, com mais razão o é no âmbito do direito penal, em virtude das especificidades inerentes à sua aplicação.

¹⁰³¹ Ibid., p. 174, pé de página.

¹⁰³² A existência dessa regra lógica foi reconhecida por Alchourrón e Bulygin: “El ejemplo más conocido de una regla de clausura en el campo del derecho es la famosa regla *nullum crimen sine lege*” (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Traducción al castellano de los autores. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. p. 196).

¹⁰³³ Ibid., p. 198. Tradução do autor. Na obra consultada: la regla *nullum crimen sine lege* puede entenderse también como una regla de clausura que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal, es decir, autoriza a inferir la permisión de una conducta (en un caso dado), si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta (en ese caso).

¹⁰³⁴ O autor destaca a existência de “uma necessária imbricação entre os limites semânticos e a democracia” (STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014. p. 181), segundo a qual “o texto jurídico tem de ser levado a sério” (Ibid., p. 180). Para ele, “os limites semânticos do Direito são uma exigência da democracia. Os sentidos jurídicos não podem estar à disposição do intérprete/juiz, pois, ao final, os direitos das pessoas também estarão disponíveis a esse alvedrio, situação que regimes democráticos procuram suplantam” (Ibid., p. 185).

Em termos discursivos, pode-se afirmar que a garantia da textualidade exclui como juridicamente inadmissível qualquer argumento de aplicação do Direito Penal que não guarde estrita pertinência com a textualidade legal. Ela obriga que todo argumento utilizado na aplicação do Direito Penal esteja fundado em um texto legal específico, sob pena não se poder falar em submissão dos juízes à lei. Em uma palavra, fora da textualidade só pode haver liberdade.

7.4.2 A garantia dos limites semânticos da linguagem legal

Nessa ordem de ideias, é possível sustentar que a centralidade ocupada pelo texto legal no raciocínio jurídico-penal implica um certo tipo de relacionamento entre o sentido literal e os demais significados que podem ser atribuídos ao texto. Nos termos dessa garantia, nenhum resultado interpretativo – não importando o cânone utilizado para sua fundamentação – pode ser juridicamente justificado se ele importar ampliação ou incremento do poder punitivo estatal quando comparado com o sentido literal do texto legal.

Aqui se estabelece um limite jurídico aos resultados interpretativos justificáveis discursivamente no âmbito penal. A argumentação interpretativa não pode servir de pretexto para o abandono da textualidade e a violação dos propósitos da legalidade penal. É por essa razão que o sentido literal do texto legal figura como limite de toda interpretação juridicamente admissível (fundamentável) no âmbito penal.

Sem esse limite, o texto da lei penal poderia muito pouco em termos garantistas. Logo, na aplicação do Direito Penal, o texto legal não pode ser concebido como um simples ponto de partida para a argumentação jurídica:¹⁰³⁵ ele é o início e o limite intransponível da argumentação jurídico-penal, sob pena de restar irremediavelmente comprometida a função liberal da garantia da legalidade.

Considerado o papel exercido pela textualidade e pelos limites semânticos da linguagem, é possível sustentar que, de certo modo, o tão procurado *meta-cânnon* da interpretação da lei penal sempre esteve ali. Se a interpretação literal ou gramatical for

¹⁰³⁵ A seguinte afirmação de Alexy, que teve em consideração o direito em geral, não pode valer para o direito penal: “O processo democrático, que resulta em decisões parlamentares, prevê os pontos de partida mais importantes para a argumentação jurídica em um estado democrático constitucional: as leis” (ALEXY, Robert. A tese do caso especial. In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 91).

definida como a atribuição do sentido literal ao texto legal, é claro que ela terá não apenas precedência cronológica (costuma-se afirmar que a interpretação textual é a primeira a se realizar), mas também hierárquica em relação aos demais cânones interpretativos, já que todos eles deverão trabalhar nos limites estabelecidos pelo sentido literal do texto.

Assim, uma vez determinado, o significado literal de um determinado texto legal é prévio, fundamental e oponível a todos os demais cânones com os quais o intérprete pretenda fundamentar um determinado juízo interpretativo. Endossa-se, em parte, neste trabalho, a concepção de Urbina Gimeno, que faz a seguinte proposta metainterpretativa:

com relação aos cânones interpretativos e sua hierarquização, há de se dar uma prioridade absoluta à não muito corretamente denominada ‘interpretação gramatical’, que se bem compreendida inclui a sistemática; admitir a teleológica só dentro do âmbito de sentidos possíveis delimitado pela interpretação gramatical; e prescindir por completo da interpretação histórica.¹⁰³⁶

É interessante observar que Müller chegou a um resultado muito semelhante no campo da interpretação constitucional. Segundo o autor, há, sim, um critério de precedência na hipótese da existência de conflitos entre os elementos dogmáticos de interpretação. Existem elementos de concretização que se apoiam diretamente sobre o texto normativo – como é o caso da interpretação literal e sistemática – e outros que não o fazem – como é o caso da interpretação histórica e genética.¹⁰³⁷ Assim, por deferência ao papel da textualidade no Estado de Direito, os primeiros elementos de concretização tem precedência, em caso de conflito, sobre os segundos. Nas palavras do autor:

em caso de conflito, o texto da norma é o ponto de referência hierarquicamente precedente da concretização, enquanto determinação do limite das possibilidades decisórias admissíveis. O teor literal não é a lei, mas a forma da lei. É, contudo, o teor literal que formula – em que pese qualquer inconclusividade da implementação linguística – o programa da norma vinculante como diretriz material bem como limite normativo. Com isso a ênfase recai em caso de dúvida nos elementos de interpretação que trabalham

¹⁰³⁶ GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 198. Mais a frente segue o autor: “entendo que, al menos en el Derecho penal y por sus mayores necesidades de precisión, es necesario jerarquizar los cânones interpretativos, en el sentido ya propuesto de conceder la primacía a la indagación del sentido literal posible (una formalización más adecuada para referirse al canon de interpretación gramatical si éste se expande para incluir el de la interpretación sistemática), autorizar las consideraciones teleológicas sólo dentro de ese espacio de juego y prescindir por completo del canon de interpretación histórica” (Ibid., p. 200).

¹⁰³⁷ MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduit par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996; MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 96.

os textos de normas (o teor literal da prescrição concretizando bem como também os teores literais de prescrições “sistematicamente” consultadas).¹⁰³⁸

Por essa ótica, que deve ser amplificada no âmbito penal em razão da força normativa da garantia penal da legalidade, os resultados da interpretação literal e da interpretação sistemática, ao operarem diretamente sobre a textualidade legal possuem natural precedência normativa em relação aos resultados provenientes de outros cânones que operam com argumentos textualmente livres.

É preciso fazer apenas um reparo. Embora não se possa desmerecer o papel da interpretação sistemática para uma visão coerentista do sistema legal, não se pode perder de vista que a intervenção legal do sistema penal é fragmentária, descontínua, pontual. Para cada comportamento criminalizado deve haver um texto legal específico, o que importa na potencialização deste texto específico em relação aos demais textos penais. Por essa razão, não se pode aceitar, sem mais, a já mencionada proposta de Gimeno no sentido de que o sentido literal deve incluir a chamada interpretação sistemática.¹⁰³⁹

A pretensão de sistematização na aplicação do Direito Penal não pode fragilizar a especificidade dos textos que singularmente normatizam a conduta examinada. Isso mostra que, no âmbito penal, a interpretação literal (do texto específico) não só não pode ser confundida com a interpretação sistemática, como também deve ter primazia até mesmo sobre esta. Mas, feita essa ressalva, nada desmerece a ideia de se buscar, por imperativo de coerência, uma uniformidade de sentido dos termos idênticos utilizados pelas leis penais em geral.

Além disso, Urbina Gimeno rejeita, com razão, a noção de interpretação histórica – nos dois possíveis sentidos que ele lhe atribui –, por importar em desprestígio do sentido literal do texto legal.¹⁰⁴⁰ A questão da influência contextual na interpretação –

¹⁰³⁸ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 97-98 (grifamos). Na sequência, continua o autor: “em caso de dúvida, portanto, os resultados parciais das interpretações gramatical e sistemática precedem os dos outros elementos de concretização. Enunciados divergentes entre aspectos históricos e genéticos não são decisivos no sentido de uma regra de preferência, já que ambos se referem à interpretação de textos não-normativos. A decisão material não pode então ser tomada parcialmente pela discussão entre as interpretações histórica e genética, mas apenas no contexto de toda a concretização” (Ibid., p. 98).

¹⁰³⁹ GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal. In: MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 200-201.

¹⁰⁴⁰ Ibid., p. 203-204. Sobre os dois sentidos da interpretação histórica, diz o autor, “bajo la denominación ‘canon de interpretación histórica’ suele aludirse a dos cosas distintas. Por un lado se hace referencia a la evolución de la institución de que se trate, antes y después de la disposición que se quiere interpretar; por otro, a la tramitación del texto que finalmente resultó aprobado (normalmente a la tramitación parlamentaria, pero si de lo que se trata es de indagar intenciones no se puede excluir la relevancia de la

seja o contexto histórico ou de qualquer outro tipo – será discutida na seção posterior quando se irá analisar o problema da determinação do significado literal.

Por ora, importa destacar que a análise dos documentos preparatórios dos trabalhos legislativos não encontra também legitimidade democrática por aquela razão já apontada por Waldron. O Parlamento é um espaço de desacordos político-morais e o texto aprovado consiste em uma solução de compromisso que logrou obter apoio majoritário. Por essa razão, apenas o texto legal é capaz de indicar a diretiva da autoridade democrática. Qualquer recurso à intenção do legislador ou aos trabalhos parlamentares que antecedem a aprovação de uma lei será sempre a análise da intenção de uma parcela do legislativo.¹⁰⁴¹

Mas, desde o Iluminismo, a preocupação tem sido com a interpretação teleológica. Já se mencionou que o debate sobre a interpretação durante o Ilustração tinha como pano de fundo a disputa entre a *letra* e o *espírito* da lei, que representariam hoje uma disputa entre os cânones literal e teleológico. Na verdade, como acentua Guastini, a oposição entre doutrina literalista e doutrina intencionalista da interpretação existe “desde sempre” na “história do pensamento jurídico moderno”.¹⁰⁴²

Também Shapiro enfatiza que a disputa entre interpretação literal e interpretação teleológica ainda está na base de muitas controvérsias hermenêuticas contemporâneas:

o principal desacordo sobre metodologia interpretativa tem sido sempre entre aqueles que defendem formas mais estritas de interpretação *versus* aqueles que preferem formas mais livres. Os partidários do literalismo insistem que o significado claro dos textos jurídicos deve ser seguido. Para eles, a letra da lei manda. Ao contrário, aqueles que defendem alguma forma de interpretação propositiva sustentam que, em alguns casos, é apropriado que os intérpretes ultrapassem a leitura literal de um texto autoritativo.¹⁰⁴³

fase de tramitação governamental)” (Ibid., p. 203). A interpretação histórica foi assim definida por Côté: “Par méthode historique, on entend la méthode d’interprétation qui fait appel à la considération, soit des éléments de fait ou de droit qu’on peut supposer connus du législateur au moment où il a légiféré, soit des textes retraçant la genèse du texte législatif, texte qu’on appelle ‘travaux préparatoires’” (CÔTÉ, Pierre-André. **Interprétation des lois**. 3. ed. Montréal: Éditions Thémis, 1999. p. 521).

¹⁰⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 142-146. Como esclarece Consani, “se a autoridade da lei deriva exatamente do fato de ter sido aprovada de acordo com um conjunto de procedimentos que levam em consideração os desacordos, recorrer à intenção do legislador, como, por exemplo, a debates e posicionamentos que foram vencidos na votação final, é, na concepção de Waldron, justamente desrespeitar a opinião ou o ponto de vista que foi vitorioso de acordo com a decisão majoritária” (CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, p. 2424-2448, 2015. p. 2437).

¹⁰⁴² GUASTINI, Riccardo. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Traducción y presentación de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 101.

¹⁰⁴³ SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011. p. 353. No original: the principal disagreement over interpretive methodology has always been between those who favor stricter

No âmbito penal, contudo, esse tipo de disputa não pode ter lugar, por causa da garantia dos limites semânticos. Sendo o sentido literal o limite das interpretações juridicamente justificáveis em Direito Penal, é claro que a interpretação teleológica está limitada ao âmbito do semanticamente possível. A garantia dos limites semânticos da linguagem significa exatamente que qualquer resultado interpretativo que ultrapasse os limites do sentido literal de um texto será juridicamente injustificável.¹⁰⁴⁴

Basta, contudo, uma rápida análise de alguns autores importantes do Direito Penal brasileiro para se constatar que essa questão não está tão clara. Mesmo no nível teórico, a doutrina costuma se atraparar em relação à precedência dos limites semânticos da linguagem do texto legal.

Embora a dogmática penal brasileira comumente reconheça o caráter fundamental do texto legal em contextos de aplicação do Direito Penal,¹⁰⁴⁵ a interpretação literal é, muitas vezes, desprestigiada no confronto com outros cânones hermenêuticos. Parece-me que a razão disso seja a origem civilista (ou não-penal) – há muito denunciada por Rocco – de grande parte das reflexões sobre a interpretação jurídica.

Bitencourt, por exemplo, sustenta – a partir de uma teoria geral da interpretação – uma compreensão da interpretação literal que é, a meu ver, totalmente incompatível com a garantia da textualidade e o papel do sentido literal no raciocínio jurídico:

Dentro das diferentes formas de interpretação, costuma-se atribuir o menor grau hierárquico à *interpretação gramatical*. O intérprete que se atém à letra

forms of interpretation versus those who prefer looser ones. Advocates of textualism insist that the plain meaning of legal texts be followed. For them, the letter of the law controls. By contrast, those who favor some form of purposivism maintain that it is proper in some instances for interpreters to bypass the literal reading of an authoritative text.

¹⁰⁴⁴ Distinção entre método grammatical e regra da interpretação literal: “La méthode grammaticale postule que le texte est un élément important de la communication entre le législateur et ses destinataires et qu’on ne saurait le négliger. La règle de l’interprétation littérale, du moins dans certaines de ses acceptions, postule que le texte est non seulement un élément important du message législatif, mais qu’il en est l’élément le plus important et, s’il est clair, le seul qui devrait être considéré” (CÔTÉ, Pierre-André. **Interprétation des lois**. 3. ed. Montréal: Éditions Thémis, 1999. p. 325).

¹⁰⁴⁵ Bitencourt, por exemplo, assim se manifesta: “[...] ante o princípio da taxatividade, deve-se observar que em Direito Penal o sentido literal das palavras utilizadas pelo legislador exerce função de garantia e, por isso mesmo, nunca pode ser ignorado. A letra da lei jamais deve ser descartada quando está em jogo a imposição de uma sanção penal: *nullum crimen sine lege*. Ao contrário do que normalmente se pensa, a interpretação gramatical não ignora a *ratio legis* por completo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192-193). E segue o autor: “enfim, a interpretação deve procurar ajustar-se aos princípios constitucionais e aos valores jurídicos fundamentais, dentro dos estritos limites legais” (Ibid., p. 193). Regis Prado, por sua vez, leciona: “ao intérprete incumbe perseguir o *telos* da lei, mas sempre tendo em vista o limite insuperável da legalidade penal” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 174).

fria da lei como único critério, sem se preocupar com os demais, é um mau intérprete ou um mau aplicador do texto legal, é um “formalista”.¹⁰⁴⁶

Embora seja perfeitamente compreensível a ideia de que a interpretação comece no contato inicial do intérprete com o texto (o outro), no âmbito penal a maior dignidade da interpretação literal precisa ser realçada.

Problema similar pode ser encontrado em Arthur Gueiros e Adriano Japiassú, que afirmam que a interpretação literal é “a mais limitada forma exegética, pois transforma o intérprete num ser despido de criatividade”.¹⁰⁴⁷ Na sequência, fazendo referência à doutrina de Jescheck e Weigend, os autores sustentam que “a interpretação lógica ou teleológica” é “considerada mais adequada do que a anterior porque é que se orienta diretamente para a verdadeira meta de toda interpretação, qual seja, descobrir a finalidade e os critérios legais valorativos”.¹⁰⁴⁸

A criatividade do intérprete é um valor relevante nas mais diversas atividades humanas, mas dificilmente será compreendida como uma virtude republicana, quando utilizada para ultrapassar os limites legais impostos textualmente pelos representantes do povo. O juízo penal deve orientar-se menos pelo apelo estético ou intelectual da criatividade e mais pela necessidade de respeito aos limites do poder em um Estado Democrático de Direito.

Regis Prado, por sua vez, após lembrar que “se encontram definitivamente superados os tempos em que [...] pugnava-se pela interpretação gramatical como a única forma legítima de interpretação”, transcreve uma passagem de Carlos Maximiliano na qual o hermeneuta admite a possibilidade excepcional de se abandonar a “fórmula explícita” do texto legal quando se estiver diante “de uma mal maior”, a saber, o de obter-se a “uma solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinados em conjunto”.¹⁰⁴⁹

Aqui o autor admite exatamente aquilo que a garantia dos limites semânticos da linguagem pretende evitar: a correção do texto legal por seu aplicador com o propósito de ajustá-lo a um determinado fim. A correção ou ajuste de lei penal que habilita ou

¹⁰⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192.

¹⁰⁴⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 82.

¹⁰⁴⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 82.

¹⁰⁴⁹ MAXIMILIANO apud PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 173.

incrementa o poder punitivo só pode ser realizada pelos representantes eleitos do povo (o legislador).

O desprestígio à garantia dos limites semânticos da linguagem legal revela-se também no uso penal da antiga classificação da interpretação quanto aos seus resultados. Trata-se de uma classificação acriticamente repetida no âmbito penal, segundo a qual, em relação ao seu resultado, a interpretação pode ser classificada em *extensiva*, *restritiva* e *declarativa*.¹⁰⁵⁰

O problema da importação dessa classificação para o Direito Penal é a necessidade de se delimitar o parâmetro utilizado para a comparação. Como restrição e extensão são termos comparativos, deve haver algum sentido do texto – algum juízo interpretativo – em relação ao qual outro sentido é mais abrangente ou mais restritivo.

Há pelo menos duas opções quando se trata de comparar resultados interpretativos: (i) pode-se comparar os resultados interpretativos uns com os outros; e (ii) pode-se comparar os resultados interpretativos com um parâmetro mais fixo como, por exemplo, o sentido literal do texto.

No primeiro caso, a noção de interpretação restritiva parece exigir que se coloque sobre a mesa todos os resultados interpretativos pensáveis – num trabalho similar à interpretação científica kelseniana –, para que, somente depois, se possa eleger o significado mais restritivo da série. O problema é que (i) a catalogação de todas as possibilidades interpretativas admissíveis não é uma tarefa simples e (ii) a justificação de um determinado resultado interpretativo com base *exclusivamente* no critério da abrangência terminológica não parece ser razoável.

A alternativa seria, então, comparar os resultados interpretativos disponíveis com o sentido literal do texto legal, ele mesmo um resultado interpretativo obtido pela via da chamada interpretação literal. Nesse caso, surge outro problema: é preciso, primeiro, saber se é possível identificar um único significado literal do texto que pudesse servir de parâmetro para a comparação. Seria a interpretação literal capaz de assegurar um único resultado interpretativo que pudesse ser denominado como “o sentido literal” do texto legal?

Se isso for algo realizável, pode-se afirmar duas coisas: (i) interpretações ampliativas são sempre inadmissíveis, já que, por definição, elas ultrapassam o sentido

¹⁰⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195-196; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 177-179.

literal da linguagem legal; (ii) não é necessário adotar o sentido mais restritivo entre todos os disponíveis, é dizer, é possível, em princípio, adotar qualquer resultado interpretativo, desde que ele seja mais restrito em relação ao teor literal da linguagem ou que ele seja o próprio sentido literal da linguagem.

Se, por outro lado, não for possível obter um único sentido literal para o texto legal, a solução seria mais ou menos assim: (i) é possível adotar qualquer um dos sentidos literais disponíveis ou (ii) qualquer outro resultado interpretativo, desde que ele seja mais restrito do que os diversos sentidos literais disponíveis.¹⁰⁵¹ De qualquer forma, entretanto, essas questões precisam ser tematizadas para que a exigência da interpretação não ampliativa possa funcionar como fator de redução da discricionariedade interpretativa.

O problema se manifesta quando a dogmática pátria equipara a *interpretação declarativa*, que é um parâmetro médio ou intermediário de comparação, com o *sentido literal* do texto legal, para, em seguida, admitir a possibilidade da interpretação ampliativa – que será, assim, por definição, um resultado interpretativo mais amplo do que o sentido literal do texto.¹⁰⁵² Logo, esse critério de classificação, ao menos, nos termos aqui indicados (interpretação declarativa = sentido literal) não faz sentido quando se considera que o sentido literal é o limite da atividade interpretativa em Direito Penal. Nesse ponto, a doutrina parece contradizer seus próprios pressupostos.

¹⁰⁵¹ É a concepção de Larenz: “decerto que este significado, como temos vindo sempre a sublinhar, tem porém que se situar adentro do âmbito de sentido possível do termo. Mas o sentido literal possível é, como sabemos, variável. De entre os diferentes significados há-de denominar-se de ‘estrito’ aquele que, em relação a outros possíveis, tem um âmbito de aplicação estrito; e ‘amplo’ aquele que tem um âmbito de aplicação mais amplo” (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 500). Parece ser também a orientação de Fiandaca e Musco, para quem “não se ultrapassa os limites de uma interpretação extensiva do tipo penal quando a solução proposta, ainda que levada ao extremo, mantém-se, em todo caso, no âmbito dos significados literais possíveis dos termos empregados no texto da lei” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997. p. 89. No original: “invero, non si travalicano i limiti di una interpretazione estensiva della fattispecie incriminatrice allorché la soluzione proposta, seppure tese all’estremo, rientra in ogni caso nell’ambito dei possibili significati letterali dei termini impiegati nel testo di legge”).

¹⁰⁵² Nesse sentido, Regis Prado, que após distinguir analogia e interpretação extensiva, afirma que “não é certo partir da presunção absoluta de que o legislador criminal se utiliza sempre de termos muito latos, com o propósito de reconduzi-los aos seus limites mais estreitos. Isso porque o emprego da interpretação restritiva, assim como o de qualquer outro método interpretativo, não deve ser fixado *a priori*, mas determinado em cada caso concreto, para que sejam evitadas contradições entre diferentes textos legais” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 178). Para o autor, “não possível transpor os limites assinalados pela lei, mas é lícito chegar até eles – e a interpretação extensiva trata, precisamente, de alcançá-los” (Ibid., p. 178). Artur Gueiros e Japiassú também não veem problema no fato de que “[...] frequentemente, o exegeta precisa se valer da interpretação extensiva, inclusive em Direito Penal” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 83).

Bitencourt define a interpretação declarativa como aquela em que o resultado interpretativo coincide com o sentido literal do texto. Nas palavras do autor, a interpretação declarativa “expressa tão somente sentido linguístico, literal, do texto interpretado, que seria a concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática”.¹⁰⁵³ No mesmo sentido Regis Prado, para quem a interpretação declarativa “tão-somente declara o sentido linguístico (concordância entre o resultado da interpretação gramatical e o da lógico-sistemática)”.¹⁰⁵⁴

No caso dos autores citados fica claro que não somente existe um contraste entre a interpretação literal e a interpretação lógico-sistemática, como também se admite que o sentido literal seja vencido ou ultrapassado por considerações lógico-sistemáticas (interpretação ampliativa).

Como sustenta Bitencourt, havendo coincidência de resultados diante da aplicação desses dois esquemas “metodológicos” de interpretação “o texto não é ampliado nem restringido, correspondendo exatamente a seu real significado”.¹⁰⁵⁵ E não se pode deixar de observar o risco sempre inerente ao contraste entre significado real (seja lá o que isso for) e significado literal, que pode servir de ensejo para a ruptura dos limites do último.

Outra possibilidade, entretanto, é opor o sentido semântico do texto legal com o sentido que resulta de considerações teleológicas sobre a vontade da lei, do legislador etc. Esse contraste aparece em Gueiros e Japiassú, quando sustentam que a interpretação declarativa é “aquela em que o produto da atividade hermenêutica faz coincidir a letra com a vontade da lei, sem ampliar ou restringir seu alcance. Dito de outro modo, há convergência entre o significado gramatical e teleológico da norma”.¹⁰⁵⁶

Aqui será a vontade da lei ou do legislador – do modo como essa vontade for “revelada” pelo intérprete-profeta – que servirá de pretexto para a fuga da textualidade. No âmbito do núcleo incriminador do Direito Penal, a interpretação teleológica será extremamente útil, desde que se mantenha dentro dos limites semânticos do texto.

¹⁰⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

¹⁰⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 177.

¹⁰⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

¹⁰⁵⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 83. Ou como assinala Bitencourt, nela “o intérprete limita-se a encontrar e declarar a vontade da lei, que coincide com as palavras contidas no texto legal” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195).

Em todos os casos citados, contudo, há um contraste entre o sentido literal da linguagem (parâmetro comparativo) com o resultado interpretativo obtido mediante outros cânones hermenêuticos. Mais especificamente compara-se o sentido que resulta diretamente do texto (a chamada interpretação literal ou gramatical) com o sentido que se extrai da conjugação de outros elementos ou cânones de interpretação. Se o intérprete concluir que há uma coincidência entre os dois resultados interpretativos, diz-se que a interpretação é meramente declarativa. Texto e norma se confundem, de forma que não existe a necessidade de se ampliar ou restringir o sentido dos termos empregados pelo legislador.

Entretanto – continua a doutrina –, pode ser que o legislador não tenha escolhido bem as palavras utilizadas no texto legal, ou seja, o texto pode dizer mais ou menos do que aquilo que “pretendia dizer”. Daí ser comum aparecer, na explicação doutrinária, a ideia de *correção* do texto legal com base no seu “correto” conteúdo normativo – seja ele entendido como o pensamento do legislador, como o sentido correto ou verdadeiro da norma etc.¹⁰⁵⁷

Não nem é preciso dizer que a “descoberta” do uso correto ou incorreto das palavras utilizadas no texto editado pela autoridade constitucionalmente competente será feita pelo aplicador da lei com base em *argumentos interpretativos*. O intérprete-aplicador irá recorrer aos cânones de interpretação para encontrar o *sentido correto* da norma e, a partir desse “achado”, ampliar ou restringir os termos empregados pelo

¹⁰⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196. Regis Prado que após proclamar “o primado princípio da legalidade (art. 1º, CP)” segundo o qual “toda interpretação encontra limites na letra da lei”, devendo utilizar-se a interpretação extensiva apenas “para incluir no âmbito de um preceito penal comportamentos que o seu teor literal admita”, termina, em seguida, por derrubar a ideia de controle da literalidade do texto, ao sustentar que, na interpretação extensiva, “a hipótese, não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 178), vale dizer, “na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se a significação das palavras para alcançar a mens legis” (Ibid., p. 179). O autor recorre ainda a Francesco Ferrara para explicar que interpretação extensiva completa a *letra* da lei (Ibid., p. 178-179) e que seu efeito prático é “a extensão de uma norma aos casos não previstos” (Ibid., p. 179).

legislador.¹⁰⁵⁸ É dizer, atribui-se ao intérprete a tarefa de identificar e *corrigir* a defasagem entre o sentido do texto e o sentido final da norma.¹⁰⁵⁹

Nesse processo corretivo situa-se a morte da garantia dos limites semânticos da linguagem e toda tentativa de contenção do poder pela linguagem legal. Tem razão, portanto, Zaffaroni e Pierangeli quando sustentam que não deve ser admitida a interpretação extensiva “se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia”.¹⁰⁶⁰

A admissão da interpretação extensiva em Direito Penal importa, de um ponto de vista político-institucional, na abertura de uma fissura argumentativa que permite que o *poder* dos juristas e dos juízes penetre no texto legal e o desnature por dentro, em detrimento da autoridade da legislação.

7.4.3 Indicações normativas para uma concepção (operacional) de sentido literal

As duas garantias interpretativas mencionadas acima dizem muito, mas ainda precisam ser complementadas por regras discursivas destinadas a assegurar a vinculação

¹⁰⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195-196; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 177. Este último esclarece que “na interpretação restritiva, de seu turno, a conclusão é de que o legislador se exprimiu de forma ampliativa, foi além de seu pensamento. Por fim, a interpretação extensiva se destina a corrigir uma fórmula legal por demais estreita. Ou seja, naquela, o sentido vai além do modelo gramatical, isto é, o significado ultrapassa o texto legal; nesta, o sentido fica aquém da expressão literal” (Ibid., p. 177). Já para Bitencourt, “a interpretação restritiva procura reduzir ou limitar o alcance do texto interpretado na tentativa de encontrar seu verdadeiro sentido, porque se trata de uma exigência jurídica”, é dizer, “é restritiva a interpretação quando se procura minimizar o sentido ou alcance das palavras que objetivam refletir o direito contido na norma jurídica” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195). Na interpretação extensiva, por seu turno, “as palavras do texto legal dizem menos do que sua vontade, isto é, o sentido da norma fica aquém de sua expressão literal. Essa interpretação ocorre sempre que o intérprete amplia o sentido ou alcance da lei examinada” (Ibid., p. 196).

¹⁰⁵⁹ Como observa Prado, a interpretação extensiva e a restritiva “podem ser reunidas sob a denominação comum de *interpretação corretiva*, pois se trata, num e noutro caso, de ajustar os resultados da interpretação lógica e gramatical” (PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 178). Segundo Gueiros e Japiassú, a interpretação restritiva “ocorre quando, por um defeito gramatical, a letra da lei disse mais do que a vontade da lei. Por consequência, a atividade do intérprete faz com que se reduza o alcance das palavras do texto legal, harmonizando-o com a *mens legis*” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 83). Por outro lado, continuam os autores, ocorre a interpretação extensiva “quando a letra da lei disse menos do que a vontade da lei. Há, portanto, que se ampliar o foco gramatical para atender à *mens legis*. Dito de outro modo, deve o intérprete corrigir o defeito da letra da lei, ampliando o seu alcance” (Ibid., p. 83).

¹⁰⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 155.

dos argumentos interpretativos ao texto legal. Considerando a centralidade do texto no raciocínio jurídico-penal, uma teoria discursiva que cuida da justificação da interpretação do Direito Penal precisa cercar-se de regras destinadas a prevenir possíveis fugas textuais.

Neste tópico, vai-se tratar da necessidade de um conceito operacional de significado literal. A fim de que possa desempenhar sua função limitadora, a garantia interpretativa dos limites semânticas da linguagem legal exige que os participantes da prática discursiva tenham alguma compreensão do que significa o *sentido literal* de um texto.¹⁰⁶¹

Aqui o recurso à filosofia da linguagem é praticamente inevitável. Ela há muito se preocupa com a questão do significado e da interpretação.

Há duas tradições destacáveis na história da filosofia da linguagem contemporânea: (i) a primeira vertente propôs a *análise da linguagem ideal* a partir de uma abordagem eminentemente lógica (com ênfase na caráter vericondicional da linguagem) e está ligada a nomes como Frege, Russell, Carnap, Wittgenstein do *Tractatus*, Tarski, entre outros; (ii) a segunda, elabora uma *filosofia da linguagem comum*, expandindo a abordagem metodológica, por acreditar que a lógica é incapaz de captar determinados aspectos da linguagem natural. Essa vertente assume uma abordagem mais descritiva e inclui teóricos como o Wittgenstein das *Investigações*, os autores da teoria dos atos de fala (especialmente, Austin e Searle), Paul Grice, entre outros. Enquanto filósofos ligados à primeira vertente foram responsáveis pelo desenvolvimento da semântica formal contemporânea, os da segunda enfatizaram o caráter pragmático da linguagem natural.¹⁰⁶²

Para o argumento que se pretende desenvolver é especialmente relevante a relação que se estabelece entre *contexto* e *significado*. A filosofia da linguagem do século XX foi especialmente incisiva ao explicitar os limites inerentes à linguagem natural e a instabilidade do significado das palavras e das orações em razão de suas variadas situações de utilização. A partir do Wittgenstein das *Investigações*, o caráter

¹⁰⁶¹ Portanto, a compreensão teórica do que se deve entender por significado literal de enunciados típicos e dos recursos contextuais requeridos para se atingir a proposição-limite da interpretação jurídico-penal é um pressuposto indispensável da reivindicação de limite do teor literal no direito penal (SESMA, Victoria Iturralde. **Interpretación literal y significado convencional**: una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2014; SLOCUM, Brian G. **Ordinary meaning**: a theory of the most fundamental principle of legal interpretation. Chicago; London: Chicago University Press, 2015; SLOCUM, Brian G. (org.). **The nature of legal interpretation**: what jurists can learn about legal interpretation from linguistics and philosophy. Chicago; London: Chicago University Press, 2017).

¹⁰⁶² MIGUENS, Sofia. **Filosofia da Linguagem**: uma introdução. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2007. p. 21; RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 1-4.

semanticamente estável do significado de termos e sentenças passa a ser profundamente questionado, juntamente com o desenvolvimento da pragmática e do projeto de compreensão do ato comunicativo a partir do seu contexto de enunciação.

Wittgenstein foi o grande responsável pela assimilação entre significado e uso da linguagem. Além de destacar o caráter convencional do significado,¹⁰⁶³ o filósofo enfatizou que a compreensão do significado de um ato de comunicação linguística depende do conhecimento do contexto da enunciação.¹⁰⁶⁴

A inseparabilidade entre linguagem e ação fez com que Wittgenstein lançasse mão de sua conhecida ideia de “jogos de linguagem”, por ser uma ideia capaz de dar conta de ambas as dimensões (ação e linguagem)¹⁰⁶⁵, isto é, trata-se de uma noção que abarca “o conjunto da linguagem e das atividades com as quais está interligada”.¹⁰⁶⁶

Essa ligação entre significado e situação de uso da linguagem compromete a possibilidade de um significado estável e contexto-independente.¹⁰⁶⁷ É dizer, se levado ao extremo, o gérmen do projeto wittgensteiniano representaria a destruição do própria objeto de estudo da semântica. A compreensão do significado de uma palavra importaria a descrição de todas as suas possíveis situações de uso, uma tarefa virtualmente impossível.

Seria, então, possível falar em algo como o sentido literal da linguagem? A filosofia pragmática contemporânea cuida exatamente do contraste que pode ser assinalado entre o significado convencional das orações ou proposições e o significado que se alcança mediante inferências contexto-dependentes. Com isso se assegura tanto o

¹⁰⁶³ MARMOR, Andrei. **Social conventions**: from language to law. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009. p. 80.

¹⁰⁶⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

¹⁰⁶⁵ Esta ligação entre linguagem e ação foi desenvolvida pela teoria dos atos de fala de Austin e Searle. Os filósofos voltam-se para o estudo da ação de dizer coisas e, a partir do estudo desta ação, é que se pretende compreender a linguagem, que desponta como instrumento privilegiado dos atos de fala. Trata-se, portanto, de uma teoria de caráter nitidamente pragmático que mostra que “fazemos coisas com palavras além de simplesmente dizer as palavras, mas as fazemos por meio de dizer certas palavras” (DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. rev. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017. p. 22).

¹⁰⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 30 (§ 7).

¹⁰⁶⁷ Como explica Moraes da Rosa, a filosofia de Wittgenstein deixa claro que “é no campo do *uso* da linguagem que a proposição ganha destaque e *significado*, não podendo residir numa *aldeia ideal*” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 163). E segue o autor: “não se trata mais de descobrir como funciona a linguagem, mas de como se emprega. Essa retirada do referencial estático, eterno, modifica a maneira pela qual se pode significar, a despeito, pois, dos fatos. É na multiplicidade dos *usos da linguagem* que deverá se situar o mecanismo do referencial, não mais absoluto, mas relativo, correspondendo aos usos possíveis. Em síntese: a linguagem declara sua independência em relação aos fatos” (Ibid., p. 163).

lugar da semântica na filosofia da linguagem contemporânea, quanto a distinção entre o objeto da semântica e da pragmática na análise da atividade comunicativa.

E embora não haja um consenso na filosofia da linguagem acerca do que é precisamente o significado literal, é importante ter em mente que a busca por uma definição desse significado neste trabalho é pragmaticamente orientada: o teórico do Direito Penal não está interessado em saber o que *é*, essencialmente ou em absoluto, o sentido literal de um texto. Seu interesse é mais prático ou funcional. Considerando que existe mais de uma concepção possível sobre que é o significado literal,¹⁰⁶⁸ ele está interessado em uma concepção de sentido literal que permita ao sistema penal realizar o seu propósito de garantia.

Em outras palavras, o que se busca é um conceito operacional ou uma concepção de sentido literal do texto legal que possa servir aos propósitos do Estado de Direito. A noção de Estado de Direito envolve, como se tem dito, a ideia de que o texto pode impor algum limite aos poderes e ao solipsismo dos agentes responsáveis por sua interpretação/aplicação.

É com base nessa orientação pragmática decorrente dos propósitos da garantia penal da legalidade que se formulará duas orientações normativas fundamentais para uma concepção (operacional) de sentido literal: (i) em primeiro lugar, essa concepção precisa ser responsiva à regra metodológica fundamental do garantismo penal, a tese normativa da separação entre direito e moral; (ii) em segundo lugar, tal concepção precisa controlar os enriquecimentos pragmáticos que podem ser utilizados pelos participantes do discurso.

A tese da separação, em sua versão normativa, pode transformar-se em uma regra discursiva destinada a justificar o que se pode compreender por sentido literal. Significa dizer: caso o sentido literal de um determinado texto legal seja controvertido, ao justificar qual é o seu sentido literal, o participante do discurso não pode valer-se de argumentos morais.

Perceba que essa regra não abrange o discurso de aplicação do Direito Penal como um todo. A argumentação teleológica por vezes envolve compreensões morais e políticas e consiste em um tipo de argumentação interpretativa frequente no âmbito penal. Mas a fim de assegurar que esse tipo de argumentação ocorra nos estritos limites do sentido

¹⁰⁶⁸ Conforme Diciotti, “infatti, si possono distinguere vari concetti rilevanti di significato letterale delle espressioni linguistiche contenute nei testi di legge” (DICIOTTI, Enrico. **Interpretazione della legge e discorso razionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 339).

literal do texto legal, a definição deste último não pode ser pressionada por compreensões morais de fundo.

É claro que nem sempre a justificação de um juízo interpretativo que se apresente como o sentido literal do texto pode se dar sem recurso a argumentos morais. Há casos em que argumentos morais precisarão ser levantados. Isso ocorre exemplarmente com a justificação de juízos interpretativos que recaem sobre elementos normativos do tipo, nos quais o legislador se vale de termos que invocam uma reflexão moral.

Mas a regra é que, para que o sentido literal possa exercer seu papel garantista, ele precisa ser determinado e justificado sem argumentos morais, nos termos da tese normativa da separação entre direito e moral.

Além disso, no âmbito da filosofia da linguagem, devemos encontrar uma concepção teórica de sentido literal com baixa sensibilidade a elementos pragmáticos. É bem conhecida a importância do *contexto* na determinação dos significados linguísticos e a pragmática cuida justamente dessa relação entre contexto e significado.¹⁰⁶⁹

Importa perceber que a sensibilidade ao contexto pode afetar inteiramente o significado semântico de uma proposição. Basta pensar no caso da *ironia*, que foi bastante explorado pelos pragmatistas. Trata-se de um expediente totalmente dependente do contexto, no qual a mensagem transmitida é exatamente oposta àquilo que diz o significado semântico da proposição.

Como acentua Recanati, a possibilidade de atribuição de sentidos a partir de inferências contextuais é ilimitada. Segundo ele, o enunciado

“eu sou francês” expressa um número indefinido de proposições, mas todas elas devem ser compatíveis com o potencial semântico da oração; é por isso que a oração em português “eu sou francês” não pode expressar a proposição de que os cangurus têm rabo. Mas não existe esse constrangimento em relação às proposições que o enunciado de uma sentença pode transmitir pelo processo de implicação. Dado o suficiente conhecimento prévio, um enunciado de “eu sou francês” pode implicar que os cangurus têm cauda. O que é implicado é implicado em virtude de uma inferência, e uma cadeia de inferências pode (em princípio) ser tão larga e envolver tanta informação prévia quanto se deseja.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁹ Em seu confronto com a semântica, a pragmática pode ser definida, como observou Levinson, como “o estudo de todos os aspectos do significado não capturados em uma teoria semântica” (LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. Tradução de Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 14). O autor, contudo, adverte para o caráter simplista dessa definição e desse contraste. Nesse sentido, seria possível compreender a pragmática como “o estudo das relações entre língua e contexto que são gramaticalizadas ou codificadas na estrutura de uma língua” (Ibid., p. 11).

¹⁰⁷⁰ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6. No original: Thus ‘I am French’ can express an indefinite number of propositions, but the propositions in question all have to be compatible with the semantic potential of the sentence; this is why the English

Não será possível, neste momento, fazer uma análise mais aprofundada do tema. O que se pretende é apenas fazer algumas indicações a respeito da concepção de significado literal que é mais interessante aos propósitos garantistas do Direito Penal.

O propósito do sistema penal de limitar o poder punitivo estatal conta com a força *semântica* da linguagem legal. Como o sentido semântico é pragmaticamente permeado, para que ele possa exercer sua função limitativa é preciso limitar também o nível de interferência contextual.

Logo, de um ponto de vista garantista, o ideal seria uma concepção de sentido literal que pudesse ser formada a partir de um *contexto zero* ou *nulo*, como sugerido por Katz.¹⁰⁷¹ Mas sabe-se que essa concepção se encontra hoje desacreditada. Ela destoa essencialmente não só da concepção hermenêutica de que as pré-compreensões são condições de possibilidade de toda compreensão, como também de uma compreensão pragmática da linguagem.

Dirigindo-se à concepção de Katz, Searle assim colocou a questão:

A noção do significado literal de uma sentença só tem aplicação em relação a um conjunto de suposições contextuais ou de fundo [...]. A visão que irei atacar é às vezes expressa ao se afirmar que o significado literal de uma sentença é o significado que ela tem no “contexto zero” ou no “contexto nulo”. Argumentarei que, para uma grande classe de sentenças, não existe algo como o contexto zero ou nulo para a interpretação de sentenças, e que, no que concerne à nossa competência semântica, compreendemos o significado de tais sentenças apenas contra um conjunto de suposições de fundo a respeito dos contextos em que a sentença pode ser adequadamente enunciada.¹⁰⁷²

sentence ‘I am French’ cannot express the proposition that kangaroos have tails. There is no such constraint on the propositions which an utterance of the sentence can communicate through the mechanism of implicature. Given enough background, an utterance of ‘I am French’ might implicate that kangaroos have tails. What’s implicated is implicated by virtue of an inference, and the inference chain can (in principle) be as long and involve as many background assumptions as one wishes.

¹⁰⁷¹ Segundo o autor, “os filósofos que assumem a posição de que o significado contextualmente independente de uma sentença existe têm uma razão para pensar que significado literal da sentença não depende de fatores contextuais, a saber, que tal significado pode ser explicado em termos puramente gramaticais como uma função composicional dos significados das palavras componentes e da estrutura sintática” (KATZ, Jorrold J. *Literal Meaning and Logical Theory*. **The Journal of Philosophy**, v. 78, n. 4, p. 203-233, Apr.1981. p. 203. Tradução do autor. No original: Philosophers who take the position that contextually independent sentence meaning exists have a reason for thinking that literal sentence meaning does not depend on contextual factors, namely that such meaning can be accounted for purely grammatically as a compositional function of the meanings of component words and syntactic structure).

¹⁰⁷² SEARLE, John R. **Expression and meaning**: Studies in the Theory of Speech Acts. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. p. 117. Tradução do autor. No original: I shall argue that in general the notion of the literal meaning of a sentence only has application relative to a set of contextual or background assumptions and finally I shall examine some of the implications of this alternative view. The view I shall be attacking is sometimes expressed by saying that the literal meaning of a sentence is the meaning that it has in the “zero context” or the “null context”. I shall argue that for a large class of sentences there is no

Apesar disso, ninguém nega, no âmbito da filosofia da linguagem, que o sentido literal de uma proposição é, por definição, minimamente dependente do contexto. A questão que se discute é o que seria exatamente esse “mínimo”, isto é, em que grau o sentido literal é ou pode ser contextualmente independente.

Um caminho promissor para investigar essa questão, é a busca pelo significado daquilo que Grice chamou de “o que é dito” (*what is said*) por oposição ao que é implicado. O autor reconheceu a existência de um significado convencional primário (semântico), cuja compreensão pelo ouvinte é um pressuposto de sua compreensão da intenção comunicativa adicional do falante – daquilo que o falante pretendia implicar ou aquilo que se comunica (pragmaticamente).¹⁰⁷³ Em síntese, Grice contrastou aquilo que chamou de significado do falante (*speaker's meaning*) com a ideia de *significado literal*. Como explica Miguens:

Grice assume que as palavras têm significados literais ou convencionais. O seu projeto consiste em explicar a forma como num dado contexto de uso, pode existir mais significados das mesmas palavras, que exceda o significado literal ou convencional, e também impedir interferências indevidas de considerações acerca de efeitos pragmáticos e significados não literais na análise do significado literal.¹⁰⁷⁴

Assim, ao desenvolver o conceito de implicaturas conversacionais,¹⁰⁷⁵ Grice pressupôs a existência daquilo “que é dito” (*what is said*) em termos de codificação linguística, já que, exatamente por extrapolar a informação semanticamente codificada, é que se torna possível identificar as implicaturas com base em seu contexto de enunciação.¹⁰⁷⁶

such thing as the zero or null context for the interpretation of sentences, and that as far as our semantic competence is concerned we understand the meaning of such sentences only against a set of background assumptions about the contexts in which the sentence could be appropriately uttered. Conferir também SESMA, Victoria Iturralde. **Interpretación literal y significado convencional**: una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 39-43.

¹⁰⁷³ GRICE, Paul. Logic and conversation. In: GRICE, Paul. **Studies in the way of words**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991. p. 22-40.

¹⁰⁷⁴ MIGUENS, Sofia. **Filosofia da Linguagem**: uma introdução. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2007. p. 170.

¹⁰⁷⁵ Implicatura “é um tipo de inferência pragmática baseada não no sentido literal das palavras, mas naquilo que o locutor pretendeu transmitir ao interlocutor” (MOURA, Heronides Maurílio de Melo. **Significação e contexto**: uma introdução a questão de semântica e pragmática. 4. ed. Florianópolis: Insular, 2013. p. 13).

¹⁰⁷⁶ A teoria da relevância, que aparece como um desenvolvimento do quadro griceano e reflete sobre a comunicação a partir do princípio do menor esforço cognitivo, sustenta uma distinção parcialmente parecida entre explicatura e implicatura, com base na distinção entre codificação e inferência (SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. **Relevance, communication and cognition**. 2. ed. Oxford; Cambridge:

Grice estabeleceu, portanto, um contraste importante entre dizer (*say*) e implicar (*implicate*). Segundo ele, aquilo que é dito por alguém está “intimamente relacionado ao significado convencional das palavras (a sentença) que ele proferiu”.¹⁰⁷⁷ Contudo, o que o autor da enunciação quis dizer depende de uma série de inferências contextuais. Pense-se no exemplo de Recanati que perguntado por seu interlocutor se sabia cozinhar, respondeu apenas com o enunciado “eu sou francês”.¹⁰⁷⁸

É também nesta distinção entre significado literal e significado do falante que repousa a interface semântica-pragmática: enquanto a primeira lida com o significado convencional (determinado por regras linguísticas) de palavras e frases, a pragmática busca a significação na intenção do emissor em um contexto de enunciação.

Mas, mesmo dentro deste quadro griceano, o nível de interferência de fatores pragmáticos na determinação do significado convencional continua sendo objeto de debate na filosofia da linguagem contemporânea.¹⁰⁷⁹ O debate entre contextualistas e minimalistas (literalistas ou semanticistas) passa, em grande parte, pela compreensão do grau de sensibilidade ao contexto que é necessário para se chegar à proposição expressa pela oração.¹⁰⁸⁰

Para compreender um pouco melhor o problema, é preciso recorrer ao estudo de Recanati sobre o significado literal. Em sua pesquisa, o autor distinguiu em três níveis de significado literal: (i) significado literal-t; (ii) significado literal-m; e (iii) significado literal-p.

Blackwell, 1995; SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. Relevance theory. In: HORN, Laurence R.; WARD, Gregory (org.). **The handbook of pragmatics**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2006. p. 607-632; CARSTON, Robyn. Relevance Theory and the Saying/Implicating Distinction. In: HORN, Laurence R.; WARD, Gregory (org.). **The handbook of pragmatics**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2006. p. 633-656).

¹⁰⁷⁷ GRICE, Paul. Logic and conversation. In: GRICE, Paul. **Studies in the way of words**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991. p. 25. Tradução do autor. No original: In the sense in which I am using the word say, I intend what someone has said to be closely related to the conventional meaning of the words (the sentence) he has uttered.

¹⁰⁷⁸ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 5.

¹⁰⁷⁹ CAMÓS, Francesc; FRÁPOLLI, María J. Contextualismo y semanticismo: debate abierto en la filosofía del lenguaje contemporánea. **Episteme NS**: Revista del Instituto de Filosofía, Caracas, v. 28, n. 1, p. 1-20, 2008.

¹⁰⁸⁰ Entre os contextualistas podem ser citados, por exemplo, TRAVIS, Charles. Pragmatics. In: HALE, Bob; WRIGHT, Crispin. **A companion to the philosophy of language**. Oxford; Malden: Blackwell Publishing, 1998, p. 87-107; e RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Em defesa do minimalismo semântico estão CAPPELEN, Herman; LEPORE, Ernie. **Insensitive semantics: a defense of semantic minimalism and speech act pluralism**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2005.

O *significado literal-t* é o significado linguístico de uma oração-tipo.¹⁰⁸¹ Compõe uma espécie de “esqueleto semântico”, que possui três características: trata-se de um significado caracterizado por ser (i) convencional; (ii) contexto-independente e (iii) em regra, não proposicional.¹⁰⁸²

Trata-se do significado obtido pelo princípio fregeano da composicionalidade e pela estruturação sintática da oração. Diciotti parece ter concebido dessa forma a noção de significado literal:

Si potrebbe assumere che il *significato letterale di un enunciato* sia costituito dal significato che l'enunciato esprime sulla base delle regole linguistiche concernenti il significato delle parole e dei termini che lo compongono (regole semantiche) e delle regole linguistiche concernenti la posizioni di questi e le relazioni tra di essi (regole sintattiche).¹⁰⁸³

O problema do *significado literal-t* de Recanati é que ele não possui, na maior parte dos casos, caráter proposicional. Para se transformar em uma estrutura vericondicional completa, será preciso enriquecer pragmaticamente essa oração-tipo.¹⁰⁸⁴ Desse enriquecimento pragmático, surgem as duas outras concepções de significado literal, que se distinguem pelo maior ou menor controle linguístico das inserções contextuais.

O *significado literal-m* corresponde, segundo Recanati, àquilo “que é dito” (*what is said*) nos termos da filosofia de Paul Grice. Trata-se de uma espécie sentido literal que resulta de um processo de preenchimento contextual da oração – portanto, dependente do contexto –, um processo pragmático que é linguisticamente controlado, ou seja, o significado literal-m é limitado pelo significado da oração.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸¹ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 5; RECANATI, François. **El significado literal**. Tradução de Francisco Campillo. Madrid: A. Machado Libros, 2006. p. 15.

¹⁰⁸² RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6. Segundo o autor, o traço distintivo do sentido literal-t é “seu caráter convencional e independente do contexto. Além disso, trata-se de algo que, ao menos de maneira geral, está longe de constituir uma proposição completa, é dizer, algo cuja verdade possa ser avaliada” (RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6. Tradução do autor. No original: The distinguishing characteristic of sentence meaning (the linguistic meaning of the sentence type) is that it is conventional and context-independent. Moreover, in general at least, it falls short of constituting a complete proposition, that is, something truth-evaluable).

¹⁰⁸³ DICIOTTI, Enrico. **Interpretazione della legge e discorso razionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 341.

¹⁰⁸⁴ Nos termos do garantismo, a acusação deverá formular, no processo penal, uma *proposição* com base no tipo penal e o seu caráter vericondicional é fundamental para assegurar o exercício do direito de defesa. Assim, por exemplo, a acusação irá dizer que “em tal local, data e horário, Tício matou Caio, ao golpeá-lo com um machado”. Em uma proposição como essa as condições de verdade estarão estabelecidas.

¹⁰⁸⁵ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6.

A influência contextual será apenas destinada a transformar a oração-tipo em uma proposição. Segundo Recanati, o *significado literal-m* (*what is said*) consiste no

resultado de completar o significado oracional (que é uma espécie de ‘esqueleto semântico’) até o ponto de torná-lo proposicional. As proposições às quais se pode chegar mediante esse processo de enriquecimento contextual estão limitadas por esse esqueleto que lhes serve como *input* para o processo.¹⁰⁸⁶

É justamente a extensão desse processo de enriquecimento pragmático que é objeto de disputa entre minimalistas e contextualistas. Embora o significado literal-m (o “*what is said*” griceano) corresponda a um significado que é limitado pelo significado convencional das palavras (a oração), essa limitação pode ser entendida de modo mais ou menos restrita.

Para o minimalistas esse enriquecimento contextual deve se restringir à ideia de saturação.¹⁰⁸⁷ Como explica Recanati, a saturação é um processo que “tem lugar cada vez que o significado de uma oração inclui algo similar a uma ‘lacuna’ que precisa ser completada, ou uma variável livre que requer sua identificação em um contexto específico”.¹⁰⁸⁸

¹⁰⁸⁶ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6. Tradução do autor. No original: What is said results from fleshing out the meaning of the sentence (which is like a semantic ‘skeleton’) so as to make it propositional. The propositions one can arrive at through this process of contextual enrichment or ‘fleshing out’ are constrained by the skeleton which serves as input to the process.

¹⁰⁸⁷ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7-8. Como esclarece o autor: “segundo o minimalismo, ‘o que se diz’ se separa do significado convencional da oração (e incorpora elementos tomados do contexto) *só quando é necessário ‘completar’ o significado oracional e fazê-lo proposicional*. Em outras palavras, a distância que deve separar o significado da oração do que se diz se reduz ao mínimo (daí o rótulo de ‘Minimalismo’)” (RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7. Tradução do autor. No original: “what is said”, in the minimalist framework, departs from the conventional meaning of the sentence (and incorporates contextual elements) *only when this is necessary to ‘complete’ the meaning of the sentence and make it propositional*. In other words, the distance between sentence meaning and what is said is kept to a minimum (hence the name ‘Minimalism’)).

¹⁰⁸⁸ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7. Tradução do autor. No original: This process takes place whenever the meaning of the sentence includes something like a ‘slot’ requiring completion or a ‘free variable’ requiring contextual instantiation. E segue o autor: “a saturação é o processo mediante o qual o significado da oração se completa e se faz proposicional, mediante a assinalação pelo contexto de valores semânticos àqueles constituintes da oração cuja interpretação depende disso [...]” (RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7. Tradução do autor. No original: Saturation is the process whereby the meaning of the sentence is completed and made propositional through the contextual assignment of semantic values to the constituents of the sentence whose interpretation is context-dependent [...]).

É o que ocorre por exemplo com o uso de indexicais.¹⁰⁸⁹ Itens indexicais são aqueles que, quando aparecem em uma oração, exigem um processo pragmático de *saturação* com elementos contextuais, a fim de que seu conteúdo possa ser avaliado como verdadeiro ou falso.¹⁰⁹⁰ Trata-se, no dizer do Recanati, de um processo contextual obrigatório do ponto de vista semântico, no sentido de que são os próprios componentes linguísticos que exigem o recurso ao contexto para saturá-los.¹⁰⁹¹ Ou seja, para que uma oração com indexicais possa ser avaliada como verdadeira ou falsa, o *conteúdo* dos indexicais precisa ser preenchido com elementos do contexto de enunciação que são determinados pelo *caráter* dos indexicais.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ No exemplo do autor, “uma oração de conteúdo indexical como ‘ele é alto’ não expressa uma proposição completa a menos que ao pronome demonstrativo ‘ele’, que atua como variável livre necessitada de identificação contextual, se lhe assinale contextualmente um referente” (RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7. Tradução do autor. No original: Thus an indexical sentence like ‘He is tall’ does not express a complete proposition unless a referent has been contextually assigned to the demonstrative pronoun ‘he’, which acts like a free variable in need of contextual instantiation). Outros exemplos de indexicais são termos como “eu”, “você”, “aqui”, “agora”, “ontem” etc.

¹⁰⁹⁰ Como afirmou Ernesto Perini, “a proposição expressa por uma sentença contendo indexicais tem componentes selecionados no contexto de enunciação pelos morfemas indexicais que nela figuram” (SANTOS, Ernesto Perini. Contextualismo. **Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica**, Lisboa, 2014. Disponível em: file:///D:/OneDrive/Ebooks%20e%20Papers/FILOSOFIA%20DA%20LINGUAGEM/Perini%20dos%20Santos_Contextualismo_2014.pdf. Acesso em: 28 ago. 2017. p. 3). Logo, somente depois de preenchida a variável com o valor contextual é que será possível avaliar a veracidade da sentença (LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. Tradução de Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. Revisão da tradução Aníbal Mari, Revisão técnica Rodolfo Ilari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 67).

¹⁰⁹¹ RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7-8. Segundo o autor, “sempre que se pretenda conseguir uma saturação correta, para que assim a emissão expresse uma proposição completa, será necessário recorrer ao contexto: desde o ponto de vista semântico, a saturação é sem dúvida um processo contextual obrigatório. Outros processo contextuais, como é o caso das inferências que dão lugar às implicaturas, são, desde um ponto de vista semântico, opcionais, desde o momento em que se poderia prescindir desses aspectos do significado a quais dão lugar: sem eles, a emissão seguiria expressando uma proposição completa” (RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 7-8. Tradução do autor. No original: Whenever saturation is in order, appeal to the context is necessary for the utterance to express a complete proposition: from a semantic point of view, saturation is a *mandatory* contextual process. Other contextual processes – for example, the inference process generating implicatures – are semantically optional in the sense that the aspects of meaning they generate are dispensable; the utterance would still express a complete proposition without them).

¹⁰⁹² KAPLAN, David. Demonstratives: an essay on the semantics, logic, metaphysics, and epistemology of demonstratives and other indexicals. In: ALMOG, Joseph; PERRY, John; WETTSTEIN, Howard. **Themes from Kaplan**. New York; Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 481-563. Assim, por exemplo, o caráter do indexical “eu” consiste na convenção linguística que determina que o conteúdo da palavra “eu” deve ser preenchido pela identidade da pessoa que fala ou escreve (Ibid., p. 505). Do mesmo modo, o caráter da palavra “ontem” consiste na regra linguística segundo a qual o conteúdo da palavra “ontem” indica o dia anterior ao dia da enunciação. Com estes esclarecimentos terminológicos, é possível entender a afirmação de Kaplan de que “indexicais possuem um *caráter sensível ao contexto*”, uma vez que “é característica de um indexical que o seu *conteúdo* varie com o contexto” (Ibid., p. 506. Tradução do autor. No original: Indexicals have a *context-sensitive* character. It is characteristic of an indexical that its content varies with context).

Os pragmatistas, como é o caso de Recanati, rejeitam a compreensão minimalista do sentido literal-m.¹⁰⁹³ Para o autor, além da saturação, o significado literal-m é composto também por processos pragmáticos primários de enriquecimento, de modo que ele possa ser visto como uma primeira compreensão que se torna disponível ao intérprete.¹⁰⁹⁴ Nesse sentido, o *what is said* griceano “corresponde à primeira representação resultante do processamento da oração cuja verdade o sujeito (em nível pessoal) pode avaliar. É, portanto, em certo sentido, mínima, ainda que não (como veremos) no sentido dado pelo minimalismo”.¹⁰⁹⁵

Esse primeiro significado disponível ao intérprete pode estar sujeito a um processamento posterior – por exemplo, mediante inferências – que nos leva a outros significados. Por fim, o *significado literal-p* resulta de processos pragmáticos não controlados linguisticamente (processos pragmáticos secundários): trata-se de um sentido dependente do contexto, que possui caráter proposicional e não é limitado pelo significado oracional.¹⁰⁹⁶ Nesse momento tem lugar as *implicaturas* griceanas. Consoante Levinson, “as fontes desta espécie de inferência pragmática [implicaturas] se encontram fora da organização da língua, em alguns princípios gerais da interação cooperativa [...]”.¹⁰⁹⁷ Nesses casos, por definição, o significado do enunciado – aquilo que é

¹⁰⁹³ Recanati rejeitou a tese minimalista com base em seu princípio da disponibilidade, segundo o qual “o que se diz” deve ser analisado “conforme às intuições compartilhadas por aqueles que compreendem por completo uma oração – habitualmente, no caso de uma conversa normal, falante e ouvinte” (RECANATI, Fraçois. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 14. Tradução do autor. No original: Hence my ‘Availability Principle’, according to which ‘what is said’ must be analysed in conformity to the intuitions shared by those who fully understand the utterance – typically the speaker and the hearer, in a normal conversational setting). O problema é que para os minimalistas o sentido literal-m não precisa necessariamente estar disponível à consciência dos interlocutores. Recanati, recorrendo à ideia de significado não-natural de Grice, sustenta tanto o que se diz quanto o que se implica devem estar, sim, disponíveis à consciência (RECANATI, Fraçois. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 8-16).

¹⁰⁹⁴ Consoante Recanati, “em vez de afrontar a questão desde o ponto de vista linguístico e igualar ‘o que se diz’ com a proposição mínima a que se chega através da saturação, podemos adotar uma perspectiva mais psicológica e igualar o que se diz com (o conteúdo semântico de) o resultado consciente do complexo processo de processamento que subjaz a compreensão” (RECANATI, Fraçois. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 16. Tradução do autor. No original: Instead of looking at things from the linguistic side and equating ‘what is said’ with the minimal proposition one arrives at through saturation, we can take a more psychological stance and equate what is said with (the semantic content of) the conscious output of the complex train of processing which underlies comprehension).

¹⁰⁹⁵ RECANATI, Fraçois. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 17. Tradução do autor. No original: ‘what is said’ corresponds to the primary truth-evaluable representation made available to the subject (at the personal level) as a result of processing the sentence. It is therefore minimal in a certain sense, though not (as we shall see) in the sense of Minimalism.

¹⁰⁹⁶ RECANATI, Fraçois. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 6.

¹⁰⁹⁷ LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. Tradução de Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. Revisão da tradução Aníbal Mari, Revisão técnica Rodolfo Ilari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 121. A inferência pragmática do que é comunicado resulta do fato de que a atividade conversacional é regida pelo *princípio*

comunicado – transcende o significado semântico da oração com base em outras informações disponíveis no contexto.

Quanto se pensa no sistema jurídico-penal e em seus propósitos garantistas, existem razões normativas para se pensar em uma concepção operacional de significado literal que se confunda com aquilo que Recanati chamou *significado literal-m*, nos termos da concepção minimalista. Trata-se de um significado que assegura o controle linguístico dos elementos contextuais e que, ao figurar como limite de toda interpretação justificável do Direito Penal, permite que a textualidade legal cumpra seu papel garantista.

Nesse sentido, a leitura minimalista do *significado literal-m* pode figurar como uma regra discursiva que estabelece a impossibilidade da justificação de juízos interpretativos que, em relação ao significado literal-m, importem uma ampliação do poder punitivo estatal. Trata-se de uma regra discursiva que cumpriria a relevante função de afastar a possibilidade de enriquecimentos pragmáticos livres ou não linguisticamente controlados – comumente amparados em fundamentos teleológicos – no discurso de justificação de juízos interpretativos da lei penal.

6.4.4 Controle da comparação de casos (*in dubio pro reo* em matéria interpretativa)

Uma concepção de sentido literal do texto legal não pode se fixar apenas no nível linguístico, desconsiderando os eventos mundanos que formam a sua referência. Em termos fregeanos, a preocupação do teórico do direito não pode se restringir a problemas relativos ao *sentido*, devendo também tratar das questões que envolvem a *referência* do texto normativo.¹⁰⁹⁸

cooperativo, que, na formulação de Grice, determina que cada participante da conversa deve “dar sua contribuição à conversação tal como é exigido, a cada estágio da conversa, pelo propósito admitido ou pela direção da troca comunicativa na qual se está engajado” (GRICE, Paul. *Logic and conversation*. In: GRICE, Paul. **Studies in the way of words**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991. p. 26). Levinson oferece um exemplo em que A questiona “onde está Bill?” e B lhe responde da seguinte forma: “Há um VW amarelo na casa de Sue”. Segundo Levinson, “a contribuição de B, considerada literalmente, deixa de responder à pergunta de A e, portanto, parece violar, pelo menos, as máximas da quantidade e da relevância. Podemos, portanto, esperar que o enunciado de B seja interpretado como uma resposta não cooperativa, uma forma de desconsiderar as preocupações de A por meio de uma mudança de tópico. Não obstante, é claro que, apesar desta *aparente* falha de cooperação, tentamos interpretar o enunciado de B como cooperativo em algum nível mais profundo (não superficial). Fazemos isso supondo que, na verdade, o enunciado de B é cooperativo e, depois, perguntando que ligação poderia haver entre a localização de Bill e a localização de um VW amarelo, e, assim, chegarmos à sugestão (que B efetivamente comunica) de que, se Bill tem um VW amarelo, ele pode estar na casa de Sue” (LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. Tradução de Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. Revisão da tradução Aníbal Mari, Revisão técnica Rodolfo Ilari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127-128).

¹⁰⁹⁸ FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. Tradução de Paulo Alcoforado. In: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2009. p. 129-158.

Uma das grandes dificuldades que envolvem a aplicação do direito consiste na classificação de eventos particulares aos termos gerais da linguagem jurídica.¹⁰⁹⁹ E essa operação, frequente ou inevitavelmente, envolve a comparação de casos. Os casos familiares, isto é, aqueles que consensualmente se consideram abarcados pelo texto legal, são tomados como parâmetro de comparação em relação a outros casos cuja subsunção ao texto não é tão clara.

Esse problema foi bem explorado pelas teorias jurídicas de Austin e Hart. Diversamente de Kelsen, que parece ter ficado restrito a problemas linguísticos relacionados ao sentido do texto,¹¹⁰⁰ Austin e Hart tematizaram explicitamente a relação linguagem-mundo na aplicação do direito, isto é, voltaram o foco para os problemas que costumam ter lugar na subsunção de situações fáticas a textos normativos.

Talvez por causa de sua imersão no sistema jurídico do *Common law*, esses autores tiveram uma extraordinária consciência do papel do raciocínio analógico (comparação de casos) na interpretação do direito.¹¹⁰¹ Em virtude de sua relevância para

¹⁰⁹⁹ Como sustentou Hart, no “coração da decisão judicial” encontra-se o problema da classificação de particulares (HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 72-73). E Austin, mais incisivamente, afirmou que “a dificuldade está em trazer as espécies à regra, em determinar não qual é o direito ou qual é o fato, mas se o direito dado é aplicável ao fato dado” (AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 176. Tradução do autor. No original: the difficulty is in bringing the species under the rule; in determining not what the law is, or what the fact is, but whether the given law is applicable to the given fact. Essa obra de Austin foi traduzida para o espanhol: AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

¹¹⁰⁰ Nas poucas menções que fez ao tema, Kelsen parece preocupar-se com aspectos internos à expressão linguística, isto é, parece referir-se ao problema do *sentido* das palavras, sem se preocupar, de forma explícita, com as dificuldades que surgem no momento de aplicar os termos gerais a situações individualizadas. A seguinte passagem exemplifica o argumento: “Aqui temos em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 389). Em outra oportunidade, ao se referir à necessidade da interpretação jurídica, Kelsen observa que, “uma vez que o direito é formulado em palavras e palavras frequentemente têm mais de um significado, a interpretação do direito, que consiste na determinação de seu significado, torna-se necessária” (KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. In: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii. Tradução do autor. No original: Since the law is formulated in words and words have frequently more than one meaning, interpretation of the law, that is determination of its meaning, becomes necessary).

¹¹⁰¹ Aqui é interessante destacar que Robert Alexy sustenta que a *analogia* ou *comparação de casos* deve ser compreendida como uma terceira operação básica na aplicação do direito, ao lado da subsunção e da ponderação (ALEXY, Robert. Dois ou três? In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 225-238).

o argumento que será desenvolvido neste tópico, vale fazer uma rápida exposição da abordagem de ambos.

Em Austin, a necessidade da comparação de casos revela-se em sua exposição do “problema da *disputa de similitudes opostas*”. Trata-se de um tipo de explicação da vagueza da linguagem do direito que relaciona, de forma profunda, o sentido dos textos jurídicos com a comparação de casos individuais aos quais os textos se aplicam.

Segundo o autor, leis vagas (aquelas que envolvem uma indeterminação de grau) são “viveiros de similitudes opostas”.¹¹⁰² A competição de similaridades opostas acarreta uma dúvida – e, conseqüentemente, certa liberdade de escolha para o julgador – sobre: (i) qual das regras em questão é aplicável ao caso concreto (quando há mais de uma regra em jogo), ou (ii) sobre a incidência ou não de uma regra a um caso determinado (quando há apenas uma regra aplicável). É um problema vinculado à indeterminação do direito, porque surge quando as regras não conseguem ou não podem definir com precisão todas as características relevantes da classe de casos aos quais se aplica.

Imagine, por exemplo, que duas regras jurídicas, A e B, são indefinidas. O caso “x”, que demanda decisão judicial, guarda semelhança, em alguns aspectos, com os casos claramente regidos pela regra A e, em outros aspectos, com os casos claramente regulados pela regra B – por isso fala-se em similitudes “opostas”. Coloca-se, então, ao juiz, a questão de saber qual regra (A ou B) deve ser aplicada ao caso “x”.¹¹⁰³

O mesmo problema coloca-se ao juiz, no caso em que há uma única regra indefinida a disputar a regulação do caso. Nesse caso, havendo somente uma regra indeterminada, a dúvida diz respeito à aplicabilidade dessa regra a um determinado caso concreto. O caso “y” possui algumas características peculiares aos casos em que a regra R certamente se aplica e outras características típicas dos casos nos quais a regra R certamente não se aplica.¹¹⁰⁴ O juiz precisa, portanto, decidir se a regra R é ou não aplicável ao caso “y”.

Com relação à aplicação do direito ao caso que espera por uma solução, ‘a disputa de similitudes opostas’ pode certamente surgir. Pois, o caso que espera por uma solução pode se parecer, em alguns pontos, com o caso ou os casos aos quais a regra jurídica tem sido efetivamente aplicada. Mas ele pode

¹¹⁰² AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. v. 2. 5. ed. edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1885. p. 1001. Tradução do autor. No original: These are hotbeds of competing analogies.

¹¹⁰³ Daí Austin avança uma consideração genuinamente juspositivista, qual seja, como não é possível nenhuma resposta correta no caso, o juiz precisará determinar a regra aplicável e, assim, inevitavelmente exercerá um poder de escolha – poder discricionário (Ibid., p. 998-999).

¹¹⁰⁴ Ibid., p. 999.

também se parecer, em outros pontos, a um caso ou casos nos quais a aplicação da regra tem sido negada. Assim, com relação à regra jurídica (ou com relação à aplicabilidade da regra jurídica ao caso que espera solução), as semelhanças do caso com os casos aos quais o direito foi aplicado, e as semelhanças do caso com os casos nos quais a aplicação do direito foi negada, são ‘semelhanças opostas ou em conflito’: a primeira convida o tribunal a aplicar a regra; a segundo aconselha o tribunal no sentido de que a regra não é aplicável.¹¹⁰⁵

Percebe-se, com isso, como Austin trata o problema da indeterminação do direito provocado pela vagueza da linguagem jurídica sem se descolar, um instante sequer, da análise dos casos individuais. A indeterminação não é causada apenas pela pluralidade de sentidos textuais, mas, sobretudo, pela relação semântica que se estabelece entre texto e mundo. O problema da discricionariedade surge, portanto, no momento de subsumir um caso concreto à definição da hipótese fática de uma norma jurídica abstrata.

Essa questão foi posteriormente desenvolvida por Hart em sua concepção da *textura aberta* do direito.¹¹⁰⁶ Em relação a Austin, Hart ampliou o argumento: a comparação de casos assim como as dificuldades que envolvem a classificação de eventos particulares às fórmulas gerais da linguagem legal não são consequências de leis imperfeitas, mas dos próprios limites da linguagem natural. Trata-se de uma dificuldade que é inerente à transmissão de padrões normativos comportamentais por meio de signos linguísticos gerais.¹¹⁰⁷

Como explicou Hart, os entes individualizados a que as palavras se referem “são como se fossem *mudos*”,¹¹⁰⁸ isto é, “as situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos da norma geral cuja aplicação

¹¹⁰⁵ Ibid., p. 633. Tradução do autor. No original: But with regard to the application of the law to the case awaiting solution, ‘the competition of opposite analogies’ may certainly arise. For the case awaiting solution may resemble in some of its points the case or cases to which the rule of law has actually been applied. But it may also resemble in other of its points a case or cases from which the application of the law has been withheld. Now, with reference to the rule of law (or with reference to the applicability of the rule to the case which awaits solution), the resemblances of the case to the cases to which the law has been applied, and the resemblances of the case to the cases from which the law has been withheld, are ‘opposite and competing analogies’: the first inviting the tribunal to apply the rule; the second admonishing the tribunal that the rule is not applicable.

¹¹⁰⁶ Rumble observou que Austin antecipou muitos elementos da teoria da aplicação do direito de Hart, como a importante distinção entre o núcleo de significado fixo (*core of fixed meaning*) e a zona de penumbra ou de textura aberta (*fringe of open texture*) dos termos gerais, além de ter explicado – segundo ele – de modo convincente porque os juízes têm e devem ter uma ampla quantidade de discricionariedade nos casos difíceis (RUMBLE, Wilfried E. **The thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution**. London: Athlone Press; Dover: New Hampshire, 1985. p. 117 e p. 143).

¹¹⁰⁷ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 164.

¹¹⁰⁸ HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69.

está em pauta; nem a norma geral pode se adiantar para demarcar seus próprios exemplos”.¹¹⁰⁹

Todo texto normativo, por mais claro e técnico que seja, encontrará, na inventividade das relações humanas, situações concretas que exigirão do intérprete uma escolha, isto é, uma tomada de decisão acerca da sua adequação aos termos classificatórios gerais presentes no texto normativo considerado aplicável (casos difíceis).¹¹¹⁰

Segundo ele, uma das condições para que a linguagem possa exercer algum papel relevante na comunicação cotidiana é a existência de *casos familiares* das fórmulas linguísticas gerais, isto é, que existam casos ou classes de casos aceitos convencionalmente como exemplos perfeitos de determinados termos gerais classificatórios.¹¹¹¹ Em seu famoso exemplo da regra que proíbe a entrada de veículos em um parque, Hart argumentou que o termo “veículo” certamente inclui um automóvel e que o automóvel é um *caso padrão* do termo geral “veículo”. Isso é assim porque em relação ao automóvel – e diversamente do que poderia ocorrer em relação a uma bicicleta ou a um patinete motorizado – não há disputas ou controvérsias sobre sua aplicação,¹¹¹² já que há, nesse caso, “um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios”.¹¹¹³

Por outro lado, o mesmo termo “veículo” pode ser objeto de controvérsia ou de dúvida no caso de alguém pretender entrar no parque com patinetes ou bicicletas motorizadas. Trata-se de um tipo de dúvida que surge com a própria situação concreta e que consiste em determinar se o caso em questão se situa no âmbito do mencionado termo geral. Quando se considera apenas a linguagem, o caso não está nem obviamente incluído nem obviamente excluído de seu horizonte. Nesse tipo de caso, ocorre, segundo Hart,

¹¹⁰⁹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 163-164.

¹¹¹⁰ Trata-se, portanto, de um problema que transcende o postulado iluminista de elaboração da lei ideal – já que até mesmo textos bem redigidos estarão sujeitos a esse problema –, mas não o dispensa, pois quando maiores forem a vagueza e os defeitos de redação do texto, maior será a possibilidade de que surjam dificuldades classificatórias.

¹¹¹¹ “Os termos gerais seriam inúteis como meio de comunicação se não houvesse esses casos familiares, geralmente incontroversos” (HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 164).

¹¹¹² HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 68-69.

¹¹¹³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 164.

algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que deve fazer a classificação. Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem quer que vá dirimi-las deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas.¹¹¹⁴

Em síntese, o termo geral “veículo” possui um “núcleo duro de casos padrões” aos quais ele se aplica sem controvérsia e uma “zona de penumbra” na qual se situam os casos que possuem determinadas características similares ao caso padrão, embora não possua todas as características relevantes do caso padrão – ou possua outras características que o caso padrão não possui.¹¹¹⁵ Diante de um caso duvidoso, situado na zona de penumbra do termo geral, “a pessoa encarregada de responder não tem outra alternativa senão a de examinar (como quando se utiliza um precedente) se o caso presente se assemelha ‘suficientemente’ ao caso simples sob os aspectos ‘pertinentes’”.¹¹¹⁶

Da análise de Hart resulta um sistema de dupla face, no qual a vinculação normativa dos aplicadores do direito é muito maior em face do julgamento de casos familiares e bem menor diante dos casos situados na zona de penumbra do texto normativo. Neste último caso, deixa-se ao aplicador do direito uma *escolha* entre alternativas abertas, escolha que configura, na visão de Hart, a discricionariedade:¹¹¹⁷

Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados.¹¹¹⁸

¹¹¹⁴ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 164-165.

¹¹¹⁵ Segundo Hart, “cada um desses casos [situados na zona de penumbra] apresentará algumas características em comum com o caso padrão; e não apresentará outras, ou será acompanhado por outras características não presentes no caso padrão” (HART, H. L. A. *O positivismo e a separação entre o direito e a moral*. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69).

¹¹¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 165.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 176-182.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 176.

Assim, diante de um caso situado na zona de penumbra do texto legal, o intérprete-aplicador precisará recorrer a outros elementos interpretativos para decidir se caso se acha ou não abrangido pelo conteúdo normativo do texto.

Imagine que se questione ao juiz local se uma pessoa que entrou no parque com um skate descumpriu ou não a regra que proíbe a entrada de veículos no parque. Como o skate não se situa no núcleo de significado padrão do termo “veículo”, o texto não poderá ajudá-lo a resolver o caso.

O juiz poderá, então, recorrer aos propósitos que determinaram a elaboração da regra que proíbe a entrada de veículos no parque. Assim, se ele descobrir, por exemplo, que a proibição de veículos no parque foi motivada apenas por questões ambientais (evitar a poluição no local), ele terá certamente uma razão para decidir que o réu não violou a regra proibitiva. Mas se, ao invés disso, ele descobrir que os veículos foram proibidos por questões de segurança (evitar acidentes), porque cerca de 80% dos frequentadores do parque são pessoas com mais de 80 anos de idade, a solução do caso poderia ser outra.¹¹¹⁹

Mas perceba que, neste momento, o juiz já abandonou o sentido literal do texto e adentrou no campo da argumentação teleológica – ou, pelo menos, ele está buscando o auxílio do contexto de aplicação da regra para preencher o significado do componente linguístico “veículo”. Que isso comumente ocorra nos setores não-penais do direito é uma trivialidade. Mas não se pode perder a referência à textualidade na aplicação do núcleo incriminador do Direito Penal.

Assim, diante de uma lei penal, o juiz, que ao julgar o caso do skatista recorresse aos propósitos da lei, encontraria óbices para a justificação de seus juízos interpretativos. Porque ou bem ele estaria abandonando o texto legal e ingressando no campo teleológico (violação da garantia da textualidade) ou bem ele estaria promovendo um tipo de enriquecimento pragmático do vocábulo veículo que é vedado pelas regras de atribuição do sentido literal ao texto. De qualquer forma, a justificação não seria jurídico-penalmente legítima.

Mas o fato é que diante da inevitabilidade da comparação de casos na aplicação do direito, tão bem explicitada por Austin e Hart, estabeleceu-se um debate sobre a possibilidade de se distinguir a *interpretação extensiva* e a *analogia* – especialmente no âmbito penal, em virtude da proibição da analogia prejudicial.

¹¹¹⁹ Sobre essas considerações é importante conferir ALEXY, Robert. Dois ou três? In: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

Para defender a possibilidade dessa distinção, Larenz recorreu à noção de núcleo de significado padrão e zona de penumbra (franjas marginas) do texto legal:

Tratando-se de termos que são tomados da linguagem corrente, o significado estrito identificar-se-á em regra com o denominado ‘âmbito nuclear’ que é intencionado em primeiro lugar ao usar este termo; ‘amplo’ é então aquele significado que, em maior ou menor extensão, compreende também fenômenos da franja marginal, que no uso linguístico geral só algumas vezes se têm também em conta. O transcender da franja marginal, concebida de modo tão amplo quanto possível, já não seria interpretação, tal como o não seria a exclusão daqueles fenômenos que indubitavelmente se situa no âmbito nuclear. No primeiro caso só se poderia tratar de uma analogia; no segundo, de uma redução teleológica da lei.¹¹²⁰

O autor, assim, divide três esferas possíveis: (i) o sentido estrito é o que abrange os casos familiares do texto; (ii) o sentido amplo abrange as hipóteses situadas na zona de penumbra; (iii) na analogia, o caso não pode ser situado nem mesmo na zona de penumbra textual.

Muitos, no entanto, colocaram em dúvida a possibilidade dessa distinção (entre interpretação e analogia): se não é possível aplicar o direito sem comparar casos, não seria possível também falar em interpretação sem analogia?¹¹²¹ Mas o fato é que quando se estabelece, como garantia interpretativa, a intranscendência dos limites semânticos da linguagem legal essas questões perdem o interesse prático, como explicou Figueiredo Dias:

existem processos hermenêuticos cuja conclusão se mantém no quadro dos significados comuns atribuídos às palavras utilizadas pelo legislador e processos cuja conclusão o ultrapassa: e é isto o essencial para observância do conteúdo de sentido legitimador do princípio da legalidade. Todo o resto acaba por reduzir-se a uma questão terminológica desinteressante, qual seja a de saber se em vez de distinguir a ‘interpretação’ da ‘analogia’ não se torna preferível distinguir uma **interpretação jurídico-penalmente permitida** de uma outra **proibida**.¹¹²²

¹¹²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 500-501.

¹¹²¹ Segundo Figueiredo Dias, “não é logicamente possível, nem metodologicamente legítimo distinguir entre interpretação e analogia” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 190). No mesmo sentido Roxin: “no existe ninguna diferencia lógica entre interpretación y analogía, porque toda interpretación consiste también en una comparación de la similitud” (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 154).

¹¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. p. 191. Também Roxin considera verdadeiro que toda interpretação envolva comparações (isto é, que há de fato uma identidade de procedimentos entre analogia e interpretação), mas ressalva: “pero esa igualdad del procedimiento de

A questão fundamental, portanto, volta a ser a atribuição do significado literal ao texto legal. Já vimos como essa atribuição deve limitar o enriquecimento pragmático. Neste tópico, a questão parece-me ser a seguinte: o Direito Penal lida (ou deve lidar) somente com os casos familiares da linguagem, não abarcando, em princípio, os casos situados na zona de penumbra textual.

Em outros termos: o problema dos limites da interpretação precisa ser pensado não apenas em termos de pura textualidade, mas também como classificação de eventos particulares a termos linguísticos. Se insistirmos na reflexão sobre um significado de significado literal, agora sob a ótica da relação linguagem-mundo e da comparação de casos, seria possível afirmar que o sentido literal abrange apenas e tão somente o núcleo duro de casos padrões. Com isso, mais uma vez, os *hard cases* estariam afastados do âmbito penal.

E o motivo, de novo, é a garantia penal da legalidade que, em seus fundamentos jurídicos (prevenção geral e culpabilidade), exige que o comportamento penalmente proibido esteja previsto no texto legal de modo plenamente acessível a todos os destinatários da norma. As pessoas em geral devem poder compreender, a partir da leitura do texto jurídico, qual é o comportamento penalmente proibido.

E se os casos situados na zona de penumbra textual acarretam dúvidas e divergências até mesmo entre os mais preparados aplicadores do direito, certamente não é possível afirmar que a proibição penal de tais condutas seja a todos acessível. As dúvidas sobre a inserção de um fato na zona do ilícito penal prejudicam a eficácia

argumentación no nos impide distinguir entre su aplicación dentro y fuera (al margen) del límite del tenor literal, y considerar que el primer supuesto es lícito y que en cambio el segundo está prohibido en Derecho penal. El límite del tenor literal no caracteriza ninguna diferencia en la estructura lógica del proceso de aplicación del Derecho, sino que tiene su justificación en premisas jurídicopolíticas y penales independientes de esa estructura [...]. Naturalmente que, en vez de hablar de interpretación y analogía, también se puede hablar de interpretación lícita e ilícita o de analogía permitida y prohibida; pero ésas son cuestiones puramente terminológicas, sobre las que no merece la pena discutir” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 154). Zaffaroni et al, por sua vez, argumentam que esse componente da garantia penal da legalidade não pretende “excluir a analogia como forma ou recurso do pensamento. O *argumentum a simile* não tem por que ser eliminado do direito penal: a violência do art. 157 CP é análoga à do art. 352 CP. Quando aplicamos um princípio a um determinado número de casos, se não houver uma disposição legal ou uma razão plausível que nos diga o contrário, não teremos por que nos abster de aplicá-lo a outro que se encontre em uma relação essencial com aqueles. Se não fosse aplicada a analogia na lógica jurídica, nosso labor seria praticamente irrealizável, porque o pensamento recorre à analogia de modo incluível: a comparação é indispensável para o raciocínio” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 209-210).

preventiva e impedem um juízo adequado de culpabilidade daquele que realizou o comportamento situado na zona de penumbra do texto legal.

Alguns penalistas já sustentam a ideia de que o princípio do *in dubio pro reo* deva ser aplicado também no âmbito da interpretação do Direito Penal.¹¹²³ Se examinarmos o problema a partir da ótica da comparação de casos, é possível atribuir um pouco mais de densidade ao conteúdo dessa regra de interpretação: o Direito Penal está limitado pela garantia dos limites semânticos da linguagem, ou seja, pelo sentido literal do texto legal. Para cumprir seu propósito garantista, o sentido literal deve ser compreendido como o núcleo de casos familiares do texto. Havendo dúvida quanto à abrangência de um determinado caso pelo texto legal (se o caso se situa na zona de penumbra do texto), deve-se optar pela liberdade (*in dubio pro reo*). Não é parte do tipo de comunicação que se exige do Direito Penal operar com penalização de casos situados na zona de penumbra do texto legal.

Advirta-se que a frequente objeção de que o *in dubio pro reo* é, apenas ou essencialmente, uma regra de apreciação/valoração da prova não é um argumento adequado nem mesmo à luz da tradição, pois, como destacou Savigny, o princípio do *in dubio pro reo* em matéria interpretativa já tinha, de certo modo, acento no direito romano.¹¹²⁴

Um exemplo simples pode ser útil: quando se pensa no texto que prevê o crime de estupro (art. 213 do Código Penal) os *casos familiares* abarcados pelo texto vêm à mente. Ninguém dúvida que constitui estupro a realização não consentida com a vítima de conjunção carnal, sexo anal, sexo oral etc. Mas muitos duvidam que o beijo forçado e

¹¹²³ Assim, por exemplo, Zaffaroni et al: “o princípio de interpretação restritiva também se expressa em uma segunda etapa que, sem dúvida, é puramente interpretativa: dentro do alcance semântico das palavras da lei pode haver um sentido mais amplo para a criminalização ou um mais limitado ou restrito. As dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*, que não é pacificamente aceita, pois costuma-se afirmar que não consiste em uma regra interpretativa do direito penal, mas apenas num critério de valoração processual da prova. Aqueles que a refutam argumentam que, dentro dos limites semânticos do texto legal, pode-se escolher livremente a interpretação mais ampla, a literal ou a mais restritiva, ou seja, não admitem um princípio interpretativo geral de cunho restritivo. Tal posição se baseia em uma distinção que não se justifica – pelo menos com a extensão negativa – porque as duas consequências” (*in dubio pro reo* e interpretação restritiva) derivam igualmente da excepcionalidade da criminalização primária” (ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 210-211).

¹¹²⁴ SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. p. 159, pé de página. O autor assim transcreveu a regra na página citada: “*in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justum est quam tutius*” (L. 192, § 1, de R. J. (L. 17). A respeito da aplicação da regra no âmbito penal, o autor indica: “si la ley penal es dudosa debe elegirse la pena más dulce” (L. 42, de poenis, XLVIII, 19).

as apalpadelas sejam casos abrangidos pelo texto legal: *in dubio pro reo*. Na doutrina, recorre-se comumente ao argumento da proporcionalidade para afastar essas condutas do âmbito de abrangência do tipo. Mas bastaria pensar que esse tipo de caso, por estar situado na zona de penumbra do texto legal que prevê o crime de estupro, não pode ser por ele abrangido em virtude da aplicação da regra discursiva do *in dubio pro reo*.

6.4.5 O controle das variações semânticas (regra de estabilidade lexical)

Outro problema que afeta a possibilidade de limitação do poder pela linguagem legal é a alteração do significado das palavras ao longo do tempo. Considerando que o uso das palavras em diferentes contextos e situações afeta o seu significado, à medida que o tempo passa o léxico registra significativas variações semânticas.

Ludlow, partindo de uma concepção dinâmica de léxico, utilizou a expressão “guerra lexical” para fazer referência às disputas que versam sobre como uma palavra deve ser definida.¹¹²⁵ Segundo o autor, como o sentido das palavras é subdeterminado, o seu significado será sempre modulado ou ajustado, de forma dinâmica, na atividade de conversação.¹¹²⁶

A guerra lexical mencionada por Ludlow é especialmente relevante na prática jurídica, uma vez que a tentativa de modulação do significado das palavras não é nada rara em ambientes não-cooperativos como o processual penal.¹¹²⁷ Como os participantes do processo possuem interesses diversos, eles podem desejar ampliar ou restringir o significado das palavras que compõem o texto legal, a fim de que elas possam abranger ou excluir o caso que é objeto de debate.

¹¹²⁵ “‘Lexical warfare’ is a phrase that I like to use for battles over how a term is to be understood” (LUDLOW, Peter. **Living words: meaning underdetermination and the dynamic lexicon**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 7). O autor também fala em guerra lexical para fazer referência à atribuição de uma resposta emocional positiva ou negativa a uma determinada palavra: “Lexical warfare is not exclusively concerned with how terms are to be defined—it can also work to attach either a negative or positive aspect to a term. So, famously, Ronald Reagan successfully attached a negative patina to ‘liberal’, while a term like ‘patriot’ has a positive affect (few today reject the label ‘patriotic’, they rather argue for why they are entitled to it) (Ibid., p. 8).

¹¹²⁶ Diz o autor: “[...] I think this is typical of how things are with the words we use. Even for well-entrenched words their meanings are open-ended and can change on the fly as we engage different conversational partners. Consider a word like ‘sport’. Does it include bowling? Mountain climbing? Darts? Chess? Or consider words like ‘freedom’, ‘journalist’, or (less loftily) ‘sandwich’ and ‘doll’. All of these words have meanings that are underdetermined, and we adjust or modulate their meanings on a conversation-by-conversation basis. Their meanings are *dynamic*” (Ibid., p. 2)

¹¹²⁷ Não é por acaso que grande parte dos exemplos utilizados pelo autor tenham sido extraídos da prática jurídica.

As disputas em torno do significado das palavras podem ocorrer não apenas de uma perspectiva sincrônica, como também a partir de uma perspectiva diacrônica. Em relação à primeira, o que foi dito no tópico anterior sobre os casos familiares e a aplicação do *in dubio pro reo* em matéria interpretativa pode ser útil. No momento, interessa especialmente as alterações significativas que têm lugar em virtude do decurso do tempo e do envelhecimento do texto legal.

No âmbito jurídico, o palco das guerras lexicais diacrônicas é a chamada “interpretação evolutiva”. Ada Pellegrini, após ressaltar que os métodos interpretativos (cânones hermenêuticos) podem ter caráter estático ou dinâmico – e reconhecer que a interpretação gramatical é estática –, afirmou que “a visão evolutiva da interpretação das normas deve sempre iluminar os demais métodos, numa visão dinâmica do direito”.¹¹²⁸ O argumento interpretativo conhecido como “interpretação evolutiva” foi assim definido pela autora:

A interpretação evolutiva se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada e, por isso, deve examinar o enunciado do texto no contexto histórico presente (não no contexto da redação do texto). Todo texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Está comprovada a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à ‘vontade do legislador’. A realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. O direito não é uma entidade estática.¹¹²⁹

No plano constitucional, o argumento evolutivo transmuda-se na ideia de *mutação constitucional*. Sobre o tema, escrevem Gilmar Mendes e Paulo Branco:

O estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.¹¹³⁰

¹¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 113.

¹¹²⁹ Ibid., p. 114.

¹¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134. Mas os autores ressaltam que “a nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional” (Ibid., p. 134).

O argumento evolutivo consiste, em síntese, em uma alteração do significado textual impulsionada por mudanças sociais ou jurídicas ocorridas após a edição do texto. Revela, sem dúvida, um poder judicial, já que outorga aos magistrados a possibilidade de alterar o sentido do texto com base em uma determinada leitura das mudanças sociais operadas ao longo do tempo. É dizer, no argumento evolutivo, o juiz torna-se um intérprete também das mudanças sociais e a partir de sua interpretação do fato social – sabe-se lá com base em quais critérios – ajusta o sentido do texto legal para que este, por seu turno, possa se ajustar à sua leitura dos fatos.

Pode-se afirmar que, desde que o argumento evolutivo não sirva de pretexto para o abandono dos limites semânticos do texto autoritativo,¹¹³¹ parece não haver maiores problema em sua utilização na interpretação jurídica em geral. Embora os limites semânticos do texto exijam alguma estabilidade lexical para que as diretivas da autoridade jurídica possam concretizar os propósitos para os quais foram estabelecidas, nada impede, em princípio, que elas sejam ajustadas, ao longo do tempo, por outra autoridade constituída (o Poder Judiciário).

Mas, como se vem argumentando, o Direito Penal é marcado por exigências próprias de estabilidade: as garantias da textualidade e dos limites semânticos da linguagem legal recrudescem a função de garantia do texto legal. Nessa seara, portanto, a interpretação evolutiva representa claramente uma ameaça aos propósitos garantistas do Direito Penal. Há um constante risco de vulneração das garantias em nome da evolução social, o que pode ser exemplificado com a defesa feita por Ada Pellegrini da flexibilização da garantia da presunção de inocência. Com base em um argumento

¹¹³¹ Mas não foi o que ocorreu, por exemplo, com a hipótese de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição, defendida por Gilmar Mendes e Paulo Branco (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1093-1101). Considerando que o controle difuso de constitucionalidade possui tradicionalmente efeito *inter partes*, a Constituição estabelece que incumbe privativamente ao Senado Federal editar resolução com o objetivo de suspender a eficácia do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF na via concreta/difusa. Como esclarece Moraes, embora a resolução do Senado tenha como pressuposto a decisão do STF em sede de controle difuso, “a tarefa constitucional de ampliação desses efeitos é sua, no exercício de sua atividade legiferante” (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 750). Gilmar Mendes e Paulo Branco, entretanto, sustentam que, quando a decisão em controle concreto for tomada pelo órgão de cúpula do Judiciário (STF), a decisão do STF terá efeitos abstratos e *erga omnes*. O problema é que a tese da abstrativização dos efeitos das decisões do STF faz com que a competência constitucional do Senado Federal praticamente desapareça. Como explica João Trindade, para os defensores da tese da abstrativização “a decisão do STF já teria, por si só, efeitos *erga omnes*, cabendo ao Senado apenas dar publicidade a essa decisão” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 306). Trata-se, pois, de mais um exemplo dos perigos que a interpretação evolutiva representam para a textualidade. A hipótese de mutação constitucional defendida por Mendes e Branco claramente se afasta do texto constitucional, segundo o qual “compete privativamente ao Senado Federal [...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

evolutivo (além de outros argumentos de base moral), a autora defendeu a decisão proferida pelo STF em 2016,¹¹³² por meio da qual se autorizou a execução da pena a partir da confirmação da condenação em segunda instância. Naquela ocasião, a autora sustentava:

à época da Constituição de 1988 – a “Constituição Cidadã” – era estritamente necessário assegurar de modo contundente e rigoroso direitos e garantias, até em face do momento histórico brasileiro, que encerrava definitivamente regimes de exceções. Hoje, a realidade social é outra: a multiplicidade de recursos, muitos de evidente natureza protelatória, a morosidade do sistema judiciário brasileiro, assoberbado por uma excessiva judicialização da qual não dá conta, a demora de decênios de espera pelo trânsito em julgado de uma sentença condenatória, o risco de prescrições intercorrentes, a gerarem impunidade num país em que os escândalos e a malversação de dinheiro público constituem um fenômeno preocupante, a mudança, enfim, da situação em que vive a sociedade brasileira, entendo terem justificado a *interpretação evolutiva* do STF.¹¹³³

O texto da autora começa com a estranha ideia de que nos dias atuais é possível ser menos “contundente” ou “rigoroso” na defesa de direitos e garantias. Alguns poucos e discutíveis argumentos contextuais – alguns de cunho indisfarçadamente moral – bastaram para justificar o abandono do significado literal do texto constitucional (art. 5º, inciso LVII) e o afastamento de um modelo garantista de Direito Penal.

Há, contudo, algumas mudanças históricas bem mais visíveis e incontroversas. Pense-se no exemplo, quase laboratorial, da violação de correspondência. O crime de violação de correspondência está previsto no art. 151 do Código Penal brasileiro, em dispositivo cuja redação é de 1940.¹¹³⁴ Considerando toda evolução tecnológica pós-1940, não seria possível aplicar o dispositivo também a violações de correspondência virtual, como o e-mail, por exemplo?¹¹³⁵

É óbvio que ao tempo da edição do Código Penal essa possibilidade não estava no horizonte hermenêutico dos participantes da prática jurídica. Defender a aplicação do

¹¹³² STF, Pleno, HC 126.929-SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016. Ressalte-se que esse entendimento foi superado pelo Plenário do STF nas ADCs 43, 44 e 54, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio, em 2019.

¹¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 118. Grifei.

¹¹³⁴ “Art. 151. Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa”.

¹¹³⁵ Ressalto que a hipótese discutida é meramente teórica, já que hoje existe no país lei disciplinando interceptação informática. Nos termos do art. 10 da Lei n. 9.296/96, “constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

velho dispositivo à nova hipótese é raciocinar a partir da comparação de casos, é dizer, o acesso não autorizado de conta de e-mail alheia guarda semelhanças relevantes com o caso familiar de aplicação da referida norma, qual seja, a abertura (não autorizada) de carta dirigida a outrem. Mas também guarda muitas e manifestas diferenças. Talvez a aplicação do *in dubio pro reo* nos termos expostos no tópico anterior já fosse suficiente para afastar a aplicação do dispositivo a essa nova hipótese fática. Mas há aqui um dado novo que precisa ser evidenciado: o tempo.

Se nos fixarmos no horizonte hermenêutico existente no momento de elaboração do dispositivo legal, a violação da conta de e-mail constitui certamente um caso *novo*, uma nova hipótese de aplicação do antigo texto. Nesse sentido, a interpretação evolutiva é hipótese de ampliação do poder dos juízes, os quais podem, com base nela, alargar o âmbito de incidência do tipo penal, criminalizando fatos novos a partir de sua leitura – mais ou menos controversa – das alterações sociais ocorridas após a edição legislativa.

O propósito garantista de limitação do poder (dos juízes) pela linguagem legal nos impulsiona, portanto, em direção oposta à que é indicada pela chamada interpretação evolutiva. Deve haver, pois, no discurso de justificação da interpretação jurídico-penal, alguma *regra de estabilidade lexical*. Essa regra estaria destinada à resolução de problemas ligados à dinamicidade lexical, restringindo as hipóteses em que é possível justificar discursivamente a alteração do significado das palavras e expressões componentes do texto legal com base no decurso do tempo.

Uma alternativa para ancorar o significado das palavras no tempo pode ser encontrada em uma concepção originalista da interpretação. Sabe-se que a possibilidade de variação do significado de textos legais ao longo do tempo foi justamente o problema com o qual se defrontou, no âmbito do direito constitucional, a doutrina norte-americana do originalismo.¹¹³⁶

Ericksen definiu o originalismo como uma “teoria que busca uma interpretação da constituição em consentâneo com o seu ‘sentido original’ (ou, em sua língua originária, *original meaning*)”.¹¹³⁷ Trata-se, pois, de uma compreensão do texto constitucional que

¹¹³⁶ O mais destacado defensor do originalismo no direito constitucional norte-americano foi o *Justice* da Suprema Corte, Antonin Scalia. Sobre o tema, SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading law: the interpretation of legal texts**. Thomson/West, 2012.

¹¹³⁷ ERICKSEN, Lauro. Originalismo, interpretação constitucional e seus sentidos políticos. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 22, n. 09, p. 50-65, Jan./Abr. 2019. Segundo o autor, o originalismo pode ser pensado a partir de três elementos: “o primeiro deles enuncia que o texto legal deve ser interpretado de acordo com o sentido original. O segundo elemento assevera que o sentido original de um termo valorativo (axiologicamente relevante) é extensivo em concomitância com as aplicações em geral que ele

valoriza o sentido semântico do texto e estabelece como limite interpretativo o horizonte hermenêutico existente no momento de sua edição. Nesse sentido, pode-se dizer que se trata de uma concepção estática – e não evolutiva – de interpretação jurídica.¹¹³⁸

A estabilidade lexical proporcionada pelo originalismo não é plena, pois a própria noção de “sentido original” ainda deixa muito a ser debatido no âmbito do discurso de justificação interpretativa.¹¹³⁹ Mas trata-se, sem dúvida, de uma concepção que produz algum efeito prático no tocante à contenção da interpretação evolutiva. Basta pensar que, compreendido como uma regra limitativa da justificação da interpretação do Direito Penal, o originalismo dificilmente autorizaria o uso de argumentos evolutivos para justificar a aplicação do art. 151 do Código Penal aos casos de violação de correspondência eletrônica.

Embora possa ser uma concepção muito conservadora para a interpretação da Constituição, pode ser extremamente útil para os propósitos garantistas do Direito Penal. Em outras palavras, o que no primeiro caso pode ser considerado um vício, torna-se uma virtude quando o se quer é uma regra discursiva de estabilidade lexical no discurso jurídico de justificação das interpretações em Direito Penal. Como afirmou Ericksen, o originalismo, na versão de Scalia, foca “no textualismo forte e numa intensificação do conteúdo semântico de cláusulas operativas, em detrimento de posicionamentos teleológicos”.¹¹⁴⁰ Sua proximidade, portanto, com os propósitos garantistas do sistema penal é inegável.

teria tido no momento da promulgação, por meio do importe semântico. Ademais, o último elemento de fulcro propõe que um termo valorativo em um texto legal deve ser interpretado de acordo com as aplicações comuns à época da promulgação” (ERICKSEN, Lauro. *Hermenêutica originalista e sua inquirição histórica. Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 293-313, 2019. p. 296). Também para Ribas Vieira e Campos Dutra, na concepção originalista, “a busca pelo sentido correto da constituição requer uma série de mecanismos. Quando não contemplados com uma afirmação normativa literal no texto constitucional em que possam fundamentar suas decisões, os originalistas recorrem a uma série de recursos como a história, a linguística e a antropologia” (VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. *O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. Novos Estudos Jurídicos (NEJ)*, v. 18, n. 1, p. 51-62, jan-abr. 2013. p. 52).

¹¹³⁸ ERICKSEN, Lauro. *Hermenêutica originalista e sua inquirição histórica. Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 293-313, 2019. p. 293-294. Segundo o autor, “por sentido estático se deve compreender que o texto constitucional é bastante em si mesmo, não apenas para o seu tempo, bem como para as gerações vindouras e também para as gerações que virão depois dela. É a estática-semântica contida no próprio texto que garante que o sentido original é o mais apto a servir como espeque teórico-fundacional para qualquer decisão jurisdicional ou qualquer interpretação jurídica que possa vir a ser gerada” (Ibid., 294).

¹¹³⁹ Como acentua Ericksen, o sentido original não é “algo fechado, engessado, pré-determinado, encapsulado e sem nenhuma margem de compreensão além daquilo que já está “simplesmente dado”. Pelo contrário, a indeterminabilidade contida na inquirição histórica (ou melhor, dela derivada), é o veículo metodológico que previne o engessamento na interpretação do direito aos casos concretos” (Ibid., p. 300).

¹¹⁴⁰ ERICKSEN, Lauro. *Hermenêutica originalista e sua inquirição histórica. Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 293-313, 2019. p. 298.

Mas tudo isso é ainda uma sugestão inicial e muito rudimentar que precisa ser aprofundada. É possível até mesmo buscar, alternativamente, outras fontes para a formulação da mencionada regra de estabilidade lexical. O importante é que, antes de se auto-atribuir o poder de autoridade semântica – habilitada a “adequar”, à sua maneira, o texto legal aos novos tempos –, os juristas deveriam reivindicar um Legislativo mais proativo, apto a fazer frente às mudanças sociais relevantes, com respeito aos parâmetros democráticos – mais lentos, mas, certamente, menos autoritários.

8 CONCLUSÃO

A modernidade nos legou uma promessa: a de que o direito, um constructo humano composto por um amontoado de sinais linguísticos mais ou menos organizados, poderia, de algum modo, impor limites ao uso arbitrário do poder por parte dos agentes estatais.

O garantismo pode ser compreendido como uma concepção jurídica que leva a sério essa promessa. Apesar de todas as dificuldades envolvidas em sua efetivação, o garantismo é um dos guardiões hodiernos do paradigma do poder juridicamente limitado. Mesmo porque a lida com o poder punitivo em um ambiente anárquico não parece ser muito promissora.

Ao engajar-se no tema da imposição de limites jurídicos ao poder punitivo estatal, o garantismo não poderia ficar indiferente à questão do nível de liberdade que é concedido ao intérprete da lei penal. Se é certo que interpretação sempre reivindica alguma liberdade, também é certo que quanto maior for a liberdade decisória do intérprete menor será a capacidade limitativa dos padrões jurídicos autoritativos.

Neste trabalho, argumentou-se que, a par das dificuldades interpretativas decorrentes das deficiências do texto legal e dos próprios limites da linguagem natural, existe um âmbito de discricionariedade judicial que resulta da falta de determinação das abordagens metodológicas adequadas para a interpretação jurídica em geral (problema metainterpretativo) e para a interpretação da lei penal, em especial.

A crítica de Dworkin à base convencional do positivismo jurídico hartiano explicitou a existência de uma profunda discordância entre os aplicadores do direito – especialmente diante dos *hard cases* – sobre qual é a maneira correta ou adequada de interpretar as fontes legislativas do direito.

E não há como deixar de perceber que essa indefinição “metodológica” possui importantes reflexos na concretização do paradigma garantista do poder limitado, uma vez que o juiz/aplicador do Direito Penal estará submetido em diferentes graus à lei penal, de acordo com o tipo de abordagem interpretativa adotada – o que chamamos de discricionariedade metodológica ou hermenêutica.

É preciso, portanto, oferecer, a partir do marco teórico do garantismo penal, uma resposta ao problema metainterpretativo, vale dizer, é necessário que se diga alguma coisa sobre o modo como os juízes *devem* interpretar a lei penal, caso se queira dar efetividade aos propósitos políticos do sistema jurídico-penal. Em outros termos, a eleição da

abordagem interpretativa pelos juízes penais não pode ser indiferente aos propósitos garantistas dos sistemas jurídico-penais contemporâneos.

A estratégia deste trabalho foi sustentar que os propósitos do sistema penal fornecem critérios normativos destinados a orientar a resolução de problemas metainterpretativos comuns na prática jurídico-penal e que, operacionalmente, esses critérios devem funcionar como parâmetros para a avaliação de qual abordagem interpretativa é mais adequada funcionalmente.

O garantismo fornece uma chave de interpretação para os propósitos do sistema jurídico-penal que privilegia o paradigma do poder limitado, situando-se, nesse sentido, no contínuo da tradição que concebeu o Estado de direito e a legalidade como estruturas normativas devotadas à proteção da liberdade individual ante a pujança do Estado.

O problema é que essa ligação entre os modos de interpretar e os propósitos gerais do sistema penal coloca uma dificuldade preliminar para o garantismo. Qualquer discurso a respeito do modo como os juízes *devem* interpretar as diretivas legais consiste em uma abordagem essencialmente normativa (valorativa). O garantismo, por sua vez, é uma concepção de direito metodologicamente orientada pelo positivismo jurídico, uma tradição que pretende estudar o direito desde uma abordagem meramente descritiva.

Considerada, pois, a centralidade do positivismo jurídico para a metodologia garantista, foi preciso primeiro esclarecer como uma concepção positivista de direito poderia apropriar-se dos propósitos do sistema penal com fins normativos, isto é, com o objetivo de estabelecer maneiras apropriados de interpretação legal.

Considerando o postulado positivista da separação entre o direito e a moral, o garantismo penal teria duas opções básicas.

Em primeiro lugar, poderia conceber a tese da separação como método que vincula não apenas os participantes da prática jurídica, mas também o teórico do direito, de modo que a este último não restaria alternativa a não ser descrever o fenômeno jurídico tal como ele é. Ao insistir em uma abordagem meramente descritiva no nível da compreensão da juridicidade, o garantismo estaria simplesmente abdicando de uma resposta ao problema metainterpretativo.

Por outro lado, o garantismo poderia compreender a tese da separação como um postulado normativo dirigido apenas ou especialmente aos participantes da prática jurídica. Nesse sentido, a tese da separação consubstancia a exigência de que os juízes determinem a existência e o conteúdo do direito, em um determinado sistema jurídico,

sem recurso a argumentos morais. Assim, não seria vedado ao teórico do direito a possibilidade de aproximar-se do fenômeno jurídico de forma mais ou menos avaliativa.

Em outros termos, em um nível mais amplo – no qual se coloca a questão dos fins do direito enquanto instituição social (nível do atacado) –, o teórico do garantismo não precisaria ficar alheio aos propósitos do sistema jurídico-penal, especialmente quando a determinação desses propósitos puder ser feita com base nas próprias diretivas da autoridade jurídica.

Em síntese, ao recuperar uma compreensão normativa do positivismo jurídico, o garantismo pode acionar a tese da separação como expediente metodológico (garantista) aplicável à interpretação e a aplicação do direito, sem precisar abrir mão da possibilidade de articular os propósitos do sistema jurídico com critérios normativos de avaliação da interpretação da lei penal.

Afastada (segundo cremos) essa dificuldade metodológica inicial, é possível retomar a questão da discricionariedade hermenêutica. Considerando que a existência de diferentes abordagens interpretativas se traduz em diferentes níveis de poder ao aplicador do direito, esta tese irá sustentar que só serão admitidas, na interpretação do Direito Penal, aquelas abordagens que se coadunam com os propósitos desse sistema jurídico.

Isso coloca o problema de saber como devem ser determinados os propósitos de um sistema jurídico-penal concreto. Se os propósitos do sistema irão figurar como critério para delimitação da liberdade do intérprete, a sua definição não pode se dar com base na vontade do próprio intérprete. É dizer, a determinação desses propósitos não pode depender simplesmente dos juízos morais do intérprete, pois é claro que quanto maior for a liberdade do aplicador do direito na determinação dos propósitos do sistema, maior será igualmente sua capacidade de justificar o uso de métodos interpretativos mais relaxados.

Daí a importância da solução oferecida por Scott Shapiro, que procurou oferecer uma resposta ao problema metainterpretativo no interior do positivismo jurídico. Embora se aproxime de Dworkin ao valorizar os propósitos da prática jurídica como chave para a resolução de questões metainterpretativas, Shapiro dele se afasta ao definir o modo como esses propósitos devem ser identificados. Ele observou que determinação dos propósitos não pode ficar à mercê da razão prática do intérprete, em um exercício livre de filosofia política e moral. Ao contrário, a determinação dos propósitos de um sistema jurídico concreto precisa estar ancorada nas fontes sociais desse sistema.

Segundo Shapiro, uma análise das fontes do direito, a partir da ótica da economia da confiança, é capaz de revelar quais foram os propósitos das autoridades responsáveis

pela elaboração do sistema jurídico. E são esses os propósitos que devem ser levados em conta pelo intérprete, é dizer, o relevante não é o sentido que intérprete atribui ao Direito Penal com base em seus próprios valores (causar dor aos infratores, moralizar a máquina pública etc.), mas os propósitos que o constituinte tinha em vista ao traçar as linhas gerais do sistema jurídico-penal brasileiro.

Para os fins deste trabalho, importa compreender também que a discricionariedade metodológica do aplicador do Direito Penal envolve um problema de distribuição ou repartição de poder entre as autoridades constituídas. Algumas abordagens interpretativas conferem maior deferência ao texto legal, o que importa, simultaneamente, uma minimização do poder do aplicador e uma maximização do poder do legislador. Outras, por seu turno, conferem maior liberdade ao aplicador e, conseqüentemente, reduzem, de algum modo, o poder das diretivas produzidas pela autoridade legislativa.

Logo, uma resposta ao problema metainterpretativo deve empenhar-se na investigação de como o poder constituinte distribuiu o poder de criminalização entre os principais agentes estatais que atuam no processo de criminalização. E, para tanto, a garantia penal da legalidade será determinante para uma adequada compreensão do problema.

Trata-se de norma constitucional que distribui as funções criminalizantes entre o criador e o aplicador do Direito Penal, e, por essa razão, é capaz de revelar os níveis de confiança depositados em cada autoridade constituída no que tange a cada uma dessas funções. Com apoio nessa distribuição inicial de poderes – que nitidamente privilegia o legislador em termos de poder de criminalização – a garantia da legalidade passou a consubstanciar, na tradição jurídico-penal, um conjunto de exigências e proibições impostas diretamente ao aplicador do Direito Penal.

Há ali, por exemplo, a proibição de que o juiz recorra a padrões diversos da lei ou à analogia no processo de criminalização secundária. Nos termos da garantia penal da legalidade, o texto da lei penal não será apenas o início, mas também o limite da argumentação no processo de aplicação da lei penal.

Os fundamentos da garantia da legalidade confundem-se, assim, com os propósitos do sistema penal e sua pretensão de limitar o poder punitivo estatal por meio da linguagem dos textos legais. E é claro que, para implementação desse propósito, os juízes não podem ter acesso a abordagens interpretativas que lhes franqueiem ampla liberdade decisória: a capacidade limitativa dos textos depende do grau de deferência que os intérpretes lhe conferem.

É esse o critério normativo geral para a resolução do problema metainterpretativo em sede penal. Agora é preciso operacionalizá-lo no âmbito da dogmática, isto é, oferecer indicação teóricas mais específicas ou concretas de como a interpretação jurídico-penal precisa ser funcionalmente responsiva a esse propósito de limitação do poder pela linguagem legal.

A ideia de controlar o resultado da interpretação através da definição prévia de métodos interpretativos (cânones hermenêuticos) foi rechaçada neste trabalho. Sendo a compreensão um acontecimento possibilitado por pré-compreensões, nos termos destacados pela hermenêutica filosófica, é evidente que a pretensão de controle prévio resultaria infrutífera.

A solução, então, foi pensar a interpretação jurídica não naquela dimensão hermenêutica em que ocorre a compreensão, mas na dimensão apofântica do discurso de justificação dessas compreensões. A prática penal nada mais é do que um espaço discursivo no qual os aplicadores da lei penal interpretam (compreendem) o texto legal de uma determinada maneira e apresentam – às partes processuais e à comunidade discursiva em geral – as razões ou argumentos que justificam o juízo interpretativo obtido.

Considerando que toda atividade discursiva é uma atividade mais ou menos regrada, isto é, é uma atividade na qual existem, implícita ou explicitamente, regras que devem ser observadas pelos participantes do discurso como condição para a legitimidade dos resultados nela obtidos, é possível controlar a ampliação do poder punitivo estatal por intermédio de regras discursivas.

Mais especificamente, o desenvolvimento de regras discursivas voltadas para o controle da justificação de resultados interpretativos apresentados pelo intérprete pode ser uma importante resposta à discricionariedade metodológica no âmbito penal. Qualquer juízo interpretativo que não puder ser justificado com base nas regras desse discurso, será um juízo interpretativo juridicamente ilegítimo.

A legitimidade dessas regras discursivas, por sua vez, resulta do fato de que elas atendem aos propósitos do sistema jurídico-penal e possibilitam a concretização da garantia penal da legalidade. As regras discursivas funcionam, pois, como instrumentos de efetivação desta garantia.

Considerando tal funcionalidade, as regras do discurso precisam ser especificamente voltadas ao âmbito penal. Para alcançar os objetivos garantistas do Direito Penal – isto é, para amarrar o discurso de interpretação da lei penal aos propósitos

do sistema –, tais regras precisam ser bem mais fortes do que as que foram idealizadas por Alexy para o discurso jurídico geral.

A força dessas regras pode ser percebida na retirada de alguns tópicos temáticos do âmbito do discurso. Se a garantia penal da legalidade expressa o propósito de habilitar e limitar o poder punitivo estatal pela linguagem dos textos legais, o lugar desses textos no processo de criminalização não pode estar ao alvedrio dos participantes do discurso. A centralidade do texto legal e o seu papel de limitador semântico do poder de criminalização estatal devem estar a salvo de incursões argumentativas destinadas à sua exclusão ou minimização.

Da garantia penal da legalidade extraiu-se aquilo que chamamos de *garantias interpretativas*. São exigências normativas derivadas diretamente dos deveres que a legalidade penal impõe ao aplicador da lei penal e dos propósitos que se pretende alcançar com essa garantia.

É possível falar, assim, na *garantia da textualidade* e na *garantia dos limites semânticos da linguagem legal*. A primeira diz respeito ao papel que deve ser desempenhado pelo texto legal no processo de aplicação/interpretação do Direito Penal, e a segunda, à força limitadora que a semântica do texto legal exerce sobre o poder punitivo estatal.

No plano discursivo, isso significa que as questões referentes ao lugar/papel do texto e da semântica da linguagem legal não pode estar disponível ao debate levado a efeito pelos participantes da prática jurídica. A garantia penal da legalidade retira, de forma juridicamente autoritativa, essas questões do discurso de aplicação do Direito Penal, pois, de outro modo, o sistema jurídico não conseguiria efetivar seus propósitos garantistas.

Aqui aparece outra distinção em relação às regras do discurso propostas por Alexy: as regras sugeridas aqui tornam-se mais substanciais, porque ao estabelecer garantias interpretativas como limites normativos para o discurso de justificação da interpretação outra coisa não se faz do que retirar de antemão algumas possibilidades argumentativas importantes do universo do discurso.

Mas é justamente essa “substancialização” das regras discursivas que possibilita uma indicação mais específica do que significa para os participantes do discurso jurídico referir-se ao material jurídico autoritativo. As garantias interpretativas asseguram que o resultado obtido é de fato uma interpretação – e não uma espécie de fuga – do texto legal.

De qualquer forma, as garantias interpretativas, embora necessárias, não são ainda suficientes para assegurar a adstringência do discurso ao texto legal. A implementação das garantias interpretativas na prática penal, especialmente da garantia dos limites semânticos da linguagem legal, demanda ainda o desenvolvimento de algumas regras discursivas com propósito de lhes dar concreção.

Em primeiro lugar, faz-se necessário algum regramento discursivo em relação ao modo de justificar qual é o significado literal de um determinado texto de lei (regra de avaliação/justificação do juízo dos participantes sobre o significado literal do texto legal). Sem isso, a capacidade de limitar o poder pela linguagem restará totalmente comprometida.

Os participantes do discurso formularão determinados juízos sobre quais são os limites semânticos de um determinado texto e apresentarão as razões que justificam esse resultado interpretativo. A atenção aqui deve voltar-se para o risco de enriquecimentos contextuais da oração sem o necessário controle linguístico. De maneira geral, pode-se afirmar que o significado literal do texto, a fim de que possa desempenhar sua função limitativa do poder, deve possuir baixo nível de sensibilidade pragmática.

Nesse sentido, quanto mais dependente do contexto for o resultado interpretativo apresentado pelo intérprete como o significado literal de um texto legal, menor será sua legitimidade à luz da garantia interpretativa dos limites semânticos da linguagem legal. Isso significa que na atribuição de sentido a um determinado texto legal, os participantes do discurso devem estar atentos à relação semântico-pragmática.

Além disso, considerando que o raciocínio de aplicação do direito comumente envolve comparação de casos, é preciso que haja alguma indicação de como resolver as dúvidas atinentes a esse processo comparativo. Nesse ponto, destacou-se que o Direito Penal deve ter em mira apenas os casos familiares ou o núcleo de significado padrão dos textos legais. Se na comparação de casos, houver dúvida a respeito das semelhanças relevantes do caso julgado com os casos familiares de aplicação de determinado texto legal, deve-se utilizar o princípio *in dubio pro reo* em matéria interpretativa.

Por fim, é preciso pensar no problema da evolução do significado das palavras com o passar do tempo. Textos legais são editados com a pretensão de regular relações sociais durante muito tempo, até que alterações significativas da matéria regulada torne necessária a elaboração de novas leis. Considerando, pois, que o sentido das palavras constantes do texto legal pode mudar ao longo do tempo, é preciso pensar em introduzir, no discurso de justificação interpretativa, alguma regra de estabilidade lexical. Nesta tese

sugerimos a adaptação da concepção originalista de interpretação da Constituição como critério para limitação das alterações semânticas diacrónicas no Direito Penal.

É esta a proposta para a formulação de uma abordagem garantista de interpretação da lei penal. O juízo interpretativo formulado por um participante da prática jurídica precisa ser justificado com argumentos interpretativos. Na seara penal, esse processo de justificação envolve regras discursivas que limitam a atividade do intérprete, com o escopo de efetivar a garantia penal da legalidade.

Muito ainda precisa ser feito em relação ao tema. A pretensão desse trabalho foi apenas a de abrir uma possibilidade metodológica. O garantismo, enquanto teoria positivista do direito, pode lançar mão de sua leitura dos propósitos do sistema jurídico-penal para a formulação de critérios normativos sobre a interpretação da lei penal, isto é, para a formulação de algo como um *modelo garantista de interpretação da lei penal*.

Mas o conteúdo integral desse modelo ainda está por ser elaborado. Esta tese limitou-se a fazer algumas indicações com base em uma teoria discursiva do direito, mais especificamente, com base em uma teoria do discurso de justificação de juízos interpretativos na prática jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón”. **Jurídica**: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de Mexico, n. 31, p. 195-213, 2001.

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 21-39.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Traducción al castellano de los autores. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. Título original: Normative systems.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 21, n. 3, p. 281-299, Sept. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Título original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução de Claudia Toledo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Título original: Theorie der juristischen Argumentation.

ALEXY, Robert. A tese do caso especial. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 91-106. Título original: The special case thesis.

ALEXY, Robert. Crítica ao positivismo jurídico. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 241-269. Título original: Zur Kritik des Rechtspositivismus.

ALEXY, Robert. Sobre o conceito de princípio jurídico. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 163-198. Título original: Zum Begriff des Rechtsprinzips.

ALEXY, Robert. Uma teoria do discurso prático. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 35-74. Título original: Diskurstheorie und Rechtssystem.

ALEXY, Robert. Dois ou três? *In*: ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 225-238. Título original: Two or Three?

AMBOS, Kai. 100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. Andalucía, n. 09, p. 1-15, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. *In*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 59-75.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**: or, the philosophy of positive law. v. 2. 5. ed. edited by Robert Campbell. London: John Murray, 1885.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

AUSTIN, John. **El objeto de la jurisprudencia**. Traducción y estudio preliminar de Juan Ramón de Páramo Argüelles. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Título original: The province of jurisprudence determined.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Tatiana. Garantistas vs. abolicionistas: as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo penal e as réplicas abolicionistas ao garantismo penal. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, p. 713-736, 2018.

BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana. Desacordo e direito à participação: a teoria do direito de Jeremy Waldron. *In*: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 89-118. (Coleção teoria crítica do direito, n. 5).

BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Revisão de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: Dei delitti e delle pene.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. Título original: Dei delitti e delle pene.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Jannini. Revisão técnica de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIX, Brian. Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 12, n. 1, p. 17-33, jan. 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOLZANI, Cesar Felipe. A teoria do direito de Joseph Raz: autoridade, direito e moral. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 89-118. (Coleção teoria crítica do direito, n. 5)

BOROWSKI, Martin. A doutrina da estrutura escalonada do direito de Adolf Julius Merkl e sua recepção em Kelsen. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (org.). **Hans Kelsen**: teoria jurídica e política. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129-183.

BULYGIN, Eugenio. ¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada em un error? **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 27, p. 15-26, 2004.

BONNECASE, Julien. **La escuela de la exegesis en derecho civil**. Tradução de Jose M. Cajica Jr. Ciudad de Mexico: Editorial Cvltvra, 1944. Título original: L'école de l'exégèse en droit civil.

BUSTAMANTE, Thomas. Legality, by Scott Shapiro (Book Review). **Legal Studies – The Journal of the Society of Legal Scholars**, vol. 32, n. 3, p. 499-507, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. Interpreting plans: a critical view of Scott Shapiro's planning theory of law. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, p. 219-250, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo. O que resta do positivismo jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 307-327, jan./abr. 2015.

BRATMAN, Michael E. **Intention, plans and practical reason**. Palo Alto: Center for the Study of Language and Information, 1999.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Hermenêutica da norma penal incriminadora. **Revista eletrônica de direito penal e política criminal** (UFRGS), Porto Alegre, v. 3, n. 1/2, p. 23-38, 2015.

CAMÓS, Francesc; FRÁPOLLI, María J. Contextualismo y semanticismo: debate abierto en la filosofía del lenguaje contemporánea. **Episteme NS: Revista del Instituto de Filosofía**, Caracas, v. 28, n. 1, p. 1-20, 2008.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo Andrade (Coord.). **Constituição e processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 139-154.

CAPPELEN, Herman; LEPORE, Ernie. **Insensitive semantics: a defense of semantic minimalism and speech act pluralism**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2005.

CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. **El tipo penal en Beling y los neokantianos**. Barcelona, 2002.

CARSTON, Robyn. Relevance Theory and the Saying/Implicating Distinction. In: HORN, Laurence R.; WARD, Gregory (org.). **The handbook of pragmatics**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2006. p. 633-656.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia via, 2012.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

CERVINI, Raúl. El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financiero (art. 4.º de la Ley 7.492/86). **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 48, 2004.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: 2006.

CHIASSONI, Pierluigi. **Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas**. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2011. Título original: *Tecnica dell'interpretazione giuridica* (2007).

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Fundamentos filosóficos da interpretação do direito**: o romantismo. São Paulo: Rideel, 2012.

COLEMAN, Jules L. Negative and positive positivism. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 139-164, Jan. 1982.

COLEMAN, Jules. On the relationship between law and morality. **Ratio Juris**, v. 2, n. 1, p. 66-78, Mar. 1989.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to the concept of law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

CONSANI, Cristina Foroni. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, número especial, p. 2424-2448, 2015.

CÔTÉ, Pierre-André. **Interprétation des lois**. 3. ed. Montréal: Éditions Thémis, 1999.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª Época, n. 14, p. 87-115, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEDES, Christos. Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”. Tradução de M. Carmen Alastuey Dobón. **Revista de derecho penal y criminologia**, n. 9, p. 141-146, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Legalidade e tipo em direito penal. In: **Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

DICIOTTI, Enrico. **Interpretazione della legge e discorso razionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

DICIOTTI, Enrico. Le giustificazioni interpretative nella pratica dell'interpretazione giuridica. **Etica & Politica**, 2006. Disponível em: <http://www2.units.it/etica/2006_1/DICIOTTI.pdf>. Acesso em 17 mar. 2018.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenéutica**: el surgimiento de la hermenéutica y los esbozos para una crítica de la razón histórica. Tradução de Antonio Gómez Ramos. Epílogo de Hans-Ulrich Lessing. Madrid: Istmo, 2000.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Filosofia da linguagem**: introdução crítica à semântica filosófica. 2. ed. rev. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35, issue 1, p. 14-46, 1967.

DWORKIN, Ronald. Apêndice: resposta aos críticos. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 447-564.

DWORKIN, Ronald. O modelo de regras I. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 23-72. Título original: Taking rights seriously.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Título original: Law's Empire.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução Fernando Santos. Revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Justice in robes.

ECO, Umberto. **Os Limites da Interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ERICKSEN, Lauro. Hermenêutica originalista e sua inquirição histórica. **Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 02, p. 293-313, 2019.

ERICKSEN, Lauro. Originalismo, interpretação constitucional e seus sentidos políticos. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 22, n. 09, p. 50-65, Jan./Abr. 2019.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. **El debate sobre el positivismo jurídico incluyente**: un estado de la cuestión. Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Tradução de Lorenzo Córdova e Pedro Salazar. **Isonomía**: revista de teoría y filosofía del derecho, México D.C., n. 16, abr. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. La pragmática de la teoría del derecho. Tradução de Jordi Ferrer. In: FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. Tradução de José Juan Moreso, Jordi Ferrer, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Pedro Salazar, Marina Gascón, Mary Beloff y Christian Curtis, Lorenzo Córdova, José María Lujambio. México, D. F.: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. **Revista Nuevo Foro Penal**, Medellín, v. 8, n. 79, p. 100-114, jul./dez. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discussão sobre direito e democracia. Tradução e prefácio de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo. Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 487-503.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edição de Miguel Carbonel. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgarejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Christian Courtis, Marina Gascón Abellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bien jurídico. Tradução de Walter Antillón M. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 189-207.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales y bioética. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2. p. 377-391.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. Tradução de Roberto Bergalli com a colaboração de Héctor C. Silveira e José L. Domínguez. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 113-149.

FERRAJOLI, Luigi. El juicio penal. Tradução de Marina Gascón Abellán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 445-467.

FERRAJOLI, Luigi. Estado laico y ética laica. Laicidad y derecho penal. Tradução de Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 2. p. 247-265.

FERRAJOLI, Luigi. Garantías y derecho penal. Tradução de Marina Gascón. In: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado

actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 345-357.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo y poderes salvajes. Tradução de Alexei Julio e Gerardo Pisarello. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 375-396.

FERRAJOLI, Luigi. Illuminismo e garantismo: riflessioni a partire da alcuni studi recenti. **Filosofia política**, v. 27, n. 3, p. 537-542, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. La cuestión del embrión entre derecho y moral. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 505-530.

FERRAJOLI, Luigi. La ética de la jurisdicción penal (apuntes para una definición de la deontología de los magistrados). Tradução de Rodrigo Brito Melgarejo. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 419-443.

FERRAJOLI, Luigi. La legalidad violenta. Tradução de Benjamín Rivaya García. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 167-188.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2013. v. 2: teoría de la democracia. Título original: Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia.

FERRAJOLI, Luigi. Una historia de las ideas de “Magistratura Democrática”. Tradução de Nicolás Guzmán. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Escritos sobre derecho penal**: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Coordenação e apresentação de Nicolás Guzmán. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. v. 1. p. 281-312.

FERRAJOLI, Luigi. Cos'è il garantismo. **Criminalia**: annuario di scienze penalistiche. Pisa, p. 129-141, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Título original: Diritto e ragione: teoria del garantismo penale.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2014. Título original: La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**: a crise da democracia italiana. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014. Título original: *Poteri selvaggi: la crisi della democrazia italiana*. (Coleção saberes críticos).

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. Organização e tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Contro la giurisprudenza creativa. **Questione Giustizia**, Roma, n. 4, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia. v. 1: teoría del derecho. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2016. Título original: *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*.

FERRAJOLI, Luigi. **La lógica del derecho**: diez aporias en la obra de Hans Kelsen. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017. Título original: *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*.

FIGUEROA, Alfonso García. Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista: a propósito de la teoría del derecho de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (org.). **Garantismo**: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 267-284.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1997.

FILANGIERI, Gaetano. **Ciencia de la legislación**. Traduzida por Don Juan Ribera. Comentada por Benjamin Constant. Buenos Aires: Ediar, 2012.

FINNIS, John. **Natural law and natural right**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 3. ed., rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. Tradução de Paulo Alcoforado. In: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2009. p. 129-158.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARGARELLA, Roberto; MARTÍ, José Luis. Estudio preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005. Título original: *Law and disagreement*.

GIMENO, Iñigo Ortiz de Urbina. ¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal. *In*: MONTIEL, Juan Pablo (org.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 173-205.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**: conferências realizadas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Tradução de Mauro Fonseca Andrade, Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Notícia do Direito brasileiro**, Brasília, n. 7, p. 307-362, 2000.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 6, n. 7, p. 211-247, Dez. 2005.

GREEN, Leslie. The concept of law revisited. **Michigan Law Review**, v. 94, n. 6, p. 1687-1717, May 1996.

GRICE, Paul. Logic and conversation. *In*: GRICE, Paul. **Studies in the way of words**. Cambridge; London: Harvard University Press, 1991. p. 22-40.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. Apresentação Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Traducción y presentación de Diego Moreno Cruz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar y argumentar**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría analítica del derecho**: estudios. Traducción de César E. Moreno More. Puno (Peru): Zela, 2017. (Colección Filosofía y análisis del derecho).

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. Legal duty and obligation. In: HART, H. L. A. **Essays on Bentham: Studies in jurisprudence and political theory**. Oxford: Oxford University Press, 1982. p. 127-161.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 1994. (Clarendon Law Series).

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão da Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Rev. téc. Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: The concept of law. (Biblioteca jurídica WMF).

HART, H. L. A. A teoria do direito norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 137-161.

HART, H. L. A. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: Hart, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Revisão técnica de Ronaldo Porto Macedo Junior e Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 53-95.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Tradução de Patricia S. Ziffer. **Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, n. 46-47, abr-set. 1989.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, n. 18, fev-mar. 2003.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. Título original: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 91-100. Título original: Die Rechtsgutstheorie.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios**

dogmático? Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 173-190.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: (hermenêutica da faticidade). Tradução de Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. Título original: *Ontologie (Hermeneutik der Faktizität)*

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 33-48. Título original: *Die Rechtsgutstheorie*.

HOERSTER, Norbert. En defensa del positivismo jurídico. In: HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Rev. Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 9-27.

HORTA, Frederico. O direito penal como direito à liberdade: suas raízes liberais e desafios contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 51-70. maio 2019.

IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. **Videre**, Dourados, ano 3, n. 6, p. 53-67, jul./dez. 2011.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Trad. Hermes Zaneti Júnior. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011.

IPPOLITO, Dario. **Diritti e potere**: indagini sull'Illuminismo penale. Roma: Aracne, 2012.

JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coordenação e supervisão Luiz Moreira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Revisão técnica de Valéria Porto e Marcelo Schirmer Albuquerque. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O**

bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 207-232.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., renov. e ampl. Granada: Editorial Comares, 2002.

JORI, Mario. La cigarra y la hormiga. Tradução do italiano Andrea Catoria. *In*: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008. p. 61-120. Título original: Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli (1993).

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru (SP): Edipro, 2008. Título original: Die Metaphysik der Sitten.

KAPLAN, David. Demonstratives: an essay on the semantics, logic, metaphysics, and epistemology of demonstratives and other indexicals. *In*: ALMOG, Joseph; PERRY, John; WETTSTEIN, Howard. **Themes from Kaplan**. New York; Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 481-563.

KATZ, Jorrold J. Literal Meaning and Logical Theory. **The Journal of Philosophy**, v. 78, n. 4, p. 203-233, Apr.1981.

KELSEN, Hans. Preface: On interpretation. *In*: KELSEN, Hans. **The Law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems**. New York: Frederick A. Praeger, 1950. p. xiii-xvii.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**: introduction a la science du droit. Tradução de Henri Thévenaz. Neuchâtel: La Baconnière, 1953. (Etre et penser, Cahiers de philosophi, n. 37).

KELSEN, Hans. On the theory of interpretation. Tradução de Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L Paulson. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 127-135, Jul. 1990.

KELSEN, Hans. Sobre a teoria da interpretação. Tradução de Raíssa R. Mendes. Revisão da Tradução Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 31-43, jan./jun. 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Leme-SP: EDIJUR, 2016.

LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. Tradução de Luís Carlos Borges e Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Pragmatic.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Two treatises of government.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUDLOW, Peter. **Living words: meaning underdetermination and the dynamic lexicon**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYONS, David. Principles, positivism and legal theory. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 87, n. 2, p. 415-435, Dec. 1977.

LUZZATI, Claudio. **La política de la legalidad: el rol del jurista en la actualidad**. Traducción de Federico José Arena y Magdalena Ana Rosso. Madrid: Marcial Pons, 2013. Título original: La politica della legalità.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução de Cláudia Santana Martins. Revisão Técnica de Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Princípio da legalidade penal: proteção pelo STJ e parâmetros de interpretação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. *In*: COLEMAN, Jules L.; HIMMA, Kenneth Einar; SHAPIRO, Scott J. (org.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 104-124.

MARMOR, Andrei. Legal positivism: still descriptive and morally neutral. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006.

MARMOR, Andrei. **Social conventions: from language to law**. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHELON, Claudio. Apresentação. In: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Título original: Practical reason and norms. (Teoria e filosofia do direito).

MIGUENS, Sofia. **Filosofia da Linguagem**: uma introdução. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2007.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Editado por David Bromwich e George Kateb. New Haven; London: Yale University Press, 2003.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2016. Título original: On Liberty.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MITROPHANOUS, Eleni. Soft positivism. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 17, issue 4, p. 621-641, Dec. 1997.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Cartas Persas**. Tradução e notas de María Rocío Muñoz. Prólogo de María Eugenia Galicia. México D.F.: Consejo Nacional para la cultura y las artes, 1992.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: L'esprit des lois. (Paidéia).

MONTIEL, Juan Pablo. **Analogía favorable al reo**: fundamentos y limites de la analogía in bonam partem en el derecho penal. Madrid: La Ley, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo**: a terceira via de Waldron. Salvador: JusPodivm, 2020.

MORESO, José Juan. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 27, p. 45-62, 2004.

MOURA, Heronides Maurílio de Melo. **Significação e contexto**: uma introdução a questão de semântica e pragmática. 4. ed. Florianópolis: Insular, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Traduit par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Título original: Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NAVARRO FRÍAS, Irene. **Mandato de determinación y tipicidad penal**. Granada: Editorial Comares, 2010.

NAVARRO FRÍAS, Irene. Técnica legislativa y derecho penal. **Estudios penales y criminológicos**, v. 30, p. 219-267, 2010.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. Tradução de Bianca Tavolari. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 13-87, jul.-dez. 2014.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Parte general del derecho penal**. Colaboração de Fermín Morales Prats. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2005.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. **Manual de semântica**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006. Título original: Hermeneutics.

PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo M. Heidegger**. Roma: Pontificia Università Gregoriana, 1998.

PAULSON, Stanley L. Kelsen on legal interpretation. **Legal Studies**, v. 10, n. 2, p. 136-152, Jul. 1990.

PERRY, Stephen R. Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução Silvana Vieira. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POSTEMA, Gerald J. Coordination and convention at the foundations of law. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, p. 165-203, Jan. 1982.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. Parte geral: arts. 1º a 120. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima: Palestra Editores, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

RABELO, Galvão. Justiça política e garantismo penal: as garantias podem funcionar como fatores de minimização da instrumentalização política do processo penal? **Revista de Estudos Criminais** (PUCRS), Porto Alegre, ano 17, n. 71, p. 137-158, out./dez. 2018.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCRIM), São Paulo, ano 26, v. 139, p. 69-108, jan. 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Título original: A theory of justice.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 81, p. 823-854, 1972.

RAZ, Joseph. **The authority of Law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. Hart on moral rights and legal duty. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 4, n. 1, p. 123-131, 1984.

RAZ, Joseph. Authority, law and morality. *In*: RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: Essays in the morality of law and politics. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 210-237.

RAZ, Joseph. Can there be a theory of law? *In*: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**: On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 17-46.

RAZ, Joseph. On the nature of law. *In*: RAZ, Joseph. **Between Authority and Interpretation**: On the Theory of Law and Practical Reason. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 91-125.

RAZ, Joseph. Posfácio à segunda edição: repensando as razões excludentes. *In*: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 177-199.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Título original: Practical reason and norms. (Teoria e filosofia do direito).

RAZ, Joseph. Pós-escrito. *In*: RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. Revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 279-316. Título original: The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system. (Biblioteca jurídica WMF).

RECANATI, François. **Literal meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

RECANATI, François. **El significado literal**. Tradução de Francisco Campillo. Madrid: A. Machado Libros, 2006. Título original: Literal meaning.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar., 2008.

RIPOLI, Mariangela. Derecho y moral: la neoilustración penal de Luigi Ferrajoli. Tradução do italiano de Pablo D. Eiroa. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008. p. 161-174. Título original: Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli (1993).

ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. 2. ed. Tradução de Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982. Título original: Il problema e il metodo della scienza del diritto penale.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. p. 15-47.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e Tradução de André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROXIN, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). **La teoría del bien jurídico**: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 433-448. Título original: Die Rechtsgutstheorie.

RUMBLE, Wilfried E. **The thought of John Austin**: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution. London: Athlone Press; Dover: New Hampshire, 1985.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **O direito penal liberal em Montesquieu**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010.

SANTOS, Ernesto Perini. Contextualismo. **Compêndio em Linha de Problemas de Filosofia Analítica**, Lisboa, 2014. Disponível em: file:///D:/OneDrive/Ebooks%20e%20Papers/FILOSOFIA%20DA%20LINGUAGEM/Perini%20dos%20Santos_Contextualismo_2014.pdf. Acesso em: 28 ago. 2017.

SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del derecho romano actual**. Tomo I. Tradução de M. CH. Guenoux, Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Centro Editorial de Góngora y Compañía, 1878. Título original: System des heutigen Römischen Rechts, vol. I, 1840.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Traducción de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução do alemão para o espanhol de J. J. Santa-Pinter. Tradução para o português de Hebe A. M. Caletti Marengo. Adequação linguística de Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas: Edicamp, 2001. Título original: Juristische Methodenlehre.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading law: the interpretation of legal texts**. Thomson/West, 2012.

SCHAUER, Frederick. Positivism before Hart. In: FREEMAN, Michael; MINDUS, Patricia (Org.). **The legacy of John Austin's Jurisprudence**. New York: Springer, 2013. p. 271-290. (Law and Philosophy Library)

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea**. Tradução de Marcos Marcionilo e Silvana Cobucci Leite. Revisão de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Título original: Storia del diritto in Europa.

SCHLEIERCHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Braidão. 5. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2006.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e como representação**. Tradução, apresentação, notas e índices de Jair Barboza. São Paulo: Editora UNESP, 2005. Tomo I. Título original: Die Welt als Wille und Vorstellung.

SCHÜNEMANN, Bernd. La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución e la metodología jurídica. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Obras**. Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 83-108.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídico! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Tradução Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69-90.

SEARLE, John R. **Expression and meaning: Studies in the Theory of Speech Acts**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

SEBOK, Anthony J. **Legal positivism in american jurisprudence**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1998.

SESMA, Victoria Iturralde. **Interpretación literal y significado convencional**: una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SHAPIRO, Scott J. What is the internal point of view? **Fordham Law Review**, New York, v. 75, p. 1157-1170, 2006.

SHAPIRO, Scott J. The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (org.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 22-55.

SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? In: ADLER, Matthew D.; HIMMA, Kenneth Einar (org.). **The rule of recognition and the U.S. Constitution**. New York: Oxford University Press, 2009. p. 235-268.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. El debate “Hart-Dworkin”: una breve guía para perplejos. In: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (org.). **Dworkin y sus críticos**: el debate sobre el imperio de la ley. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. E-book.

SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Tradução de Diego M. Papayannis e Lorena Ramírez Ludeña. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SHAPIRO, Scott J. **Interpretation and the Economy of Trust**. Disponível em: <<http://clp.usc.edu/centers/clhc/archives/workshops/documents/Shapiro.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA SANCHIS, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1992.

SLOCUM, Brian G. **Ordinary meaning**: a theory of the most fundamental principle of legal interpretation. Chicago; London: Chicago University Press, 2015.

SLOCUM, Brian G. (org.). **The nature of legal interpretation**: what jurists can learn about legal interpretation from linguistics and philosophy. Chicago; London: Chicago University Press, 2017.

SOPER, E. Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. **Michigan Law Review**, v. 75, n. 3, p. 473-519, Jan. 1977.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. **Relevance, communication and cognition**. 2. ed. Oxford; Cambridge: Blackwell, 1995.

SPERBER, Dan; WILSON, Deirdre. Relevance theory. In: HORN, Laurence R.; WARD, Gregory (org.). **The handbook of pragmatics**. Malden; Oxford; Carlton: Blackwell Publishing, 2006. p. 607-632.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 4. ed. Petrópolis: Vozes 2008.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho penal**. v. I: parte general, el hecho punible. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. Título original: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-148.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

STRECK, Luiz Lenio. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo: uma análise a partir do *ontological turn*. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 121-160, jan./jun., 2004.

STRUCHINER, Noel. O(s) positivismo(s) de Frederick Schauer. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Coleção teoria crítica do direito, n. 5)

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TRAVIS, Charles. Pragmatics. In: HALE, Bob; WRIGHT, Crispin. **A companion to the philosophy of language**. Oxford; Malden: Blackwell Publishing, 1998, p. 87-107.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Princípios jurídicos e positivismo jurídico: as críticas de Dworkin a Hart se aplicam a Kelsen?. In: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Org.) **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 187-212.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY,

Robert. **Teoria discursiva do direito**. Org., trad. e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1-32.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O problema do conhecimento prático na teoria discursiva do direito de Alexy. In: Robert Alexy. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68.

TROPER, Michel. Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique. **Revue Internationale de Philosophie**, v. 35, n. 138 (4), p. 518-529, 1981.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Título original: La philosophie du droit. (Coleção Tópicos Martins).

VERBICARO, Loiane Prado. Aspectos da teoria do direito de Wilfrid Waluchow. In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **O positivismo jurídico no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 233-254. (Coleção teoria crítica do direito, n. 5).

VERRI, Pietro. Sulla interpretazione delle leggi. **Il Caffè**, tomo II, foglio XXVIII, 1764-1766. Disponível em: <http://www.historia.unimi.it/sezione/fonti/corsodiritto1/oz/caffè.htm>. Acesso em: 11 abr. 2017.

VIANNA, Túlio. SEMÍRAMIS, Cynthia. Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos. In: CORREIA JUNIOR, Rubens (Org.). **Criminologia do cotidiano**: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 325-346.

VIEIRA, José Ribas; DUTRA, Deo Campos. O debate entre originalismo e o constitucionalismo democrático: aspectos atuais da teoria da interpretação constitucional norte-americana. **Novos Estudos Jurídicos (NEJ)**, v. 18, n. 1, p. 51-62, jan-abr. 2013.

VOGLIOTTI, Massimo. Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna. **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno, Giuffrè editore, tomo I, n. 44, p. 131-181, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Normative (or ethical) positivism. In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's postscript**: essays on the postscript to *the concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 411-433.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Tradução de Marcela S. Gil e Romina Tesone. Revisão da tradução Hugo Zuleta. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2007. Título original: Inclusive legal positivism.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Título original: Philosophische Untersuchungen (Os Pensadores)

WRÓBLEWSKI, Jerzi. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Traducción de Arantxa Azurza. Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

XAVIER, Felipe Rodrigues. **Interpretação e aplicação do direito nos positivismo jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. v. 1: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria geral do direito penal. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. 2 (1). Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El renacimiento del derecho penal liberal o la “cruz roja” judicial. Tradução de Renato Luis Vannelli-Viel. *In*: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008. p. 392-405. Título original: Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli (1993).