

ELISA FERNANDES BLASI

**Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela
proporcionalidade: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

ELISA FERNANDES BLASI

**Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela
proporcionalidade: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação do Professor Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fernandes Blasi, Elisa

Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade : análise crítica sob o enfoque da dogmática penal ; Elisa Fernandes Blasi ; orientador Renato de Mello Jorge Silveira -- São Paulo, 2020.

228

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Direito penal. 3. Objetivismo ético. 4. Proporcionalidade. 5. Proibição de insuficiência. I. de Mello Jorge Silveira, Renato, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Blasi, Elisa Fernandes

Título: Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
a obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a).: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

RESUMO

BLASI, Elisa Fernandes. **Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade:** análise crítica sob o enfoque da dogmática penal. 2020. “228” fls. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho discorre sobre o controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade a partir da análise crítica das teorias do direito versadas no cognitivismo ético e da problemática limitação do direito penal pelo direito constitucional. Ao tomar posicionamento na assunção da razão prática como método de aferição do sentido do direito penal, esta pesquisa parte da hipótese teórica da necessária releitura da proporcionalidade pela dogmática penal a qual, por sua vez, opera como o meio de integração da práxis penal na construção e interpretação do direito penal. Nesse sentido, a pesquisa confere os contornos teóricos para um controle de constitucionalidade formal da lei penal em dois níveis: o primeiro exige o cumprimento do princípio da legalidade mediante a estruturação do discurso jurídico por critérios racionais e o segundo demanda a análise da consideração e valoração pelo legislador penal das estruturas formais da proporcionalidade sob o enfoque penal.

Palavras chave: Controle de constitucionalidade. Direito penal. Objetivismo ético. Proporcionalidade. Proibição de insuficiência

ABSTRACT

BLASI, Elisa Fernandes. **Controle de constitucionalidade formal da lei penal pela proporcionalidade**: análise crítica sob o enfoque da dogmática penal. 2020. “228” fls. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This paper addresses the formal control of constitutionality of criminal law by proportionality from the critical analysis of the theories of law versed in ethical cognitivism and the problematic limitation of criminal law by constitutional law. By taking a stand on the assumption of practical reason as a method of understanding the meaning of criminal law, this research starts from the theoretical hypothesis of the necessary re-reading of proportionality by criminal dogmatics, which, in turn, operates as a means of integrating penal praxis in the construction and interpretation of criminal law. In this sense, the research provides the theoretical contours for a formal control of constitutionality of criminal law at two levels: the first requires compliance with the principle of legality by structuring the legal discourse by rational criteria and the second demands the analysis of the consideration and valuation by the criminal legislator of the formal structures of proportionality under the penal approach.

Keywords: Constitutionality control. Criminal law. Ethical objectivism. Proportionality. Prohibition of insufficiency

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PRIMEIRA PARTE	14
1. A CONSTRUÇÃO DA LEI PENAL E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL	14
1.1. Os óbices políticos à racionalidade discursiva e a falta de empenho laboral empírico pelo parlamento	23
1.2. Os limites da abrangência discursiva do parlamento e a necessidade de uma democracia substancial atrelada à política criminal demanda pela <i>práxis</i>	37
2. OS CONCEITOS DE DIREITO A PARTIR DA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO	46
2.1. Breves apontamentos sobre as propostas teóricas do positivismo jurídico	46
2.2. Breves apontamentos sobre as propostas teóricas dos <i>neoconstitucionalismos</i>	62
3. A QUESTÃO DA MORAL E DO DIREITO: A IMPORTANTE BUSCA PELA NEUTRALIDADE MORAL E NÃO VALORATIVA DO DIREITO	74
4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO DA RESERVA LEGAL DO PARLAMENTO COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM VISTAS À UMA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL	97
SEGUNDA PARTE	112
5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI PENAL	112
5.1. Valor e o conceito de delito	122
5.2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: a Constituição como um dos limites cognitivos do controle de constitucionalidade formal da lei penal e a problemática limitação do direito penal pelo direito constitucional	130
5.3. Proporcionalidade sob o enfoque penal e estrutura formal do conceito material de delito: necessária conformação entre a dogmática penal e constitucional	156
5.4. Dogmática penal como meio de inclusão da política criminal e fonte de valoração da lei penal	173

6. APROXIMAÇÃO À UMA HIPÓTESE PRÁTICA: A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º, §1º, DA LEI Nº 13.254 DE 13 DE JANEIRO DE 2016, COM A ALTERAÇÃO PARCIAL DA REDAÇÃO PELO ARTIGO 1º DA LEI Nº 13.428, DE 30 DE MARÇO DE 2017, SOB O ENFOQUE DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA	179
7. CONCLUSÃO	205
8. BIBLIOGRAFIA	209

INTRODUÇÃO

A expressão sociedade complexa é comumente suscitada para identificar um sentido social composto de atos comunicacionais que em cada realização provocam novos atos comunicacionais. A evolução do conhecimento humano emergiu com a assunção desse fenômeno não mais como um óbice, mas como a fonte do desenvolvimento social; passou-se a reconhecer essa pluralidade de atos comunicativos e buscar racionalidades capazes de incluir e não excluir essa pluralidade. Essa razão essencialmente prática constrói o sentido do mundo dos fatos a partir de axiomas que visam a estruturação do discurso. Por exemplo, uma racionalidade sistêmica *luhamaniana* assinala a relação binária lícito/ilícito como o meio de aferição do sentido do direito. Já pela ótica da razão argumentativa, é o consenso, regulado por elementos contrafáticos e aberto à impugnação empírica, o responsável pela entendimento intersubjetivo e, logo, do entendimento do sentido do direito.

A necessidade da existência de critérios cognitivos reside na fácil percepção que a pluralidade dos atos comunicacionais não se desenvolvem como uma sinfonia designada a um fim uníssono; as tensões sociais e a indelével aporia entre liberdade e segurança necessitam de um ponto de convergência racionalmente aferido. A ausência do mero direcionamento do agir humano em busca desse ponto, no que toca ao direito e, essencialmente, ao direito penal, é uma das fontes causais de um sistema penal que olvida um propósito, não logra em dar vazão as demandas sociais e que se alimenta, isto é, se expande por intermédio de atos legiferantes que insuflam a aporia a entre liberdade e segurança. Nesse sentido, o instituto da proporcionalidade funciona como uma estrutura formal argumentativa composta por critérios que operam como limites cognitivos ao legislador e ao intérprete da lei penal. Esses critérios, identificados na doutrina constitucional pelo trinômio idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*, sob o enfoque penal são conformados pelas hipóteses de merecimento e necessidade de pena.

Para o desenvolvimento dessa hipótese teórica, a presente pesquisa foi dividida em duas partes. A primeira tem como objeto de fundo o desenvolvimento

teórico da jurisdicional constitucional e da construção do direito e esta subdividida em 4 capítulos. O Capítulo “1” discorre sobre a proliferação de atos legislativos como reposta circunstancial às crises de governabilidade e à multiplicação de demandas sociais tem como produto decisões políticas maculadas por vícios de racionalidade e, logo, de legitimidade. O parco labor empírico, a falta de compromisso em abarcar os variados discursos públicos no cotejo do consenso argumentativo e o dissenso como o limite indelével desse consenso, sustentam a importância da jurisdição constitucional na tutela da Constituição. É comum a identificação dessa tomada de ciência da importância do poder judiciário no controle de constitucionalidade dos atos legiferantes ordinários, oriundos do executivo e do parlamento, com a emergência de teorias do direito que se desenvolveram no segundo pós-guerra com a pauta de consolidação da força normativa da Constituição e que são por vezes identificadas pelo expressão neoconstitucionalismo.

Contudo, para além do equívoco na pretensão de limitar a força normativa e o papel da jurisdição constitucional àquelas hipóteses teóricas, entendidas como teorias justificadoras do direito, aquele paradigma provocou uma pouca profícua cisão retórica no discurso jurídico entre essas e as teorias positivistas ou descritivas do direito. É este limiar que torna a discussão pouco profícua eis que se volta à neutralidade valorativa do direito ao passo que, precisamente, o que se deveria busca é, tão somente, a neutralidade moral do direito. A abordagem das mais relevante hipóteses teóricas do direito que versam sobre essas questões encontra-se no Capítulo “2”.

Seguidamente, o Capítulo “3” situa a evolução no âmago do conhecimento humano ocorrida no século XX com o giro linguístico e que propiciou métodos de superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, isto é, da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito. Assim, o sentido do mundo dos fatos não mais é aferido pela objetificação do conhecimento como algo externo ao sujeito e a construção de uma consciência objetiva compartilhada por todos, mas sim a partir da linguagem como meio de construção intersubjetiva da realidade, da práxis. O agir humano, então, passou a ser compreendido a partir da compreensão da linguagem. Assim, se por um lado o método empírico de aferição do direito, tal qual sustentado pelo positivismo, foi constrangido pela compreensão do direito como uma prática social e, logo, como uma prática subjetiva, igualmente a racionalidade kantiana se esvaziou diante da

pluralidade do sentido da linguagem e da insubsistência de um sentido uno de um juízo moral.

Ao assumir-se a hipótese de evolução do conhecimento pelo giro linguístico, ou seja, uma hipótese de racionalidade prática, notadamente, sob pena de indelével contradição, não subsiste a defesa de uma neutralidade valorativa do direito. A questão, contudo, gira em torno dos limites desse agir em face do direito posto, isto é, quais são os limites dessa atividade valorativa, em especial em sede de controle de constitucionalidade. Disso decorre o reconhecimento que o direito é uma prática de justificação cuja validade carece, contudo, de um método racional cujas estruturas formais sejam passíveis de serem conhecidas, analisadas e valoradas. Esse *prius* analítico, essencialmente estruturado pela filosofia analítica de Ludwig Wittgenstein, percorre a objetividade de estruturas formais linguísticas, mas não do seu conteúdo material. Em assim sendo, ao direito pode subsistir, contudo, a defesa por uma neutralidade moral do direito uma vez que do reconhecimento que juízos morais variados incidem no ato de construção e interpretação do direito, não se mostra contingente o reconhecimento que esses juízos morais configuram uma moral universal ou, mais precisamente, uma moral pública. O direito como prática social deve encontrar o sentido na incorporação e seleção de todos os atos comunicativos que constituem a linguagem sem que se recorra a uma espécie de catálogo de valores morais superiores à sociedade e sem que se descole, igualmente, do direito posto.

A compreensão do direito como prática social e, por tal, essencialmente valorativa, contudo, se depara com a problemática do resguardo do princípio da legalidade e, logo, da competência do parlamento na eleição da política criminal. A questão se torna mais sensível em sede de controle de constitucionalidade quando o intérprete da lei precisa aferir e limitar o sentido das normas constitucionais dotadas de ampla abrangência fática e normativa sem que, para tanto, viole o direito posto. Essas questões se crescem como aporias entre a jurisdição constitucional e a reserva do parlamento, mas podem encontrar um ponto de convergência na compreensão do princípio da legalidade como a conformação da autodeterminação do sujeito e a necessidade de critérios racionais na aferição do sentido do direito, tal qual desenvolve-se no Capítulo “4”. Compreendida a importância de tal princípio, é possível avançar à

segunda parte do trabalho que discorre sobre o controle de constitucionalidade formal da lei penal e que traz os Capítulos “5” e “6”.

O Capítulo “5” prefacia a releitura crítica do instituto da proporcionalidade, tal qual elaborado pela jurisprudência da Suprema Corte alemã e, posteriormente, instrumentalizada por Robert Alexy pelo trinômio idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*, sob o enfoque da dogmática penal. Essa análise crítica, em um primeiro momento, mostrou-se necessária diante do revolvimento empírico e eleição subjetiva entre possibilidades jurídicas demandadas pelo método da ponderação sobre o qual está estruturado o instituto da proporcionalidade por Robert Alexy. Em um segundo momento, esta pesquisa identificou a problemática da leitura dos direitos fundamentais como mandados de otimização para serem otimizados, ou seja, juízos morais objetivos que serão, posteriormente, na análise do caso concreto. Nesse sentido, a proporcionalidade tal qual estruturada pela dogmática constitucional, exclui o empenho laboral da dogmática penal uma vez que restringe a valoração da lei penal a estrita ponderação entre direitos fundamentais. Essa exclusão, contudo, igualmente exclui a possibilidade de aferição do sentido do direito a partir da práxis penal a qual é objeto da dogmática penal compromissada com a racionalidade, por exemplo, argumentativa ou sistêmica.

A evolução do conhecimento humano decorreu, também, a evolução ocorrida na teoria do delito. Hipóteses teóricas que sustentam a predeterminação da ocorrência causal de um resultado naturalístico pelo legislador, outras que sustentam a racionalidade neokantiana de aferição do delito a partir do estudo determinista-causal da política criminal e, ainda, as teorias do delito de cariz finalista que procuram o desvalor da ação no método descritivo/positivista, hoje se deparam com a impugnação de teorias normativas do delito, construídas a partir de racionalidades argumentativas e sistêmicas – integradas ou não. Uma vez que a racionalidade prática confere ao direito a possibilidade de ser compreendido, efetivamente, como a manifestação de uma demanda social, a sua incorporação ao discurso da dogmática penal permite o aperfeiçoamento de axiomas normativos como meios de incorporação da política criminal não apenas na interpretação do direito penal, mas na construção racional de um conceito material de delito.

Desse modo, propõem-se o controle de constitucionalidade formal da lei penal por intermédio da análise do compromisso e da valoração pelo legislador penal das estruturas que constituem um conceito material de delito projetadas àquele trinômio. Mais precisamente, trata-se de um controle de constitucionalidade formal de dois níveis. O primeiro diz com o estrito cumprimento do princípio da legalidade pelo legislador a fim de permitir a identificação da conduta proibida e do bem jurídico-penal. O segundo, diz com a aplicação do instituto da proporcionalidade no âmbito do qual os axiomas idoneidade e proporcionalidade em sentido *stricto* são conformados dentro da ideia de merecimento pena o qual, por sua, é estruturado pelos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade e fragmentariedade do direito penal; o axioma necessidade, por sua vez, é estruturado pelo princípio da subsidiariedade do direito penal.

O direito penal deve ter como critério cognitivo a Constituição, mas não pode ser suprimido por uma compreensão das normas constitucionais descolada da realidade da práxis penal. Um exemplo da problemática da limitação do direito penal pelo direito constitucional é demonstrada no Capítulo “6” na análise do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016, com a alteração parcial da redação pelo artigo 1º da lei nº 13.428, de 30 de março de 2017, o qual extinguiu a punibilidade das condutas previstos no artigo 1º e no artigo 2º, I, II e V da Lei nº 8.137/90, na Lei nº 4.729/65, nos artigos 297, 298, 299 e 337-A do Código Penal, no artigo 22 da Lei nº 7.942/86 e no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Algumas hipóteses teóricas que compreendem a proporcionalidade não apenas como uma estrutura formal que visa coibir o excesso da intervenção penal, mas também como proibição de insuficiência, a qual vedaria a descriminalização de condutas que tutelavam bens jurídicos vinculados, direto ou indiretamente, a direitos fundamentais previstos na Constituição. Tal vedação, logo, constringeria à inconstitucionalidade do mais acima referido dispositivo legal. Essa posição decorre da compreensão dos direitos fundamentais como um plexo de valores objetivos, externos e superiores, ao sujeito e que, por tal, carregariam imperativos de tutela oponíveis ao sujeito e ao Estado. Tal hipótese, contudo, precisaria superar o óbice na aferição de juízos morais objetivos e compartilhados por todos e, ademais, incorre uma indevida identificação da proibição de insuficiência com os imperativos de tutela. Em assim sendo e a partir da conformação dos capítulos deste

trabalho, é possível a conclusão pela constitucionalidade do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016.

A pesquisa conclui pela importância da jurisdição constitucional na efetividade dos direitos fundamentais, em especial, em face da impossibilidade em se afirmar *ex ante* a legitimidade dos atos legiferantes, do executivo e do legislativo, e confia na capacidade de rendimento do controle de constitucionalidade formal da lei penal nessa empreitada. Para tanto, conclui pela necessidade em se aferir o direito a partir da análise das relações intersubjetivas e pela força normativa dos postulados da dogmática penal laborados a partir da conformação entre o direito posto e a prática.

PRIMEIRA PARTE

1. A CONSTRUÇÃO DA LEI PENAL E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

De um lado, a governabilidade substantiva, compreendida como a capacidade da administração pública em laborar decisões, mesmo diante de crises imediatas, dotadas de respaldo político lógico, ou seja, imbuídas de indícios assertivos de obtenção, ou pretensão, de resultados profícuos, a curto ou longo prazo, na esteira do quando previamente planejado, com aquiescência social¹. De outro, a legitimidade dos atos estatais mediante o comprometimento com o direito, com a estabilização de expectativas de condutas, com a previsibilidade dos limites da interferência estatal no seio privado, com o resguardo de direitos e garantias do indivíduo, cuja subjetividade não pode ser suplantada pela tecnocracia política. Esses lados regimentam a sociedade, mas, em especial no âmbito de uma crise fiscal, entram em tensionamento quando a governabilidade força medidas políticas de intervenção econômica a fim de resguardar as contas públicas e, para tanto, constrange a legalidade em prol do agir imediato². Quando esse quadro se instala em sociedades complexas³ com amplas e diversas demandas sociais e sem o arrimo cultural democrático necessário, aqueles extremos implodem. A governabilidade, refém da arrecadação tributária, abre mão de projeções econômicas de longo prazo e, mediante o

¹ FARIA, José Eduardo. Direito e economia na democratização brasileira. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

² Sobre o agir imediato, é pertinente o trabalho de Daniel Innerarity: “Getting along with the future is not an easy task, nor is it one in which instinct prevents us from blunders. That is why we so often have a poor relationship with the future and are either more fearful than we need to be or allow ourselves to hope against all evidence; we worry excessively or not enough; we fail to predict the future or to shape it as much as we are able. Something similar happens to societies. They too need to develop the capacity to see beyond the present moment, and their ability to do so varies as well. Much of our discomfort and our limited collective rationality stems from the fact that democratic societies do not enjoy a good working relationship with the future. In the first place, this is because the whole political system and the culture in general are devoted to the immediate present and because our relationship with the collective future is not based on hope and planning, but on precaution and improvisation.” (INNERARITY, Daniel. *The Future and Its Enemies: In Defense of Political Hope*. Translated by Sandra Kingery. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. p. 10-11.

³ Cf., para as variadas nuances e concepções sociais disfônicas da pós-modernidade, CHARLES, Taylor (org.). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim F. Alves; Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

aumento desmedido do compilado legislativo, submete os programas estatais de políticas públicas sociais e econômicas a uma lógica econômica que opera sob as premissas do mercado. Aquela ampla gama legal não alcança níveis satisfatórios de efetividade uma vez diante da ausência de respaldo democrático das instituições públicas e sociais, eis que os agentes que as constituem, tal qual ocorreu após a promulgação da Constituição da República de 1988, são espólio do poder estatal monológico; trata-se – essas instituições – de diferentes setores, públicos e sociais, a reclamar pela implementação de medidas voltadas ao cumprimento de suas pretensões, por vezes, conflitivas entre si⁴.

Assim, governabilidade e legalidade são paralelas que passam a correr sentidos opostos, enquanto, em outra instância, o parlamento passa a operar no sucateamento das propostas legislativas lavradas pelo Poder Executivo e, igualmente, na elaboração de propostas afastadas da devida discussão pública, transparente e inclusiva⁵. Eis o ponto de implosão mais acima referenciado: a legalidade cede em prol do discurso político-tecnocrata – o qual, por sua vez, não encontra base de sustentação ao negar vigência ao sistema legal que o legitimava⁶. Em face da Constituição da República de 1988, assim como das constituições espanhola de 1978 e italiana de 1948, incrementou-se o desafio: estatui-se um Estado Social de Direito que reclama a concretização dos direitos e garantias assegurados pelas respectivas cartas constitucionais. Contudo, as previsões constitucionais, em especial no caso brasileiro, por um lado, promoveram a proliferação de diferentes titulares de direitos e garantias fundamentais aos quais o Estado não logra dar resposta⁷, por outro, foram vítimas do lobby de discursos organicistas de grupos sociais e econômicos os quais, como contrapartida ao apoio ao novo poder constituinte, fizeram impor anseios próprios no bojo da Constituição. Igualmente, a incessante produção legislativa passa a ser meio de legitimação do discurso político de ocasião que visa,

⁴ FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17.

⁵ Cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 49. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

⁶ FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 39.

⁷ Consoante precisa assertiva do Professor da Universidade de São Paulo, Fábio Konder Comparato, o povo “[...] em cujo nome a Constituição foi feita e promulgada, não teve a menor consciência, ao eleger ditos representantes, de que o fazia para essa finalidade maior” (COMPARATO, Fábio Konder. Brasil: verso e reverso constitucional. *Cadernos IHU ideias*, ano 11, n. 197, 2013. p. 14. Disponível em: <https://cpalsocial.org/documentos/420.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018).

defronte ao caos da ingovernabilidade, conferir respaldo a determinados setores sociais economicamente estratégicos.

A lógica positivista que permeava o sistema jurídico em períodos anteriores e ulteriores à Constituição da República de 1988 não consegue estancar os efeitos negativos da produção legislativa em massa, bem como não é bem sucedida em dar vazão aos conflitos de interesses sociais produtos de uma nova lógica democrática. A estrutura lógica formal e instrumental do discurso juspositivista de cariz germânico, pautada em um empirismo lógico descritivo da conduta humana e limitada por um ordenamento jurídico hierárquico, completo e fechado⁸ – é dizer, que desconhece lacunas normativas pois as considera meros conflitos circunstanciais que devem ser solvidos pelo intérprete e aplicador da norma –, esse *método* não possibilita a integração de elementos outros no discurso jurídico para além da lei posta e dos demais sistemas de fontes legais; o intérprete e aplicador da lei penal se vê circunscrito a um recorte fático de conduta previsto *ex ante* na regra, pretensiosamente ontológico e estático, de modo a impedir a conformidade de tal regra à inexorável mutação e readaptação do comportamento humano diante do desenvolvimento social, contingencialmente, complexo⁹.

Em contrapartida, mediante obstinada tarefa avaliativa científica, a cultura jurídica positivista, com vistas a evitar a violação de seus primados epistemológicos, mas forçada a dar respaldo às demandas de uma sociedade complexa em crescente expansão – e crise –, opta pela produção massificada de leis esparsas dotadas de elementos normativos vagos a fim de atender as divergências do reclame social agora assentadas pela Constituição da República de 1988¹⁰. Ao que toca o escopo perquirido neste trabalho, uma vertente determinada do Estado Social de Direito instituído pela Constituição da República diz com a implementação de tarefas econômicas ao Estado por

⁸ Cf. ATRIA, Fernando. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

⁹ A noção de complexidade é bem trabalhada na concepção sistêmica de sociedade de Niklas Luhmann e diz com a característica própria do sistema social. O terceiro observador, absorto em um plexo de possibilidades indeterminadas e contingentes, isola, dentro desse pensamento complexo, determinada informação a partir da diferenciação sistema/entorno. Esse método gera o ato comunicacional que, seguidamente, gera *sentido* apreensível. Esse ato comunicacional, por sua contingencialidade porosa, ou seja, que se desfaz assim que o outro recebe a informação, faz que as situações mundanas sejam numerosas, cada vez mais complexas e indeterminadas. Cf. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007. p. 209 et seq.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 14.

intermédio de normas constitucionais, as quais implementam a política econômica e conferem a esta um respaldo normativo diretivo¹¹. Ao Direito Penal confere-se, igualmente, a tutela de novos bens jurídicos e direitos difusos não apenas decorrentes dessa nova lógica performática do Estado, com a implementação de normas econômicas, mas também diante da superveniência de equivalentes ao direito soberano estatal implantados em nível transnacional e dotados de força vinculante e programática tal qual os Tribunais Internacionais¹².

Não obstante, apesar dessa nova demanda de tutela jurídica constitucional e supranacional, no que toca à ordem econômica, e a despeito da estreita relação da legislação penal e, em certa medida, da própria atividade da dogmática jurídico-penal “com as concepções políticas vigentes em determinado contexto social”¹³, esses dois fatores não implicam em uma relação contingencial do direito penal com o direito econômico. Tal assertiva de Gilberto Bercovici e Luciano Anderson de Souza é imperiosa para esclarecer que, indiferentemente da emergência de um Estado Social de direito programático e diretivo ou da manutenção de uma lógica contratualista liberal, o Direito Penal continua atrelado a direitos e garantias fundamentais próprias da dialética constitucional moderna que desemboca da emancipação humana iluminista do medievo, uma vez que “o pleno livre desenvolvimento da personalidade, frise-se, só é possível aliando-se justiça social e respeito às garantias individuais”¹⁴.

Aquele aludido desafio da lógica instrumental *iuspositivista* de dar efetividade e concretização a uma nova gama de direitos sem a violação aos primados

¹¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36 n. 142, abr./jun. 1999. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹² Cf. MANES, Vittorio. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, n. 97, 2012. p. 11-67. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹³ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 22.

¹⁴ BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 24.

epistêmicos próprios de um discurso jurídico que se pauta essencialmente no método fechado de interpretação, ou seja, cuja formação encontra na letra da lei o limite valorativo intransponível da norma, gera singular atrito no que toca ao direito penal diante da necessidade de conformar a emergência de novos discursos econômicos, novos bens jurídicos, direitos e garantias, individuais e sociais, com o núcleo que assegura a legalidade e legitimidade da intervenção penal¹⁵. Tal núcleo é composto, sob o aspecto formal, pela proporcionalidade da lei penal – com atenção aos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade, da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal– e pela legalidade. Sob o aspecto material, o aludido cerne é composto de regras e princípios basilares como a culpabilidade, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência¹⁶. O empenho em dar uma resposta à emergência daqueles novos discursos, garantias e direitos, tal qual ocorreu no Brasil pós 1988, mediante a proliferação de leis esparsas e a assunção de elementos normativo vagos, tão somente, descolou a racionalidade jurídica, quer de uma racionalidade empírica, quer de uma racionalidade prática, no que toca ao Direito Penal, ao passo que promoveu uma conjuntura ainda mais problemática diante do descolamento da intervenção penal da rede de normas constitucionais e legais que regulam a construção da figura delitiva e os limiares da teoria do delito em determinado ordenamento jurídico.

¹⁵ Sobre a expansão do direito penal, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001. Guillermo Portilla Contreras oferece uma visão, não obstante crítica, legitimadora da expansão penal quando esta visar a tutela de direitos políticos, econômicos e sociais, difusos e transnacionais, a fim de resguardar a condição de cidadão universal do sujeito e sua autonomia pessoal. Para tanto, todavia, o discurso jurídico precisaria de um ato de reconstrução no sentido propugnado por Jacques Derrida – cumpre esclarecer que a concepção de reconstrução de Jacques Derrida parte da ideia de que a atribuição de um conceito a um fato mundano é um ato de violência, ao passo que, ao momento da apreensão pela linguagem, ou, precisamente, pela escrita, do fato, este perde sua essência; daí que apenas um ato de reconstrução permitiria a renovação do discurso jurídico. (PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 371). Ainda para uma análise crítica da expansão penal, cf. HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología: una fundamentación para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 2010.

¹⁶ Nesse sentido, “A observância dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito é exigência por parte de todos os órgãos públicos. Assim, no âmbito penal, quando o Estado se utiliza dos meios mais graves de controle social, que é sanção penal, somente se justifica a ação do poder público quando houver base suficiente para a intervenção e esta for equilibrada, demonstrando coerência e proporcionalidade” (CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito* In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. p. 80).

Em paralelo, já se configurava na Alemanha uma paulatina evolução na dogmática jurídica como efeito do segundo pós-guerra nos primórdios do século XX. O fascismo germânico demonstrou como a racionalidade do método positivista e a neutralidade valorativa das leis é idônea ferramenta de imposição da mais abusiva política. O argumento da legitimidade pela escolha popular e, logo, suposta representatividade política daqueles que são a base constitutiva da leis, seja por intermédio do parlamento, seja por intermédio do executivo, ladeado pelo discurso da legalidade em razão do respeito à formalidade do processo legislativo competente, fez uso da cisão entre a moral e o direito para vender, com maestria, a ideia segundo a qual a moral, isto é, a pauta valorativa, seria tarefa restrita ao momento da produção legislativa. Nesse sentido, consoante leciona Ana Elisa Bechara, “o são sentimento do povo”¹⁷ passou a ser jargão *legal* que arrimou toda a aplicação da lei no ordenamento jurídico alemão após a publicação de compilado legislativo, em 28 de junho de 1935, que suprimiu o princípio da legalidade e permitiu a modulação da aplicação das leis, em especial as de natureza penal, já vigentes ou não, a fim de permitir a indiscriminada imputação de responsabilidade criminal a partir da vedação “ [...] da prática de qualquer conduta declarada pela lei como punível ou assim valorada ‘conforme os princípios fundamentais da lei penal e o são sentimento do povo’”¹⁸.

O segundo pós-guerra evidenciou a estreita vinculação entre a vontade popular e o produto midiático; e, como consequência, a ausência da legitimidade da representatividade política e a necessidade do resguardo da dignidade da pessoa humana por meio de uma pauta de axiomas normativos de vinculação irrevogável mesmo em face da vontade da maioria. A evidência do autoritarismo do método positivista constrangeu a dogmática jurídica a reivindicar a força normativa dos axiomas próprios da razão kantiana sob o espreque, agora, de uma razão prática, isto é, de olhos abertos à virtualidade dos imperativos categóricos e da pretensão de universalidade de pautas morais, buscou-se, contudo, outros métodos analíticos de descrição ou prescrição de pautas racionais a partir do cotejo entre os anseios da prática de determinado campo social e os axiomas racionalistas como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 42.

¹⁸ *Ibidem*, p. 43.

A partir de então, uma concepção renovada do direito se ramificou pelas mais diversas temáticas, desde a interpretação de regras e princípios até a formulação de teorias do direito, e assumiu, então, o protagonismo na produção teórica do conhecimento jurídico. Tal concepção é ordinariamente identificada pela alcunha de neoconstitucionalismo. Contudo, a impossibilidade de identificação entre todas as diversas propostas teóricas que emergiram no pós-Segunda Guerra reduz a validade científica de tal conceito diante da contradição interna nas premissas teóricas, tal qual será aprofundado em linhas próximas. Nesse sentido, a exemplo, Lenio Luiz Streck adjudica a tal remodelação no âmago do direito o título de “Constitucionalismo Contemporâneo”¹⁹, eis que um ponto convergente entre as doutrinas é o empenho laboral em conferir às normas (regras e princípios) constitucionais a força normativa própria das normas infraconstitucionais²⁰. Outros tantos autores se debruçaram na busca por um conceito que refletisse premissas uníssonas que pudessem ser, no depois, dissecadas na individualidade de cada proposta teórica, uma vez que tal intento de concepção de um conceito normativo com pretensão de universalidade é um dos poucos meios idôneos para a constituição pedagógica de uma dogmática jurídica.

Em assim sendo, não se descredita a utilidade aos variados títulos ou mesmo à própria expressão neoconstitucionalismo. Contudo, com vistas à precisão teórica e diante do compromisso com a lógica formal e a regra da não contradição da dialética, a qual permite que o ato linguístico seja compreensível ao interlocutor - este parte seu exercício de significação, fala e escrita das regras práticas do jogo linguístico em que está inserido de modo que eventual contradição nas premissas práticas do ato linguístico configura má compreensão ou tergiversação da pretensão de validade da linguagem ou do símbolo - ²¹, neste trabalho optou-se, tão somente, por referenciar a ocorrência do paradigma em causa, mostrando-se suficiente tal forma de dissertação a fim de identificar o conceito central que se concentra na força normativa da Constituição e, de forma mais concreta, na jurisdição constitucional.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

²⁰ Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, RS, 2013. p. 79.

²¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. v. 2 – Sobre a crítica da razão funcionalista. p. 51.

Superada breve questão terminológica, a jurisdição constitucional sobre a qual se debruçou o paradigma na teoria do direito no segundo pós-guerra aprofundou-se em questionamentos sobre: (a) a origem da vontade da maioria supostamente expressada nos atos legislativos dos poderes legislativo e executivo e (b) os limites da abrangência discursiva do parlamento. Preliminarmente ao tratamento individualizado daqueles dois itens, mostra-se importante assinalar uma tese de fundo que diz com as premissas que constituem o conceito *povo*. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve, em seu artigo 1º, parágrafo único, o seguinte texto: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Esta última estabelece quais são as premissas para a conceituação da palavra *povo* prevista no artigo 1º, parágrafo único, por intermédio de normas, constitucionais e infraconstitucionais, que delimitam, material e formalmente, com reflexos, diretos e indiretos, nas jurisdições federal e estadual, os partidos políticos, o financiamento partidário, os requisitos para os direitos políticos e para o direito a voto, a composição dos órgãos de trabalho sobre projetos de leis e emendas constitucionais no Congresso Nacional e o sistema eleitoral brasileiro como um todo.

Friedrich Müeller se debruçou sobre a questão “Quem é o povo?”²² e fez assertivas que, além de impugnar a legitimidade daqueles que são, ordinariamente, intitulados de povo, se voltam aos efeitos diacrônicos de tal questão, constatados pela racionalidade prática: a negação da tese de que “[...] não basta que um documento invoque [beschwört] o povo [...]” gera a antítese segundo a qual o povo não teria, constitucionalmente, o efetivo exercício de domínio dos atos estatais²³. Para a compreensão da referida tese, algumas questões devem ser consideradas, as quais dizem, com os limites da palavra *povo*, quando esta é utilizada como elemento normativo da constituição da legalidade e da legitimidade dos atos estatais, isto é, quando é utilizada com a pretensão de aglutinação e composição uníssona dos cidadãos, tais como: a possibilidade de restrição do direito ao voto a despeito do sufrágio universal; a condição de eleitores não votarem, por ausência de obrigação, evasão, invalidação ou manifestação em

²² Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²³ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

branco do voto; a existência de cidadãos que não são capacitados para exercer o direito ao voto em razão de causas de inimputabilidade ou, no que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, da ausência do título de eleitor, por impossibilidade legal de detenção deste ou por mero olvido do aparato estatal e dos meios de comunicação de determinados grupos sociais e a ausência de representatividade desses grupos – as minorias – para a composição do parlamento.

A emancipação humana da infantilidade a que foi constringida pelo medievo foi provocada por uma das premissas centrais da filosofia da consciência: a capacidade de autodeterminação humana em virtude da capacidade de racionalizar o mundo dos fatos por meio da voz humana interna, intrínseca, profana. Consoante leciona o sociólogo Charles Taylor, a autodeterminação prefaciada pelo iluminismo contratual de Jean-Jacques Rousseau individualizou o ser e deu origem ao desenvolvimento da noção de autenticidade: “[...] ser verdadeiro para comigo mesmo e para com a minha maneira própria de ser”²⁴. Trata-se do paradigma, no conhecimento humano, de individualização do Ser em face do *todo*, isto é, da fonte maior que dá sentido à vida humana, erigido ao final do século XVIII²⁵. Assim, não apenas o homem passou a ser o centro valorativo do mundo dos fatos, na relação sujeito-objeto, isto é, o sentido do mundo dos fatos é conferido pelo homem, mas, especificadamente, o subjetivismo ganhou particular expressão diante da sua capacidade de manifestação por intermédio da razão.

Tal assertiva encontra arrimo em manifestação do escritor realista alemão Thomas Mann, quem expandiu o eco da emancipação humana e os efeitos do reconhecimento do subjetivismo como fonte de identidade do ser: “Para o adepto das Luzes, o termo e o conceito ‘povo’ sempre conservaram qualquer traço de arcaico, inspirador de apreensões, e ele sabe que basta apostrofar a multidão de ‘povo’ para induzi-la à maldade reacionária”²⁶. Ao conferir a determinado grupo a alcunha de “povo”, retira-se a noção de subjetividade, individualidade, autenticidade; aquele grupo ou “multidão” passa a se identificar e a ser identificado por um conceito elaborado por um alguém ou uma

²⁴ TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 48.

²⁵ Ibidem, p. 48.

²⁶ MANN, Thomas. *Doutor Fausto: a vida com compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 33.

instituição; não se trata, assim, de constituição de tal conceito a partir de ideais morais kantianos, mas, efetivamente, de um axioma vazio e autoritário, uma vez que aqueles juízos morais kantianos não se prestam a constituir tal conceito, senão, do contrário, urgem a necessidade de individualizá-lo ainda que de forma objetiva, a partir e outros axiomas assegurados, no caso da teoria contratualista, pelo contrato. Apenas o compromisso dos agentes públicos e sociais em compor propostas de repostas a tais questões que busquem o alcance do conceito da palavra *povo* como pretensão de manifestação uníssona dos cidadãos é a força contrária ao passivo aceite da mais acima referenciada antítese, qual seja, da suposta perfídia da norma que elege o povo como fonte única do poder estatal²⁷.

1.1. Os óbices políticos à racionalidade discursiva e a falta de empenho laboral empírico pelo parlamento

O primeiro grupo de questionamentos voltados (a) à origem da vontade da maioria supostamente expressada nos atos legislativos dos poderes legislativo e executivo, pauta-se na pueril discussão pública prévia à formulação dos textos de lei e no correr do processo legislativo, na falta de comprometimento com a lógica empírica, discursiva ou sistemática das iniciativas legiferantes e, logo, no vício da formatação do conhecimento daqueles que constituem a chamada opinião pública.

Dedicado a demonstrar a necessária democratização substancial do direito penal em face da expansão deste à margem dos limites formais e materiais de legalidade e constitucionalidade e, ainda, de um conceito material de delito ou de propostas normativas isoladas laboradas pela dogmática penal, a partir dos estudos da criminologia e da política criminal, Jesús-María Silva Sánchez se debruçou, preliminarmente, sobre os discursos que denunciam a perda de qualidade democrática da legislação penal. Tal perda se daria a partir de análises diversas do mesmo fenômeno: (i) o vício do agir prescritivo do

²⁷ Assevera Friedrich Müller que “A exclusão deslegitima. Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo-destinatário degeneram em ‘povo’-ícone. A legitimidade somente pode advir da fundamentação no povo real, que é invocado pelo texto da constituição [...] o trabalho dos juristas nessa direção produz passo a passo a qualidade do Estado de Direito, mas é em grau igual um trabalho em prol democracia”. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

parlamento na construção do texto de lei a partir da análise do desgaste do princípio democrático – princípio de maioria ou majoritário²⁸ –, entendido como a autoridade normativa da voz da maioria; (ii) os questionamentos sobre a legitimidade democrática do compilado normativo internacional e intranacional que vinculam - normativa ou discursivamente - os ordenamentos jurídicos internos, diante da natureza estritamente administrativa de tais normas e regulamentos²⁹ e (iii) a ausência de comprometimento com as garantias e direitos fundamentais no âmbito do labor prescritivo, interno e externo.

De acordo com Jesús-María Silva Sánchez, a perda de qualidade democrática da legislação penal tem origem em problemáticas práticas próprias de cada país ou cultura, de modo que seria demasiadamente abreviado e ingênuo o tratamento de tal questão de forma global e uníssona³⁰. Em sede europeia, no que toca à análise do item (i) acima, o discurso prático impugna a legitimidade e a legalidade da legislação penal diante do fato de que as propostas legislativas encaminhadas prontas pelos partidos políticos, pelo legislativo e pelo executivo, visam reduzir o debate em torno do texto de lei, eis que a discussão quanto à prescrição laborada pelo legislador acontece em um segundo momento e o texto base passa a ser o texto referência da discussão pública.

Esse *modus operandi* é retrato de um propósito eleitoreiro e circunstancial de venda de pretensões políticas³¹. Na jurisdição brasileira, a situação não é diversa. Em 24 de dezembro de 2019, foi publicada a Lei nº 13.964/2019, que alterou sensivelmente a legislação penal, processual penal e da execução penal brasileira³². As críticas hodiernas, por agremiações e juristas especializados, às alterações legislativas não diferem da tônica das críticas que já era opostas ao projeto de tal compilado legislativo, projeto este acriticamente intitulado, pelo Ministério da Justiça, de “Projeto Anticrime”. Dentre muitas das críticas formuladas já antes da promulgação da aludida lei, a ausência de discussão pública prévia à elaboração do projeto, bem como de uma exposição de motivos

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 32.

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 30.

³² Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 29 dez. 2019.

detida sobre a política criminal sustentada, teve lugar particular e voz uníssona em meio às análises técnicas e doutrinárias.

Como exemplo do asseverado mais acima, a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seus conselheiros federais, realizou um parecer técnico sobre a legalidade, constitucional e infraconstitucional, e a fundamentação política criminal de todos os artigos do então projeto da Lei nº 13.964/2019. Para além do grupo de trabalho composto de juristas especializados na temática, o documento público da Ordem dos Advogados do Brasil contou com pareceres técnicos de outras entidades competentes para a composição da dialética, quais sejam: o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) e as seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, as quais são constituídas e detêm jurisdição em cada Estado da República Brasileira. Em análise prévia à conclusão pela ilegalidade e inconstitucionalidade de diversos pontos da lei em causa, o parecer técnico da Ordem dos Advogados do Brasil asseverou, já em seu introito, o quanto segue:

10. De início, é necessário dizer que praticamente todas as abordagens doutrinárias a respeito das propostas do Governo Federal, recebidas pelo Conselho Federal e até então divulgadas publicamente, partem de uma crítica comum. Há convergência total por parte da comunidade científica de que a proposta do Ministério da Justiça não foi precedida do indispensável debate público que se esperava em um projeto com esse impacto sobre o sistema penal, processual penal e penitenciário.

11. Sob outra perspectiva, de igual revelo, merece destaque a inexistência de uma exposição de motivos detalhada e aprofundada das causas que motivaram as propostas, dos estudos técnicos que as amparam e, em especial, de uma análise cuidadosa a respeito das consequências jurídicas, sociais e econômicas de eventual aprovação integral do projeto.³³

Ao individualizar-se o quadro europeu, encontra-se na “Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno” da Espanha, cujo preâmbulo traz objetivo de legislação, a conformidade dos atos do poder executivo espanhol, inclusive no que toca às políticas públicas direcionadas ao país e ao exterior, em sede de jurisdição federal, com a Constitución Española en 1978. Evidencia-se que o legislador ordinário espanhol buscou conformar a produção legislativa não apenas às determinações de publicização dos atos

³³ SANTA CRUZ, Felipe; BREDA, Juliano (coords). *Análise do projeto de lei anticrime*: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. p. 6. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019

estatais ou do debate, no âmbito do parlamento, da atividade legiferante do poder executivo, a teor, respectivamente, do quanto previsto nos artigos 9.3. e 86.2. da Constituição espanhola, mas efetivamente aos direitos e garantias fundamentais, eis que diante da abrangência fática de tais normas e da multiplicidade de interpretações aplicáveis, a limitação da interferência estatal sobre tais direitos e garantias – e, logo, a escolha por determinado esteio interpretativo – deverá restar devidamente fundamentada e esclarecida à sociedade afetada.

Dentre os mencionados propósitos de conformidade com as normas constitucionais e a atividade do poder executivo, encontra-se na referida legislação o artigo 22, cuja norma prescreve que a “iniciativa legislativa”³⁴ e a “potestad reglamentaria”³⁵ – esses conceitos podem ser compreendidos como projetos de lei direcionados ao parlamento, decretos e atividades legislativas regulatórias próprias da Administración Pública tal qual previsto no ordenamento jurídico brasileiro – da administração pública espanhola deverão atender os procedimento formais de produção legislativa previstos no “Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”³⁶ e nos artigos 23 a 28 da própria “Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno”. Detidamente ao que ora comporta relevo, dentre as disposições normativas antes referidas chama a atenção a norma do artigo 26.1., a qual determina³⁷ que deverá ser feita uma consulta pública prévia à redação do texto de lei, disponibilizada na rede universal de internet, com vistas à valoração, nos termos do artigo 26.2., pelos sujeitos afetados pela legislação e pelas organizações representativas de tais grupos, das seguintes temáticas:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la nueva norma.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.³⁸

³⁴ Artigo 22 da Ley 50 /1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 28 nov. 1997. Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>. Acesso em: 17 jan. 2020.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Artigo 26.1 da Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 28 nov. 1997. Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>. Acesso em: 17 jan. 2020.

³⁸ Artigo 26.2 da Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 28 nov. 1997. Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>. Acesso em: 17 jan. 2020.

O artigo 26.6. traz formas adicionais de controle do respeito ao consenso argumentativo quando um ato de natureza legislativa proveniente do executivo federal afetar direitos e interesses legítimos das pessoas:

6. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

El plazo mínimo de esta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles, y podrá ser reducido hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen; así como cuando se aplique la tramitación urgente de iniciativas normativas, tal y como se establece en el artículo 27.2. De ello deberá dejarse constancia en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

El trámite de audiencia e información pública sólo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas³⁹.

A “Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno” regulamentou o artigo 88 da Constituição espanhola, o qual determina que os projetos de lei “[...] serão aprovados em Conselho de Ministros, que os submeterá ao Congresso, acompanhados por uma exposição dos motivos dos antecedentes necessários para pronunciar-se sobre eles”⁴⁰. Tal determinação constitucional encontra-se, igualmente, replicada nos regimentos internos da Câmara e do Senado espanhóis. Não bastasse isso, o art. 89.1⁴¹ da carta constitucional espanhola dispõe que o processo legislativo a ser adotado para o trâmite da produção legislativa será regulamentado pelos Regimentos das Câmaras, ou seja, é condição de legalidade a apresentação de uma exposição de motivos acompanhada de toda a

³⁹ Artigo 26.3 da Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 28 nov. 1997. Disponível em: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25336>. Acesso em: 17 jan. 2020.

⁴⁰ Artigo 88 da “Constitución Española”. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 311-1, de 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

⁴¹ Artigo 89.1 da “Constitución Española”. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 311-1, de 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020.

documentação necessária para a compreensão da proposta legislativa, de seu conteúdo político e textual, pelos membros do parlamento.

Conforme instrui José Luís Díez Ripollés, o controle de constitucionalidade das normas penais visa a valoração da adequação da norma infraconstitucional penal com os direitos e garantias fundamentais assentados na constituição – mais precisamente, em “[...] valores, princípios ou regras constitucionais [...]”⁴² –, de modo que cabe à Corte Constitucional o controle de constitucionalidade material e formal por intermédio, no último caso, da análise da adequação do objeto de análise aos procedimentos legislativos previstos no ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional ⁴³. Assim, afirma o referido jurista madrileno, no esteio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, que a violação aos artigos 88 e 89.1. é causa de inconstitucionalidade⁴⁴.

Contudo, no que toca ao procedimento de formulação de propostas legislativas e demais atos de natureza regulamentária por parte do poder executivo, o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que eventual violação à “Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno” não seria causa de inconstitucionalidade do texto de lei, uma vez que o artigo 88 da Constituição espanhola limitaria, como procedimento legislativo a ser observado, o procedimento próprio dos Regimentos da Câmaras que constituem o parlamento. Em sentido contrário, afirma José Luís Díez Ripollés, acertadamente, que a norma do artigo 88 não impede eventual violação à aludida lei regulamentária do Governo da Espanha, mas traz sua fundamentação ao passo que faz menção expressa a normas infraconstitucionais para regulamentar o processo legislativo. Em assim sendo, a violação aos artigos da “Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno” deverá ser causa de inconstitucionalidade da lei penal, eis que os artigos 87 e 89, inseridos no mesmo capítulo do artigo 88, afirmam que o Governo Espanhol é dotado de competência legiferante e tal

⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 190.

⁴³ Note-se que a proposta deste trabalho é, contudo, outra: ao passo que o jurista madrileno José Luis Díez Ripollés aloca a proporcionalidade no controle de constitucionalidade material da norma penal e limita o controle de constitucionalidade formal à análise do cumprimento do processo legislativo, aqui, com arrimo da proposta de Carlos Bernal Pulido e Flavio Antônio da Cruz, a proporcionalidade soma-se à legalidade e às normas do processo legislativo como controle de constitucionalidade formal da norma penal nos termos do quanto discorrido no Capítulo 3, mais adiante.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 191.

atividade detém legislação procedimental própria⁴⁵. Notadamente, verificam-se na legislação espanhola propósitos constitucionais e legais de assegurar o idôneo debate público e, assim, o paulatino aperfeiçoamento do consenso buscado pelo poder legislativo e da transparência dos atos com força legal.

Sem embargo, a despeito da solene pedagogia dos textos de leis encimados, as outras duas análises críticas relacionadas à perda de qualidade democrática, em especial, da legislação penal em sede europeia conferem outros desafios aos propósitos de concretização das normas constitucionais e aprimoramento do consenso parlamentar, fundamentação e transparência dos atos unilaterais do poder executivo. Essas duas análises, tal como apontado por Jesús-María Silva Sánchez, dizem com a: (ii) a emergência de legislações e regulamentações provenientes da jurisdição internacional e transnacional e (iii) a ausência de compromisso com direitos e garantias fundamentais da legislação penal, interna ou externa.⁴⁶

⁴⁵ A proposição normativa que José Luis Díez Ripollés conferiu ao artigo 88 da Constituição Espanhola utilizou como esteio hermenêutico a leitura sistemática das normas constitucionais: “Por outro lado, o mesmo tribunal declarou que a fase de elaboração governamental de um projeto de lei, antes de sua remissão ao parlamento, consiste em procedimento administrativo prévio e não pertence ao procedimento legislativo, de forma que os defeitos ocorridos nesse âmbito não podem invalidá-lo; semelhante afirmação traz como consequência a exclusão do ‘bloco de constitucionalidade’ do artigo 22 da Lei do Governo, onde se desenvolve a iniciativa legislativa que compete ao Governo, nos termos do artigo 88, CE. [...] O argumento de que a fase governamental da elaboração de um projeto de lei não forma parte do procedimento legislativo rompe claramente sua unidade, deixando indevidamente de fora deste procedimento a etapa constitucionalmente prevista de conformação da iniciativa legislativa por parte de uma das instituições constitucionalmente competentes, isto segundo o artigo 87, o Governo. Por outro lado, o estabelecimento no artigo 88 CE de exigências procedimentais e documentais que devem cumprir as iniciativas legislativas governamentais, da mesma forma que ocorre com as exigências estabelecidas para as iniciativas legislativas que dão lugar às proposições de leis nos artigos 87.2 e 3 e 89 CE, não impede mas, pelo contrário, fundamenta que as normas de hierarquia inferior à Constituição que dispõem sobre tais previsões devem formar parte do bloco de constitucionalidade.” (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 191-192).

⁴⁶ Cf. AMBOS, Kai. ¿Es posible el desarrollo de un derecho penal sustantivo común para Europa?: algunas reflexiones preliminares. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 88, p. 51-78., 2006. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58493. Acesso em: 6 jan. 2020. ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76, mai./jun. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=79706. Acesso em: 8 jan. 2020. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. A Política Criminal dos Tratados Internacionais. In: D’AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=698337>. Acesso em: 3 jan. 2020. VOGEL, Joachim. Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea. *Revista Penal*, Valencia, n. 10, p. 112-129, jul. 2002. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39233. Acesso em: 9 jan. 2020.

No que diz respeito à segunda análise (ii), a jurisdição transnacional emergente na União Europeia é hoje objeto de intenso estudo doutrinário quanto à força normativa e vinculante, em face dos Estados membros, das normativas provenientes do chamado direito penal comunitário⁴⁷, em especial no que toca às disposições que visam a harmonização e unificação das normas penais nacionais. Essa espécie de direito penal transnacional visa, no caso europeu, em apertada síntese, a imposição sancionatória, de natureza criminal, civil e administrativa, a condutas que violem as demais disposições comunitárias⁴⁸. A aporia em face do princípio democrático se dá diante do fato de que o amplo compilado normativo produzido pelos tratados transnacionais – comunitários – não é proveniente de instâncias legislativas compostas de membros eleitos pelos Estados membros e dotados de competência representativa pelo voto da maioria.

Nesse sentido, a crescente demanda transnacional de harmonização e unificação do direito penal, no âmbito da União Europeia, cria duas espécies de problemas: a primeira de cariz normativo, eis que se constringe a Teoria do Direito no que toca à epistemologia do direito, isto é, quanto às fontes do direito e as suas respectivas naturezas jurídicas, ao passo que se gera uma distopia em face do princípio da legalidade e do princípio democrático; e a segunda de natureza política, uma vez que se exige árduo empenho da pesquisa científica da dogmática penal para a elaboração de elementos normativos com pretensão de universalidade, bem como dos estudos criminológicos e político-criminais para a criação de premissas abstratas e concessão do esteio argumentativo da dogmática e, igualmente, do legislador.

As questões normativas provêm, diretamente, da ausência de legitimidade democrática do compilado regulatório e diretivo dos tratados internacionais em face da produção estritamente administrativa de suas regras e do modo como tal compilado é internalizado pelo direito estatal⁴⁹, qual seja, por vezes, mediante a prolação

⁴⁷ Cf. SGUBBI, Filippo. Derecho penal comunitario. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, p. 89-123, 1996. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15893 . Último acesso em 14 de março de 2020.

⁴⁸ Ibidem, p. 89.

⁴⁹ Cf. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 48, p. 811-830, 1992. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41471 . Acesso em: 6 jan. 2020. MATA

nos ordenamentos jurídicos internacionais de normas penais em branco. Os primados clássicos do direito penal e do direito constitucional, imediatamente, reagem a tal ausência de legitimidade democrática por intermédio do princípio da legalidade, majoritariamente previsto nas Constituições ocidentais como exigência de lei prévia, certa e determinada para a legitimidade dos atos Estatais na interferência no seio privado⁵⁰. A legalidade, nesses termos, é o reflexo normativo direto e essencial do princípio democrático como axioma, produto do Estado Democrático de Direito liberal, que limita os atos estatais à conduta prescrita em lei, promulgada pelo poder legislativo e, logo, pela vontade da maioria⁵¹.

No que toca aos efeitos da legislação transnacional na União Europeia, tem-se caso mais claro e sensível de vulnerabilidade do princípio da legalidade, eis que o direito penal comunitário europeu publicou, dentre outras regras, hipóteses delitivas que tutelam bens jurídicos vinculados às relações econômicas e ético-político comunitárias⁵², bem como diretivas penais que vinculam os Estados membros – os quais, por vezes, recepcionam tais diretivas como elementos normativos constitutivos dos tipos

BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho Penal comunitário y Derecho Penal estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 2, 2000. Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html#II. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁵⁰ MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho Penal comunitário y Derecho Penal estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 2, 2000. p. 2. Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html#II. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁵¹ Conforme leciona Jiménez de Asúa: “La filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaria en una formula jurídica, que resultaba del Contrato social de Rousseau; el principio de la legalidade de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no este previamente establecida en la ley [...] como un apotegma, en lengua latina, a fin de destacar su universalidade: *nullum crimen, nulla poene sine lege*” (ASÚA, Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal. Concepto del derecho penal y de la Criminología, Historia y Legislación penal comparada*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950. tomo 1. p. 215). Nesse sentido, BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal. Tradução e notas do professor José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1. p. 21.

⁵² GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. Incidencia de las Normas Internacionales y Comunitarias en la Protección Penal de los derechos laborales del menor de edad. Especial referencia a la medida de “Prestaciones en beneficio de la comunidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 14, 2012. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-03.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2020. MANES, Vittorio. As Garantias Fundamentais em Matéria Penal. Entre a Constituição e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. In: D’AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 82-118. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=698337>. Acesso em: 6 jan. 2020. MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, p. 32-65, jan. 2014. p. 2. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103533 . Acesso em: 6 jan. 2020. SGUBBI, Filippo. *Derecho penal comunitario. Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, p. 89-123, 1996. p. 91 et seq. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15893 . Acesso em: 7 jan. 2020.

penais já previstos em seu ordenamento jurídico interno.⁵³ Assim, por um lado, com a criação de tipos penais pelo direito penal comunitário, a regulação da autodeterminação dos sujeitos dos Estados membros passa a se dar por instâncias administrativas que olvidam o princípio democrático, isto é, o princípio da vontade da maioria manifestado pelos representantes eleitos. No que toca à recepção pelos Estados membros das diretivas comunitárias, tal se dá mediante a utilização de técnicas de reenvio. Estas são demandadas pelo legislador ordinário nas abstratamente tituladas normas penais em branco para a complementação do tipo objetivo da hipótese delitiva; as normas do direito comunitário europeu são, em grande parte, internacionalizadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros por intermédio de técnicas de reenvio e edição de tipos penais incompletos. No ordenamento jurídico brasileiro, o reenvio é, igualmente, amplamente utilizado nos tipos penais que conformam o direito penal econômico⁵⁴, tributário, ambiental, do consumidor e de tutela da saúde pública⁵⁵.

⁵³ MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho Penal comunitário y Derecho Penal estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 2, 2000. p. 3. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html#II. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁵⁴ Cf. CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 99-147, set./out. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=81871. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁵⁵ Leia-se, a exemplo, a norma do artigo 38 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – a qual dispõe sobre condutas lesivas ao meio ambiente –, cujo dispositivo prescreve o quanto segue: “Art. 38: Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade”. Lê-se a constituição da lei penal de um elemento normativo objetivo, qual seja, “floresta de preservação permanente”, cujo conceito era definido nos artigos 2º e 3º da Lei nº 4.771/65. Contudo, com a revogação de tal lei, atualmente o conceito de “floresta de preservação permanente” encontra-se no artigo 4º da Lei nº 12.651/12, a qual regulamenta e delimita genericamente todas as Áreas de Preservação Permanentes – APP –, incluindo-se as florestas. Notadamente, trata-se, conforme lecionado por Luís Greco, de uma acessoriedade administrativa conceitual. Cf. GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194., jan./fev. 2006. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923. Acesso em: 8 jan. 2020, p. 160. No entanto, com a revogação da Lei nº 4.771/65 e a publicação da Lei nº 12.651/12, trata-se, igualmente, de uma acessoriedade ao direito administrativo, eis que o artigo 6º na nova lei confere ao chefe do Poder Executivo a possibilidade de criar e delimitar outras APPs para além daquelas previstas no artigo 4º. Ainda, a aludida norma penal também traz caso de acessoriedade ao ato administrativo, vez que a artigo 8º, também da Lei nº 12.651/12, confere à Administração Pública competência para, por intermédio de atos administrativos próprios e atendidos os requisitos da lei, fazer concessões ou permissões a intervenções ou supressões da vegetação nativa protegida pela APP. Note-se que, quando uma empreiteira avança o talude da obra, sem danificar diretamente o solo, mas, naturalmente, intervindo ou suprimindo a vegetação nativa da APP, uma interpretação da lei penal não vinculada ao bem jurídico tutelado pode valorar tal conduta como delitiva se vincular o tipo objetivo à Lei nº 12.651/12, a qual, por sua vez, veda a intervenção em APP sem autorização prévia. No entanto, reiterando-se o exemplo, quando a empreiteira realiza, previamente, os estudos técnicos e identifica que os taludes invadirão a APP, sem danificá-la, é possível a deliberação dos órgãos administrativos estaduais competentes para a autorização ou não da obra.

Conforme leciona Renato Silveira, mais precisamente, são tipos penais incompletos cujo injusto carece de complementação normativa para a imputação;⁵⁶ não se trata de mera contribuição externa com força normativa para a valoração do *global* do tipo penal⁵⁷, mas, propriamente, da ausência de elementos normativos objetivos necessários à compreensão do injusto e que serão prescritos por outras searas normativas – em especial, a administração pública direta, no caso brasileiro. Muito embora parte da doutrina intitule esses tipos penais, genericamente, de normas penais em branco, o crescimento no âmbito do direito posto dessas hipóteses delitivas provocou a necessária especialização do instituto do reenvio, em especial, diante das diferentes formas pelas quais a configuração do tipo penal é afetada e, por tal, a determinação do texto legal requerida pelo princípio da legalidade⁵⁸. Por outro lado, há os tipos penais incompletos que reenviam a configuração do injusto à seara administrativa, isto é, o elemento normativo objetivo do tipo penal passa a ser, de forma, absoluta ou relativa, dependente da deliberação administrativa competente⁵⁹.

Norberto J. de la Mata Barranco traz uma interessante sistematização explicativa das formas de vinculação entre o direito penal e o direito administrativo. A acessoriedade administrativa absoluta do direito penal do direito administrativo consiste na objetiva criminalização da violação a uma regra proveniente da Administração Pública; a legislação penal pode replicar a regra penal e impor a sanção

⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 83.

⁵⁷ Nesse sentido, compete a observação *in verbis* de Renato de Mello Jorge Silveira sobre o entendimento da doutrina especializada quanto aos efeitos dos tipos penais incompletos na teoria do delito: Nelas, somente seria visto, portanto, parte do injusto do delito correspondente. Isso faz com que autores como Jescheck e Weigend expressem seu repúdio, ao menos parcial, pela noção de incompletude típica. Puppe, por outro lado, reconhece que leis penais em branco, em verdade, ao menos em sentido formal, seriam previsões em que se faz presente o preceito secundário (pena), mas que, no lugar do preceito primário, apenas se faz referência a mandamentos ou proibições contidas em outro *locus*. Diz-se repúdio parcial, pois os mesmos Jescheck e Weigend reconhecem certa importância à substanciação dos elementos de valoração global, que, não raro, têm o papel de esclarecimento em relação à valoração jurídica determinada. É de se recordar, assim, que normalmente se encontram situações em que o desenho típico pode englobar todas as características explicativas necessárias para sua aplicação. Melhor entendimento, no entanto, parece ser a consideração de que mesmo a avaliação sobre os elementos de valoração global acaba por se dar junto ao injusto, como pretende Roxin, quase que em uma avaliação sobre o tipo penal total. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 85.

⁵⁸ CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 99-147, set./out. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=81871. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁵⁹ HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e o conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o elemento extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

secundária ou simplesmente prever uma sanção secundária e remeter o que seria a descrição da sanção primária à legislação administrativa. Nesse caso, como afirma Norberto J. de la Mata Barranco, sequer há que se falar que o bem jurídico tutelado seria, por exemplo, o meio ambiente, uma vez que a lei penal tutela a “[...] capacidad de control da Administración pública [...]”⁶⁰. Trata-se, propriamente, da vedação à violação à legalidade. No que toca à acessoriedade administrativa relativa, há as hipóteses em que os tipos penais fazem remissão, promovem o reenvio, a um conceito administrativo, a uma regra administrativa ou a um ato administrativo; tais formas de acessoriedade foram sistematizadas por Renato de Silveira a partir do grau de afetação da lei penal e conceituadas, respectivamente, como acessoriedade administrativa de primeira, segunda e terceira geração⁶¹.

Ao limite descritivo que cabe neste tópico, compete a valoração do conhecido trabalho de Luis Greco, o qual, a partir da doutrina alemã, confere conceitos convergentes com a hipótese sistemática proposta por Renato Silveira. Assim, é possível a erigir-se, objetivamente, o seguinte sincretismo de conceitos. A acessoriedade administrativa de primeira geração – acessoriedade conceitual – consiste na remissão da lei penal a conceitos de legislação administrativa como elementos normativos objetivos do tipo penal. A acessoriedade administrativa de segunda geração – acessoriedade ao ato administrativo –, por sua vez, trata do reenvio pela norma penal a um ato administrativo para a configuração do injusto de modo que o tipo objetivo descrito na lei penal faz remissão a um ato administrativo constitutivo de um direito ou de uma obrigação jurídica em face do destinatário da norma⁶². Diferenciam-se tais casos da acessoriedade

⁶⁰ MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Derecho Penal comunitário y Derecho Penal estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), n. 2, 2000. p. 17. Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html#II. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁶¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 96.

⁶² É preciso, entretanto, perceber que as leis penais que, em tese, trazem uma acessoriedade administrativa, em especial, ao ato administrativo, criam algumas situações problemáticas. Primeiro, é patente a questão erigida com a inexistência de descrição da acessoriedade na disposição do texto lei; essa falta que, complementada com a hipótese teórica de suposta não vinculação das instâncias administrativas e criminais, dificulta a vinculação da imputação criminal ao ato administrativo, autorizaria a proposição de ação penal diante de indícios de materialidade e autoria em face de ato administrativo favorável ao réu? Uma segunda questão diz com a multiplicação de regulamentações e normativas da Administração Pública e eventual controvérsia quanto ao órgão ou, ainda, à jurisdição competente da Administração Pública para lavrar o ato administrativo. Sobre tais controvérsias, necessária a atenção aos estudos de COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre-Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013; e

administrativa absoluta uma vez que aqui não se trata da replicação de regra administrativa sancionatória pela regra penal, mas da carência de um ato administrativo concreto para a configuração do tipo objetivo do injusto. Finalmente, a acessoriedade de terceira geração – acessoriedade ao direito administrativo – trata do tipo penal cujo elemento normativo objetivo é diretamente dependente de uma regra administrativa, de modo que a hipótese delitiva trata da violação a uma regra administrativa.

Em sede internacional, a questão normativa que reclama a ausência de qualidade democrática das normas provenientes dos sistemas de regulamentações⁶³ *soft law* – recomendações provenientes de organizações internacionais – ou *hard law* – tratados internacionais firmados pelo Estado –, igualmente, erige-se da afetação do princípio da legalidade, eis que tais normas são internalizadas nos ordenamentos jurídicos estatais, no caso das primeiras, por intermédio da afetação discursiva direta da política criminal nacional⁶⁴, sem o devido debate público – pelo poder legislativo ou pela sociedade civil –, e no que toca às segundas, por força, no caso brasileiro, de normas constitucionais e infraconstitucionais que recepcionam o compilado regulatório proveniente dos tratados

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923. Acesso em: 8 jan. 2020.

⁶³ Cf. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. A Política Criminal dos Tratados Internacionais. In: D’AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=698337>. Acesso em: 3 jan. 2020. SGUBBI, Filippo. Derecho penal comunitario. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, p. 89-123, 1996. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15893. Acesso em: 7 jan. 2020.

⁶⁴ Nesse sentido, explicita Adán Nieto Martín que as normativas de *soft law* criam *standares* hermenêuticos impulsionados pela política criminal internacional: “[d]esde el final de la guerra fría han proliferado organizaciones internacionales informales, donde representantes de diversos estados se reúnen periódicamente y adoptan decisiones que son de gran importancia para la política criminal. Es lo que ocurre con el G20 y el GAFI en materia de blanqueo de capitales o la IOSCO, organización que agrupa a los representantes de las entidades supervisoras del mercado de valores, a la hora de definir que operaciones deben considerarse ilícitas en el mercado de valores. El proceso de estandarización a través de las normas ISO u otro tipo de estándares tiene igualmente una gran incidencia en el control de riesgos medioambientales, alimentarios, para la salud de los trabajadores etc. En este rico subsuelo normativo germinan con fuerzas deberes de cuidado y de supervisión que resultan después relevantes en la interpretación de los tipos penales. Recientemente el proceso de estandarización y de certificación se ha aproximado aún con más fuerza al Derecho penal de la empresa con la aparición de las normas ISO que establecen medidas de prevención de la corrupción en la empresa (ISO 37001) y de implantación y gestión de programas de cumplimiento (ISO 19600 y UNE 19600). Aún está en discusión se en estos casos cuál es su papel en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (MARTÍN, Adán Nieto. Derecho Penal Economico y de la Empresa europeo e internacional. In: MATA BARRANCO, Norberto J. de la *et al. Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018. p. 61-85. p. 80).

internacionais e outras fontes de direitos equiparáveis⁶⁵, ao passo que não há, no âmbito da formulação regulamentária do compilado, normativos desses tratados, revolvimento discursivo no âmbito dos ordenamentos jurídicos ou internos, ou mesmo no próprio procedimento legislativo externo.

Para além das questões normativas, a proliferação de compilados legislativos e recomendações administrativas produzidos em âmbito internacional e recepcionados pelos ordenamentos jurídicos internos dos países a eles submetidos, sejam eles dotados de força vinculante absoluta ou débil – as chamadas *hard laws* ou *soft laws* –, bem como, e com efeitos negativos mais agudos, em âmbito transnacional, no caso da União Europeia, diante de leis que determinam a harmonização e unificação de normas penais entre os países integrantes da referida comunidade⁶⁶, subtrai a necessária valoração político-criminal e demais demandas públicas, por vezes circunstanciais, próprias de cada sociedade. Por essa razão, o mero estudo histórico a fim de aferir um dado com pretensão universal, sem a valoração de elementos contrafáticos, reduz a possibilidade do consenso democrático necessário. Essa exigência de valoração político-criminal constitui-se na terceira linha de análise discorrida por Jesús-María Silva Sánchez, qual seja, (iii) a ausência de compromisso substancial com a política criminal, a qual será dissertada no tópico abaixo, isoladamente, diante da singular importância da temática para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade formal da lei penal.

⁶⁵ Cf. artigo 5º, § 2º, §3º e §4º da Constituição da República: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)[...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jan. 2020) e artigo 1º, I, do Código de Processo Penal brasileiro: “O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional” (BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 8 jan. 2020).

⁶⁶ Ibidem.

1.2. Os limites da abrangência discursiva do parlamento e a necessidade de uma democracia substancial atrelada à política criminal demanda pela *práxis*

Os limites da abrangência discursiva do parlamento dizem respeito aos limites da democracia formal, como processo eleitoral. O discurso de legitimação democrática pelo consenso procedimental – isto é, não discursivo, para fins do quanto preconizado por Jürgen Habermas em sua epistemologia do consenso – fundamenta-se no método parlamentarista, ou seja, na dialética entre sociedade e governo por intermédio do voto. Nessa esteira, o princípio democrático assevera que a vontade geral constitui um procedimento formal de possibilidade social, ou seja, um método de valoração da maioria para fins de estabelecimento político. Sob a ótica de uma hipótese teórica procedimentalista da democracia, esta não opera como substância, ou seja, tutela efetiva de direitos fundamentais, mas como identificação da legitimidade soberana do povo pelo respeito ao processo eleitoral⁶⁷. No espectro político, portanto, a democracia formal olvida – ou ignora – a vinculação estreita entre capitalismo, valores e consenso. Como explica Elías Díaz, é na relação, ainda que com divergências e convergências, da lógica da acumulação com a lógica da legitimação da democracia formal que esta última procura se sustentar diante do intenso respaldo ideológico concedido pela primeira.⁶⁸

Para se falar em democracia em tempos de globalização – entendida, aqui, como um conceito cuja própria dimensão cognitiva, qual seja, a ideia de universalidade mundana, implica, a um só tempo, na negativa do homem *heideggeriano* como “ser-aí-no-mundo”¹ e negativa da pura e simples ideia de cultura e subjetivismo –, é preciso desmistificar o conceito *metafísico-liberal* de Estado Democrático de Direito, que reduziu a ideia de democracia a mera anuência de um Estado ao regime legalista normativo legitimado *a priori*, e enfrentar a dita “democracia de vitrine”⁶⁹, que impera desde o início

⁶⁷ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 44.

⁶⁸ Nesse sentido, “[...] indubitável a relação, com implicações concordantes e discrepantes, entre a lógica da acumulação e a lógica de legitimação: aquela tem meios [...] para manipular ideologicamente a situação ou para, de um modo ou de outro, obrigar ou forçar uma fática adesão e aceitação, sem descartar, por conseguinte, um determinado e incluso estimável nível de participação” (DÍAZ, Elías. *Ética contra política: los intelectuales y el poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. p. 98. (tradução nossa).

⁶⁹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 89.

do século XX. A democracia é uma criação da linguagem; não é fruto de uma razão universal ou mesmo uma teoria natural de composição social, mas sim produto solidificado de um pensamento formatado sobre a tradição da aporia entre igualdade e liberdade. A emancipação do homem pela *razão*, cultivada pelo Iluminismo ao final do século XVIII, e que encampou o discurso burguês para a deflagração da Revolução Francesa, aspirava a um ideal democrático legítimo, ao passo que o fundamento das teorias contratualistas era, pontualmente, retirar o homem da sua infantilidade serva do absolutismo por intermédio da configuração política. Esta última, base de qualquer Estado que se diga democrático, era uma promessa viva no discurso iluminista, mas que, relegada a um mero procedimentalismo formal e poroso, não logrou dar vazão a efetiva configuração do Estado, por intermédio da participação política, a partir de e para o indivíduo.

O sufrágio universal constrói uma promessa de participação política que, principalmente ao sul do Equador, se esvai no que Enrique Dussel identifica como “o Outro”, o qual se encontra fora do espectro de consenso formal do parlamento.⁷⁰ A existência de classes sociais, a discriminação social latente e a inerente ação etiquetadora e excludente do poderio econômico, por si só, são suficientes para anular a pretensão de legitimidade procedimentalista da democracia. Assim, o cerne da problemática que envolve a participação política reside na falta de efetividade dos direitos fundamentais, quando limitados à produção legiferante infraconstitucional do parlamento, em face da frágil e relativa participação política de minorias do conceito formal de democracia.

Enrique Dussel descreve o *Outro* sobre o arrimo de sua ética da libertação, formatada por intermédio do “princípio-libertação”⁷¹, o qual, por sua vez, afirma que a validade do consenso fruto da comunicação depende da inclusão daqueles historicamente excluídos do e pelo sistema (democrático ou não), de modo que estes tenham a possibilidade de participar da comunicabilidade social e, assim, da relação discursiva da democracia substancial. Com efeito, o princípio-libertação, segundo Celso

⁷⁰ Como afirma Enrique Dussel, o Outro é o referencial para “[...] as vítimas, os dominados e afetados-excluídos das ‘mesas de negociação’ do sistema vigente, das comunidades de comunicação dominantes; vítimas sem direitos humanos, não percebidos pelos *ethos* da autenticidade e sob o impacto da coação e com pretensão de legitimidade.” DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 308.

⁷¹ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 564.

Ludwig, “exige eticamente o desenvolvimento criativo e libertador da vida negada. A negação da vida das vítimas exige que as frentes de libertação façam irromper o novo, a partir de dissensos produzido”⁷². Esse princípio impõe, num primeiro momento, a crítica negativa que diz com o descobrimento da vítima como *vítima*⁷³ e, logo, sua negatividade frente ao consenso existente e, num segundo momento, a crítica positiva que, por intermédio da consciência da condição da vítima perante a sociedade, deverá propor uma nova construção do consenso a partir do dissenso entre negatividade-positividade.

A inclusão do *Outro* no processo democrático exige, portanto, não apenas uma transformação em como se procede a participação política, mas, também, uma mudança nas regras do jogo. É preciso abandonar os axiomas universalistas impostos pela globalização e que funcionam como diapositivos de configuração da conduta humana⁷⁴. As novas mídias sociais, promovidas pela rede mundial de internet, exercem um papel importante na inclusão das minorias, na medida em que o impacto de um abuso ou falta de direito é, instantaneamente, tornado público em enormes proporções. Paradoxalmente, exercem papel importante também com relação às majorias – considerando-se a manipulação da vontade majoritária por intermédio da mídia –, que, posteriormente, procuram reivindicar seus direitos.

Ao trabalhar a epistemologia da palavra *dispositivo*, recorrente nas obras de Michel Foucault, quando este se referia aos dispositivos de poder, Giorgio Agamben fala, também, de uma rede em que estão imersos os indivíduos de uma sociedade. A esta rede, dá-se o nome de dispositivo; ou seja, “qualquer coisa que tenha de

⁷² LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 55.

⁷³ Segundo Enrique Dussel, “[o] princípio obriga a cumprir por dever o critério já definido; quer dizer, é obrigatório para todo o ser humano – embora frequentemente só assumam esta responsabilidade os participantes da comunidade crítica das vítimas – transformar por desconstrução negativa e nova construção positiva as normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade, que produzem a negatividade da vítima” (DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 564).

⁷⁴ Slavoj Žižek aquilata essas ideias: “[...] a escolha direta da ‘universalidade concreta’ de um mundo-vida ético específico só pode terminar numa regressão à sociedade orgânica pré-moderna que nega o direito infinito à subjetividade como característica fundamental da modernidade. Uma vez que o cidadão-sujeito do Estado moderno não pode mais aceitar a imersão num papel social específico que lhe configura um lugar determinado dentro do todo social orgânico, a construção da totalidade racional do Estado moderno leva ao Terror revolucionário: é preciso destruir sem dó nem piedade as restrições da ‘universalidade concreta’ orgânica e pré-moderna e afirmar integralmente o direito infinito à subjetividade em sua negatividade abstrata” (ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 40).

algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”⁷⁵. Uma leitura incauta poderá remeter o conceito de dispositivo em causa a uma determinada espécie de tecnologia de poder (por exemplo, a televisão, a internet etc.). No entanto, aqui, dispositivo remete efetivamente à rede que interliga os meios de controle social, “aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser”⁷⁶. E, então, voltamos à globalização, ao *ser* globalizado. O mais acima aludido sociólogo e filósofo italiano buscou tecer uma crítica não aos objetos de tecnologia de poder em si, mas à sua utilização como braço dos anseios capitalistas da globalização. Com efeito, é possível uma perfeita analogia com as mídias sociais articuladas na internet, na medida em que, se de um lado elas abrem espaço àqueles que até então não detinham lugar no debate público tradicional, de outro elas acabam funcionando como mais um dispositivo de poder facilmente manipulável.

Com efeito, é preciso ter em mente que a liberdade, conforme se discorrerá mais adiante, como autodeterminação consolidada pelo Estado Democrático de Direito por intermédio do princípio da legalidade, é, precisamente, a contradita de uma democracia substancial em face de uma democracia formal. Quando o homem se encontra em uma sociedade construída sobre bases oligárquicas burguesas e confusão neoliberal entre liberdade e igualdade, ou seja, que considera o homem livre para manifestar a sua vontade política indiferentemente da tradição que o forma – colonizadora e de colonizados –, a herança kantiana da razão como justificadora moral de um comportamento esperado – os chamados “imperativos categóricos” – constrange-se em face do fato de que aquela razão que acredita em uma consciência universal foi formada a partir de um Ocidente que entrou em desenvolvimento no final do século XVII e ao longo do século XVIII; contudo, consoante leciona Gilberto Bercovici, nos países periféricos a modernidade democrática foi imposta sem a ruptura de estruturas socioeconômicas de subdesenvolvimento do colonizado⁷⁷.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo?* E outros ensaios. 2. ed. Chapecó: Argos, 2010. p. 40.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁷ De acordo com Gilberto Bercovici, “[...] o que houve nos países periféricos foi a modernização, sem nenhuma ruptura com as estruturas sócio-econômicas, mantendo-se a reprodução do subdesenvolvimento” (BERCOVICI, Gilberto. *Democracia, Inclusão Social e Igualdade*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, XIV, 2006, Fortaleza, CE. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

A fragilidade do projeto democrático aplicado, no entanto, não deslegitima as virtudes sustentadas pelo Estado Democrático de Direito, o qual deve ser lido a partir da ideia de conformação entre o princípio democrático de soberania popular e a tutela de direitos fundamentais. Trata-se de uma democracia substancial, ou seja, um núcleo normativo constituído com vistas a incorporar, por intermédio da jurisdição constitucional, o intrínseco dissenso resultante do processo parlamentarista ao consenso regido pela eleição da vontade majoritária e, então, dar azo e possibilidade à promessa de igualdade e liberdade democrática.

A filosofia da linguagem mudou o modo de buscar e de ver a verdade. Abandonou-se o processo cognitivo de validação da verdade por meio da consciência subjetiva e objetiva do homem ou da consciência geral-social para se adentrar a intersubjetividade social de produção de consenso através da linguagem, pois “ninguém ousaria considerar errônea ou mesmo inútil a caracterização da linguagem como expressão sonora de movimentos interiores da alma, como atividade humana, como uma representação figurada e conceitual”⁷⁸. Isso se dá na esteira do entendimento que a linguagem exterioriza a tradição que forma o *ser-aí-no-mundo* e é baseada em conceitos predeterminados, consensos pré-formatados, nos quais o *ente* (Dasein) “deveria ser previamente compreendido como algo puro e simplesmente dado e que, em decorrência, um modo de lidar com o ‘mundo’ que o descobre e dele se apropria passa a ter primado e autoridade”⁷⁹. Consoante será mais adiante dissertado, a filosofia da linguagem, em contradição à verdade universal kantiana, expõe uma verdade construída sobre as bases de consensos que antecedem o próprio *ente* que a conclama.

Com isso, a redução do Estado Democrático de Direito à legalidade procedimental da norma constituinte depara-se com questionamentos acerca da verdade ou, mais precisamente, da capacidade descritiva – determinista-causal – da conduta humana pelo legislador. Tais questionamentos, após o giro linguístico, consoante proposta de Celso

Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/043.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 11.

⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução Márcia de Sá Calvalcante. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. parte I. p. 113.

Ludwig de classificação das hipóteses de racionalidade do conhecimento humano, podem ser estruturados: “(1º) como razão comunicativa (Apel/Habermas); (2º) como razão sistêmica (Luhmann) e, por fim, (3º) como razão hermenêutica (Gadamer)”.⁸⁰ São paradigmas do conhecimento que permitem a compreensão da crise democrática quanto ao seu aspecto de participação política homogênea, precisamente, porque promovem a profanação⁸¹ do princípio da legalidade como verdade. Nesse sentido, a democracia procedimental impõe um discurso monolítico de verdade e legalidade que, segundo Luís Alberto Warat, compreende a “[...] linguagem como uma estrutura textual autossuficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos”⁸².

Ademais, quando se sustenta a efetivação dos direitos fundamentais, é recorrente o uso indevido do jargão *garantismo*, o qual cai por terra quando da aplicação e efetivação do texto legal, pois se esquece que o legislador, o intérprete e o aplicador da norma são, como já dito, constituídos por intermédio de uma intersubjetividade no âmbito da qual não há espaço para a linguagem privada, de modo que o sentido propugnado pelo legislador não será aferido tal qual racionalizado por este pelo intérprete do texto legal.

A teoria garantista tem como principal expoente Luigi Ferrajoli, o qual sustenta a legitimidade da lei, em especial a penal – seja ela de cunho punitivo ou não, tendo em vista que o garantismo é uma ciência do direito e não uma ciência do direito penal, isto é, uma proposta de dogmática penal –, por intermédio do princípio da legalidade *stricta*. Este diz com a possibilidade de aferição da factibilidade normativa, ou seja, da veracidade da lei por intermédio da legalidade formal, quando respeitado o devido processo legislativo, e da legalidade material, quando a lei estiver em total consonância com o núcleo democrático conformado pelos direitos fundamentais prescritos pela Constituição. Trata-se de uma precisa proposta de democracia substancial.

⁸⁰ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 44.

⁸¹ Cf. AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo?* E outros ensaios. 2. ed. Chapecó: Argos, 2010.

⁸² Integralmente: “[...] nenhuma proposição isolada fornece alguma significação efetiva sobre o mundo [...] [e] pensa a linguagem como uma estrutura textual auto-suficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 27).

Não obstante a pertinência temática da estruturação do princípio da legalidade conforme narrado acima, é preciso ir além. Quando se fala em relativização da democracia, fala-se não apenas nos vícios da participação política, mas também na ausência de compromisso com os postulados básicos da política criminal configurada pelo princípio da legalidade, da ofensividade e da culpabilidade.

Assim, de um lado, a legalidade *stricta* não pressupõe a inclusão das minorias; a legalidade não pressupõe legitimidade democrática na medida em que não é possibilitado – não de maneira livre e idônea – a todos os indivíduos fazerem valer seus direitos de forma unânime na discussão pública que antecede a elaboração da lei e no momento da votação parlamentar⁸³. A participação política, em um Estado Democrático de Direito, será sempre relativa porquanto a disparidade social e econômica entre classes é a ferramenta atuante da engrenagem capitalista em que seus defensores, sempre sábios da falácia que conclamam, flagrantemente se utilizam de meios de coagir a vontade geral e persuadir a vontade particular do indivíduo através da ilusão de uma escolha, da ilusão do livre-arbítrio participativo.

Por outro lado, a democracia substancial não pode se reduzir em limitação de aplicação positiva do texto constitucional de modo a prover uma confusão entre o direito penal e o direito constitucional. Para além da segura hipótese da indeterminação dos direitos fundamentais, consoante já afirmado, a Constituição é um compilado normativo que prescreve um recorte temporal, fático, da sociedade. Se, pelo arrimo de uma razão argumentativa, já se observam os vícios na assunção da Constituição como um programa político, em especial político-criminal, sob o espeque de uma razão sistêmica, tal hipótese de confusão pode ser considerada a porta para a implosão dos dois sistemas, o político e o jurídico. Conforme assinala Celso Campilongo, dentre outras causas de tal implosão, a diferença entre a função da comunicação dentro do sistema jurídico e dentro do sistema político é já uma primeira hipótese a ser considerada. No caso do primeiro, a comunicação se debruça sobre direitos subjetivos, expectativas de direitos que seriam inerentes à condição de indivíduo; contudo, no que toca ao segundo, a

⁸³ Cf., por todos, ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

comunicação volta-se a aferir a vontade de maioria sobre um direito ainda não prescrito, ainda que decorrente do sistema jurídico⁸⁴.

A demanda prática da política criminal não pode ser aferida mediante mero juízo de ponderação de direitos fundamentais e aplicação dedutiva e positivista de tais direitos⁸⁵. O intérprete da lei penal manifesta uma proposição normativa⁸⁶, isto é, internaliza, valora e comunica o quanto aferiu do texto objeto de análise – e aí reside a diferença entre regra, princípio e norma; os dois primeiros, interpretados, constituem-se em norma. Valores interferem na formulação de uma proposição normativa – tal assertiva não é ignorada sequer pelo juspositivismo⁸⁷ – e, em especial, na proposição normativa de um direito fundamental. Esses valores, ainda que possam encontrar um espelho das suas formas nas formas dos direitos fundamentais, não provêm de uma fonte jurídica e, por tal, não são objeto da análise lícito/ilícito ou falso/verdadeiro, eis que são valores, juízos morais, provenientes de determinada ética de mundo, *i.e.*, comunitária, social, liberal. Desse modo, é necessário que a interpretação da lei penal se desenvolva como um processo cognitivo disposto em determinado método racional a fim de que seja possível o cotejo e conhecimento da justificação laborada pelo intérprete.

Daí o papel da política criminal, como ciência autônoma e detentora de seus próprios métodos de valoração do mundo dos fatos, e, igualmente, da dogmática jurídico-penal, a qual se debruça sobre a *práxis* demandada pela política criminal⁸⁸. Tal se dá diante do papel central *lato sensu* da dogmática jurídica, tal qual

⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99 et seq.

⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 120.

⁸⁶ Cf. MENDONÇA, Daniel (ed.). *Compendio de una teoría analítica del derecho: Alchourrón y Bulygin em sus textos*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 45 et seq.

⁸⁷ Cf. Capítulo “2”, Seção “2.1.”, primeira parte.

⁸⁸ Jesús-María Silva Sánchez, por exemplo, comparte da hipótese teórica de Luigi Ferrajoli sobre a democracia substancial e, ademais, quanto à necessidade de entendimento de democracia substancial como democracia constitucional – vez que o *sentido* de democracia deverá partir da Constituição. Contudo, o mencionado penalista catalão, acertadamente, se opõe ao entendimento do filósofo e teórico do direito italiano quando este afirma que a democracia constitucional é, *per se*, como democracia direta suficiente a assegurar a perversão da lei penal eis que não há como fugir da necessidade de valoração político criminal da intervenção do Estado na liberdade. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 34.

proposto por Tércio Sampaio Ferraz Junior, qual seja, o de dizer o direito sem que, para tanto, seja necessário descolar-se do direito posto.

A universalização do sujeito pela globalização, com o conseqüente aniquilamento do subjetivismo puro, desagua em um engessamento falacioso da linguagem na esperança de encontrar, na retórica da maioria, uma justificação moral para o “Estado-Nação”⁸⁹ de Zygmunt Bauman. Conforme lecionado por Hans-Georg Gadamer, “[...] encontrando-se submerso nas paixões, o homem já não vê nem o justo nem o injusto. Ele perde o controle de si e, dominado pela dialética das paixões, já não se orienta mais em função do bem”⁹⁰. É possível, então, entender a democracia substancial e constitucional como uma fuga do engessamento formal-legalista em prol da inclusão social. E, para tanto, para uma real efetivação dos direitos fundamentais, é preciso desmistificar a verdade absoluta proveniente de uma filosofia da consciência e estimar o papel da linguagem como figura central na busca de um consenso possível, sem que para tanto seja necessário o apelo a um objetivismo ético, ordinariamente identificado como moral pública, e tendo-se em conta a necessidade de diferenciação entre o direito constitucional e o direito penal.

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 40.

⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organização Pierre Fruchon. Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 55.

2. OS CONCEITOS DE DIREITO A PARTIR DA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO

2.1. Breves apontamentos sobre as propostas teóricas do positivismo jurídico

Segundo Juan José Moreso, ainda se sustenta o sistema de classificação de Norberto Bobbio que agrupou e conceituou as diferentes hipóteses positivistas sobre o conceito de direito em três grupos: teórico, ideológico e metodológico.⁹¹ O primeiro, erigido pelo imperativismo categórico do século XIX⁹², também chamado de positivismo legalista⁹³, fundamenta o direito, tão somente, na lei. Esta, como fonte jurídica, seria a única capaz de conferir legitimidade aos atos estatais, eis que, aqui, assimila-se a hipótese teórica da linguagem como dado objetivo, externo ao sujeito. Nesse sentido, acreditando-se que seria possível a aferição de um sentido objetivo e correto de um símbolo a partir de complexos sistemas analíticos de decomposição da linguagem, tal qual propôs John Austin⁹⁴, a lei deveria ser aplicada dedutivamente. Aqui, igualmente, compete fazer nota que o adjetivo “imperativismo” advém da natureza teórica, isto é, filosófica desse positivismo que elegeu a lei como ente dotado de legitimidade coativa e, logo, imperativa⁹⁵.

O positivismo jurídico ideológico, por sua vez, caracteriza-se não apenas pelo conceito de direito como lei, mas pela ideia segundo a qual, em razão da idoneidade legalista da lei, haveria um dever absoluto e intransigente de seguimento da lei. Esse dever não tem cariz cognitivo, ou meramente valorativo, mas sim moral, e provém do entendimento do Estado moderno como ente moralmente legítimo, *per se*, para guiar a

⁹¹ MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 198.

⁹² CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 169 et seq.

⁹³ NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

⁹⁴ Ver Capítulo “3”, Seção “3.2”, primeira parte.

⁹⁵ MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 198.

conduta humana,⁹⁶ uma vez que emergiu para substituir outra entidade moral suprema, qual seja, o Estado absolutista. Finalmente, o positivismo jurídico metodológico consiste na divisão entre o método de aferição do mundo dos fatos, do Ser, a partir do método determinista/causal, e o método de aferição do direito ou, mais precisamente, do conceito de direito, pelo método positivista lógico como ciência autônoma e descritiva do Ser, ou seja, o Dever-Ser⁹⁷.

De acordo com Norberto Bobbio, o positivismo jurídico como ideologia poderia ser encontrado em algumas hipóteses teóricas⁹⁸, ainda que de forma meramente indireta, no entanto não é encontrado nas principais hipóteses teóricas do positivismo jurídico que importam ao estudo da jurisdição constitucional⁹⁹. Esse estudo, assevere-se, seria contraditório dentro de uma ideologia do dever absoluto de respeito à lei. Não obstante, os métodos de construção e interpretação do direito assumido pelas outras duas formas de positivismo jurídico são sensivelmente importantes, em especial diante do comum equívoco em associar-se a jurisdição constitucional com hipóteses teóricas ligadas ao chamado neoconstitucionalismo.

Consoante leciona Dimitri Dimoulis, tal equívoco fundamenta-se no insistente discurso de parte da doutrina constitucional, em especial a nacional, na “[...] contraposição entre o Estado legal do século XIX e o Estado constitucional do século

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra. Madri: Editorial Debate S.A., 1993. p. 229.

⁹⁷ MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 198 e NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

⁹⁸ Essa é a perspectiva de Norberto Bobbio sobre o imperativismo inglês do século XIX: “El aspecto ideológico de la concepción iuspositivista es prioritario em Bentham, cuyo objetivo no era el de describir el Derecho (en especial el Derecho inglés) tal como es, sino el de criticarlo para conseguir su modificación con arreglo a sus concepciones ético-políticas (ver § 24). En Austin, en cambio, es más evidente el aspecto teórico, porque se proponía describir el Derecho tal como es y no como debería ser (recuérdese su distinción entre jurisprudencia y ciencia de la legislación; ver § 25, pp. 114 y ss.); sin embargo, tampoco faltan en el aspectos ideológicos, aunque encubiertos. Así, al describir el Derecho como mandato del soberano (ver § 26, pp. 117 y ss.), da la impresión de que no se esté limitando a la mera descripción de una realidad, sino que formule implícitamente un juicio de valor y que considere positivo el hecho de que el Derecho sea un mandato y no una regla consuetudinaria; y por ello, al considerar el Derecho internacional como simple moralidad positiva, se sobreentiende el juicio de que el Ordenamiento internacional tiene un valor inferior al estatal” (BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra. Madri: Editorial Debate S.A., 1993. p. 228).

⁹⁹ MORESO, J. J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 198 e NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

XX”.¹⁰⁰ Tal contraposição confia que a força normativa da Constituição – e, logo, a efetivação da jurisdição constitucional – foi reconhecida após a Segunda Guerra Mundial em resposta ao fascismo, cuja configuração legal foi procurada na retórica da doutrina jurídica positivista. Só a partir de então, após a suposta separação desse paradigma positivista, é que se instalaria, de fato, um Estado Constitucional; e, por tal, somente a partir de então é que a jurisdição constitucional tomaria espaço no discurso jurídico.

Preliminarmente, há que se questionar se a ideia de Estado legal imanente ao século XIX se volta à racionalidade positivista metodológica ou teórica, vez que somente esta última poderia ser adjetivada de legalista pela sua fundamentação do conceito de direito. Contudo, nem o positivismo jurídico teórico, isto é, próprio ao imperativismo lógico inglês e alemão do século XIX, ou o positivismo metodológico, diretamente associado à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, renegam a força normativa da Constituição. O primeiro assimila toda lei estatal, proveniente da Constituição ou não, como fonte jurídica,¹⁰¹ e o segundo encontrou na ideia de hierarquia normativa, isto é, das normas constitucionais em face das normas infraconstitucionais, um dos pilares de sua teoria¹⁰².

Assim, o que importa para a diferenciação entre um Estado legal e um Estado constitucional é a formatação legal do Estado. A existência da jurisdição constitucional não depende de determinada teoria do direito, mas sim da existência de uma Constituição rígida, entendida como uma Constituição escrita, instrumental, com normas de caráter vinculante.¹⁰³ Tal documento faz que o Estado seja “[...] necessariamente constitucional [...]”¹⁰⁴. Ainda, acrescenta Dimitri Dimoulis, que a existência, a forma ou o

¹⁰⁰ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em:

https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 6. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁰¹ Cf. CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 21 et seq.

¹⁰² Cf. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em:

https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 2. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 6.

limite do controle de constitucionalidade¹⁰⁵, *per se*, dentro do ordenamento jurídico, igualmente, não suprime a força normativa da Constituição. A falta de tal instrumental processual não revoga ou anula a eficácia ou a vigência das normas constitucionais.

Nesse sentido, a atividade legiferante, do poder executivo ou do poder legislativo, ainda estará submetida à Constituição, de modo que eventual prolação de lei inconstitucional poderá ser revogada por outra, e sanções à violação da Constituição podem ser previstas em outros institutos como, no caso brasileiro, o “crime de responsabilidade” cuja hipótese delitiva tem por elemento objetivo do tipo – previsto no artigo 4º Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950 – a prática de atos que atentem contra a Constituição da República¹⁰⁶. Igualmente, a ausência ou limitação do alcance, concentrado ou difuso, do instrumental processual do controle de constitucionalidade não exige o intérprete da lei da vinculação à Constituição. A defesa do oposto, qual seja, da ausência de força normativa da Constituição diante da ausência de um sistema de controle de constitucionalidade, partiria da premissa de que “[...] os representantes eleitos pelo povo soberano são *a priori* suspeitos [...]”¹⁰⁷ e que a ausência de um instrumental de provocação do judiciário autorizaria uma lei inconstitucional¹⁰⁸.

Assim, superada essa breve, mas necessária, explanação, é possível o retorno ao objetivo deste item. O imperativismo categórico do século XIX, igualmente conhecido como um positivismo teórico ou legalista, encontra suas características bem

¹⁰⁵ Nesse sentido, explica Dimitri Dimoulis: “[...] pode-se diferenciar entre ordenamentos jurídicos que preveem o controle judicial da constitucionalidade de determinados atos estatais e ordenamentos nos quais há vedação desse controle. Esse critério permite elaborar classificações dos ordenamentos jurídicos utilizando, pelo menos, três elementos. Primeiro, o início do controle judicial de constitucionalidade (sendo, atualmente, pouquíssimos os países que proíbem explicitamente esse tipo de controle). Segundo, o alcance do controle, levando em consideração suas limitações materiais ou temporais em cada país. Terceiro, as formas de controle vigentes em cada país (preventivo ou repressivo; difuso ou concentrado; etc.). Mas em todos esses casos estamos diante de Estados *constitucionais* que adotaram uma Constituição rígida e configuram de formas variadas sua garantia” (DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 6-7. Acesso em: 19 jan. 2020).

¹⁰⁶ Artigo 4º, *caput*, da Lei nº 1.079 de 10 de abril de 1950: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra: [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁰⁷ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 2. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 7.

definidas em duas principais escolas: a britânica de Jeremy Bentham e seus seguidores e a alemã, geralmente associada a Friedrich Carl von Savigny. No que toca ao positivismo de cariz britânico, de acordo com Pierluigi Chiassoni, Jeremy Bentham prefaciou o método analítico de interpretação do texto legal e, com o empenho doutrinário de outros que formaram o prefácio de tal linha teórica analítica, como John Austin, influenciou a chamada filosofia do direito positivo ou “jurisprudência expositiva não autoritativa universal”,¹⁰⁹ entendida como o ato de exposição – descritiva e não crítica, isto é, não prescritiva – terminológica, por agente não investido do poder de criação de lei, dos conceitos universais que são ordinariamente identificados em um ordenamento jurídico.

Trata-se de método analítico que retira da exposição do texto de lei a possibilidade de valoração crítica dos seus elementos com vista ao compromisso mais estrito possível com a letra da lei. Tal seria possível por intermédio do uso da filosofia do direito positivo na conformação da exposição do texto de lei em particular – não se trata de interpretação do texto, mas, propriamente, de exposição –, a qual, no sistema *benthiano* de exposição da lei, dá-se por intermédio de três operações: i) narração; ii) interpretação, compreendida como “aclarar o direito positivo indagado, onde esse resulte ‘obscuro, silente ou instável’”;¹¹⁰ e iii) sistematização ou “[...] ‘ordenamento’ dos [...] materiais jurídicos investigados em diversas massas homogêneas”¹¹¹ retirados do texto de lei em análise. Este último ponto constitui a aplicação do método analítico da jurisprudência expositiva não autoritativa universal na jurisprudência expositiva não autoritativa local¹¹². Esta, conforme já afirmado, trata-se da exposição de determinado texto de lei e visa, tão somente, a compreensão histórica do direito posto em análise e do resumo deste na situação presente.

O cerne inovador da filosofia do direito positivo traçado por Jeremy Bentham reside na substituição do tecnicismo hermético do direito britânico por conceitos universalmente apreensíveis por todos aqueles destinatários da norma. Construiu-se, assim, como um manifesto ato de impugnação ao *common law* inglês diante

¹⁰⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 35.

¹¹⁰ Ibidem, p. 36.

¹¹¹ Ibidem, p. 37.

¹¹² Ibidem, p. 34 et seq.

das impropriedades do suposto caráter meramente declaratório de tal teoria e da noção de obrigação jurídica. Trata-se de um positivismo lógico que cindiu o ato de significar o mundo pelo conhecimento humano em duas proposições significativas, isto é, duas racionalidades: a proposição empírica de busca pela verdade do mundo dos fatos pela dependência da verificação por meio do método empírico, isto é, pela sistematização de conceitos técnicos; e a proposição analítica de busca da verdade de um ato comunicacional pela aferição do sentido da linguagem, e que depende, por sua vez, da análise da disposição lógica das palavras. Conforme assinala José Juan Moreso, todo o resto, como os juízos de valores, não teria relevância, eis que seriam manifestações subjetivas que não podem ser valores conhecidos e, por tal, valorados¹¹³.

Por outro lado, no imperativismo alemão do século XIX, o direito é tido como uma atividade imperativa que busca “dar a quem estão submetidos os seus preceitos um impulso em relação a um determinado comportamento, consista tal, como desejado, comportamento em uma ação ou uma omissão”¹¹⁴, conforme assinalou August Thon, autor associado a tal método de construção e interpretação do direito. O direito, aqui, consistiria em um conjunto de normas destinadas aos *súditos* em geral: o imperativo primário – “Tu não deves matar”¹¹⁵ – aos destinatários da lei e o imperativo secundário – “Tu deves irrogar a pena de prisão perpétua a quem haja cometido um homicídio”¹¹⁶ – ao aplicador da lei. Direito, logo, é uma moral objetiva, eis que imposta; sistema orgânico que existe *per se*, constituído de forma holística.

Rudolf von Ihering e Friedrich Carl von Savigny são os mais conhecidos representantes desse movimento cuja filosofia do direito não é o objeto deste tópico, mas, precisamente, o método lógico material encampado, especialmente, para a interpretação do texto de lei. Fala-se em lógica material, eis que se trata dos cânones interpretativos e a sua relação interna, é dizer, sua referência de legitimidade é o próprio sistema normativo, organicista e holístico. Brandamente, a escola da exegese deu espaço à sistematização e ordenação das regras jurídicas, de modo que a imperatividade de um

¹¹³ Cf. MORESO, José Juan. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 177-200, 2008. p. 178.

¹¹⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres; Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 296.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 299.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 299.

conjunto de leis, do direito, aparta-se da história e da sociedade para residir internamente, ou seja, as fontes jurídicas e a racionalidade da dogmática jurídica sobre o que é e como deve ser o direito são aferidas dentro do ordenamento jurídico. Tem-se, assim, a famosa jurisprudência dos conceitos, e tal forma de racionalidade, de *prius* lógico, confere ao ato interpretativo o dever de retirar do próprio conjunto de normas a lógica que permitiria alcançar *o espírito do legislador*.

Trata-se, ademais, dos famosos métodos gramatical, histórico, sociológico, teleológico e sistemático de interpretação jurídica, os quais conferem ao legislador toda a responsabilidade pela completude e congruência do sistema e sobrepõem à atividade cognitiva valorativa do intérprete a atividade do legislador, que seria capaz de suprimir todas as lacunas do texto de lei ou, mais precisamente, os múltiplos sentidos das palavras¹¹⁷. O método histórico, por exemplo, consistente em superar eventual *lacuna* do texto de lei com a integração de conceitos – jurídicos – passados. Assim, assume-se uma lógica material segundo a qual a *falha* não seria da norma em si, mas apenas da descrição do texto de lei, e, conforme magistério de Juliano Maranhão, é a contradita da concepção tradicional da lógica formal entendida como a aferição do sentido de um símbolo pela estruturação de inferências dedutivas¹¹⁸.

Ou seja, ao passo que a lógica formal trabalha sob o arrimo dedutivo mediante a exposição lógica de conceitos aferidos pelo método de abstração, essencialmente não contraditório, e que são logicamente ordenamentos a partir de estruturas internas dos conceitos que levam a outro conceito, a lógica material dos cânones interpretativos relaciona conceitos não pelo método dedutivo, mas pela racionalidade de axiomas normativos criados circunstancialmente. Como afirma Pierluigi Chiassoni, é uma atividade de sobreposição “[...] à experiência jurídica, e, particularmente, ao discurso das fontes dos direitos positivos que constituem a base empírica de suas indagações, uma forma teórica qualquer de norma jurídica, por eles mesmos inventada ou aperfeiçoada com fins cognoscitivos”¹¹⁹. O vício reside na compreensão, logo, sobre qual a validade

¹¹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 32 et seq.

¹¹⁸ MARANHÃO, Juliano. *Estudos sobre lógica e direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 220.

¹¹⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 298.

racional, quer no sentido tradicional kantiano sob o arrimo de uma consciência geral, quer no sentido linguístico e intersubjetivo da razão prática, dos já mencionados cânones interpretativos.

O positivismo jurídico metodológico – de Hans Kelsen e, sucessivamente, de H. L. A. Hart – difere do positivismo jurídico teórico em pontos diversos¹²⁰, mas aqui compete fazer relevo às hipóteses teóricas a seguir. Primeiro, no que toca ao positivismo legalista britânico, a ideia da lei como fonte jurídica válida em razão da correção, ou seja, de certeza promovida pelo objetivismo da linguagem, é, a toque, impugnada pelos dois mencionados autores, que consideram que a eficácia da lei é diretamente dependente da compatibilidade entre os atos estatais e os juízos morais demandados pela prática social. Essa é uma questão sensível, em especial, para H. L. A. Hart, quem integrou à sua definição de direito a hermenêutica analítica de Ludwig Wittgenstein, isto é, que o sentido do mundos dos fatos – do texto de lei – é aferido pela linguagem no uso reiterado, na prática, de regras e convenções em relações intersubjetivas. Nesse sentido, conforme assinala Juliano Maranhão, o conceito de direito é definido pela sua natureza como prática social e, por tal, o sentido dos símbolos, da lei, provém do ponto de vista interno dos participantes que é conhecido, a teor da hermenêutica analítica, a partir dos atos de justificação discursiva dos sujeitos¹²¹. Assim, diferentemente do quanto preconizado por Jeremy Bentham e John Austin, na esteira de uma teoria da linguagem ou um logicismo linguístico, para L. A. Hart, os juízos morais são diretamente integrantes do sentido aferido pela linguagem e, em específico, do direito, eis que a fonte de validade jurídica da lei reside na convenção social que define uma “regra de reconhecimento”¹²² do sentido de um símbolo.

Hans Kelsen, por sua vez, distancia-se do positivismo legalista britânico ao assumir o ponto de vista neokantiano¹²³. Para aquele jurista austríaco, a aferição do mundo dos fatos, isto é, do Ser, pelo conhecimento humano dá-se pelo método empírico de aplicação sistêmica de conceitos igualmente empíricos. Na relação sujeito-

¹²⁰ Cf. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 128 et seq.

¹²¹ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 34.

¹²² Ibidem, p. 34.

¹²³ Cf. Capítulo “5”, item “5.1”, segunda parte.

objeto, o sujeito não confere sentido ao objeto a partir de sua própria racionalidade universal, como sustentado pela racionalidade kantiana, mas sim alcança, por intermédio da sistematização de fatos – petição de princípio –, o objeto em si. O direito, contudo, segundo Hans Kelsen, seria uma ciência normativa de modo que a imputação seria um axioma,¹²⁴ dotado de pretensão universal pela ideia da “consciência geral”¹²⁵ que gera o método racional de construção do direito, cujo sentido é definido pela norma fundamental – a *Grundnorm*¹²⁶. Aqui, identifica-se o distanciamento da hipótese positivista legalista britânica: a norma fundamental é o meio pelo qual se cria um dado objetivo para a aferição do sentido do texto de lei, eis que se confere à sociedade um racional objetivo. Este, contudo, deve ser reconhecido pela sociedade como tal, sob pena de perda de eficácia. Assim, diferentemente do quanto sustentado pelo imperativismo britânico, os juízos morais operam tanto no momento em que a sociedade valora e reconhece a norma fundamental como um dado objetivo, eis que esta, *per se*, é um juízo moral¹²⁷, como não se ignora que o Ser manifesta-se como um produto de juízos morais que será, no depois, reprimido pela objetividade descritiva da norma, isto é, do Dever-Ser.

No que toca ao positivismo jurídico teórico alemão do século XIX, dentre outras questões, o positivismo jurídico metodológico vai de encontro à hipótese de aplicação de uma lógica material para a interpretação jurídica e da aferição da lei como única fonte de validade do direito. Para Hans Kelsen, diante de eventual vazão de sentido do texto de lei – eis que, aqui, não se assume a pluralidade de sentidos dos símbolos tal qual sustentou o segundo Ludwig Wittgenstein –, a interpretação não pode se limitar ao texto de lei ou utilizar-se de elementos normativos estranhos à lógica própria do sistema jurídico, isto é, aos cânones interpretativos formulados no âmbito do positivismo legalista. Aqui, reconhece-se a existência de lacunas do texto de lei e, por tal, uma vazão de sentido como condição inerente do Dever-Ser¹²⁸. De um lado, o direito, como ciência normativa, seria uma forma jurídica que reprimiria a subjetividade na objetividade do texto de lei; de

¹²⁴ Cf. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 142.

¹²⁵ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 44.

¹²⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹²⁷ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 35.

¹²⁸ DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução de Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 89.

outro lado, o Dever-Ser seria a descrição do Ser e, logo, com ele carregaria o peso da subjetividade, dos juízos morais.

Assim, de acordo com Raffaele De Giorgi, Hans Kelsen teria sido o primeiro teórico do direito que não renegou essa duplicidade e não procurou dar maior ensejo a um dos extremos¹²⁹, senão afirmou que tal duplicidade é suposta e que eventual tentativa de objetivar, reprimir, a subjetividade por elementos normativos – os cânones interpretativos – posteriores seria uma tentativa de objetivar a subjetividade não a partir desta, do Ser que foi descrito, mas a partir de elementos valorativos estranhos a essa subjetividade. Ainda, registre-se que um dos pontos principais de oposição de Hans Kelsen ao positivismo legalista alemão reside na hipótese deste último da lei como única fonte jurídica válida. Todo o sistema *kelseniano* constituiu-se a partir da *Grundnorm*, a qual funciona como elemento normativo que condiciona a validade de todo o sistema normativo, necessariamente, hierárquico¹³⁰.

H. L. A. Hart, por outro lado, mas igualmente contrário à utilização dos cânones interpretativos de Rudolf von Ihering e Friedrich Carl von Savigny, afirma que o direito, como prática social argumentativa, constrange a abstração da lei a adaptar-se ao caso concreto diante da complexidade social, notadamente, imprevisível e não estática em determinado corte temporal promovido pelo direito posto¹³¹. A indeterminação do texto lei, por ser a este inerente, conferiria uma margem de discricionariedade aos intérpretes e, em especial, aos juízes. Assim, para H. L. A. Hart, a tentativa de congelar essa atividade discricionária a partir de postulados normativos externos não derivados das regras e convenções vigentes na prática social dos participantes do jogo linguístico do direito, *i.e.*, dos juízes – e é aqui que se inserem na hipótese *hartiana* os juízos morais –, macularia a autenticidade da racionalidade utilizada para a construção do direito e sua adequação como tradução de uma prática social, eis que estaria regulada por cânones externos¹³².

¹²⁹ Ibidem, p. 89.

¹³⁰ Cf. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 131.

¹³¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 166.

¹³² Cf. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 132-133.

Sem embargo, o positivismo jurídico metodológico de Hans Kelsen e H. L. A. Hart sempre foi constrangido a enfrentar o que Juliano Maranhão chama de ambiguidade¹³³. A despeito da natureza racional kantiana da norma fundamental e da racionalidade prática da regra de reconhecimento, o método positivista reside, propriamente, no método de aplicação desses axiomas racionais. No que toca ao filósofo e teórico do direito alemão, Hans Kelsen, o quanto já discorrido, mais acima, sobre o propósito de objetivar a subjetividade no âmbito do Dever-Ser demonstra parte significativa da problemática na correlação entre fato e norma sob o enfoque do giro linguístico e a possibilidade de descrição da subjetividade diante da presunção da capacidade de aferição objetiva de um dado subjetivo, privado, do objeto de análise, do Ser, pelo legislador. A problemática completa-se na análise da fundamentação da *Grundnorm*, a qual, como axioma valorativo da validade de todo o sistema jurídico, opera como a legitimação de um poder de fato, isto é, um poder constituinte reconhecido pela sociedade como um dado objetivo¹³⁴.

O filósofo norte-americano, H. L. A. Hart, por sua vez, explica que a regra de reconhecimento, dentro da hipótese de aferição do sentido do mundo dos fatos, dos símbolos, a partir da linguagem, manifesta-se como um dado passível de ser aferido objetivamente, isto é, externo à relação intersubjetiva. Consoante já explicitado, para o segundo Ludwig Wittgenstein, a aferição do sentido de determinado símbolo pelo sujeito dá-se na posição deste como terceiro observador, o qual retira, pela observação – assimilação – da relação argumentativa entre sujeitos, as regras práticas reiteradamente utilizadas dentro do jogo linguístico onde estão inseridos tanto o terceiro observador como os sujeitos da relação argumentativa. Essas regras, contudo, não são um dado objetivo, eis que o terceiro observador as internaliza e as subjetiva.

H. L. A. Hart, por outro lado, concedeu à sua hipótese de construção e interpretação do direito um axioma normativo que é o ponto nodal para a

¹³³ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 35.

¹³⁴ Nesse sentido, afirma Rafaelle De Giorgi que o “[...] fundamento de validade de todo o sistema de qualificações normativas é constituído por uma norma cuja própria validade não pode ser derivada de outra norma, que não pode ser colocada em discussão, que não é posta já que deve ser aceita como condição de possibilidade da positivação de normas, e que, portanto, é pressuposta e contém somente ‘a instituição de uma fatispécie produtiva de normas’” (DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 84).

aferição do sentido do direito e que seria, contudo, essencialmente um fato e um dado objetivo. Trata-se da regra de reconhecimento que poderia ser aferida objetivamente pelos participantes da prática social que desenvolve o direito, os quais podem ser, apenas exemplificativamente, identificados pelos juízes, demais autoridades e sujeitos envolvidos, direta ou indiretamente, na manifestação prática e vinculante do direito, ou seja, no jogo linguístico em que o direito tem força prática normativa. Para a teoria *hartiana*, o ordenamento jurídico é composto das regras primárias, as quais impõem comportamentos aos cidadãos, e das regras secundárias, cujo conteúdo confere competência a determinados sujeitos para valorar as regras primárias¹³⁵. Essas regras secundárias são subdivididas em três espécies: “*rules of change*”, “*rules of adjudication*” e “*rules of recognition*”¹³⁶. A primeira consiste em regras que autorizam indivíduos a modificar as regras primárias; a segunda, em regras que autorizam indivíduos a decidir se uma regra primária foi violada¹³⁷.

Contudo, a justificação para o objeto das duas primeiras espécies de regras secundárias e das regras em geral provém da regra de reconhecimento (“*rule of recognition*”) – a terceira espécie de regra secundária –, consistente no axioma normativo que confere validade ao direito a partir de um ponto de vista externo e interno da relação entre os participantes da prática social na qual se desenvolve o direito. Trata-se de uma espécie de reiteração de uma manifestação na práxis dos participantes que, por tal, se constitui como uma regra aferida pelo uso repetido – tal qual propugnando por Ludwig Wittgenstein –, e que, pelo seu conteúdo, se configura como uma convenção social que se manifesta como fato na prática e, logo, pode ser objetivamente descrita pelos participantes¹³⁸. Essa regra é um determinado axioma que, do ponto de vista interno dos

¹³⁵ NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167.

¹³⁶ Ibidem, p. 167.

¹³⁷ Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 118 et seq. NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 167.

¹³⁸ Explica H. L. A. Hart: “Essa atitude de aceitação compartilhada de normas deve ser contrastada com a de um observador que registra, *ab extra*, o fato de que um grupo social aceita tais normas, sem que ele próprio as aceite. A expressão natural desse ponto de vista não é ‘A lei diz que...’, mas ‘Na Inglaterra, reconhece-se como lei [...] tudo o que o Parlamento promulga por delegação da Coroa...’. Chamaremos à primeira dessas formas de expressão *enunciado interno*, porque manifesta o ponto de interno e é naturalmente usado por alguém que, aceitando a norma de reconhecimento e sem explicitar o fato de que é aceita, aplica a norma para reconhecer como válida alguma outra norma específica do sistema. Denominaremos *enunciado externo* a segunda forma de expressão, por ser a linguagem típica de um observador externo ao sistema, que, sem aceitar ele próprio sua norma de reconhecimento, enuncia o fato de que outros a aceitam” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 132).

participantes, seria identificável no ato de remissão a tal regra para a justificação da regra manifestada – da proposição normativa ou norma – pelo participante e, do ponto de vista externo, manifesta-se como um fato, passível ser descrito pelos participantes da prática social comunicativa que é o direito¹³⁹.

Essa complicada relação entre fato e norma revela-se no quanto já discorrido anteriormente com relação aos vácuos inerentes ao positivismo como método de aferição de conhecimento humano, isto é, do mundo dos fatos; seja sob o ponto de vista da regra de reconhecimento ou da norma fundamental, ambas as hipóteses tomam posição pela relação sujeito-objeto. A hipótese *hartiana* afirma que a regra de reconhecimento é um fato; exige-se que o sujeito seja capaz de objetivar sua percepção do sentido de uma regra de conhecimento de modo que toda a subjetividade inerente ao terceiro observador seja suprimida. O mesmo ocorre com a norma fundamental; esta, como ato descritivo de um poder de fato, para a sua validade, deveria ser capaz de ser aferida objetivamente, a partir de métodos dedutivos empíricos, ou seja, pela disposição de conceitos empíricos que levam ao objeto, indiferentemente da valoração subjetiva.

Mas é essa complicada relação entre fato e norma que, primeiramente, permitiria a separação entre direito e moral, eis que a validade das fontes jurídicas não depende do que foi comandado, mas de quem a comandou¹⁴⁰. A regra de reconhecimento e a norma fundamental são fontes jurídicas, eis que descritivas de um fato que está no âmago do conceito do direito, isto é, do que é o direito. Aqui, então, assume-se a tese da objetividade das fontes jurídicas, eis que estas, consoante o já aqui reiterado, devem ser aferidas pelos sujeitos de forma objetiva. Como leciona Juliano Maranhão, a tese da objetividade das fontes pode ser subdividida em duas versões: uma fraca e outra forte.¹⁴¹ A primeira afirma que a fonte jurídica é objetiva na identificação de sua autoridade; a segunda considera que a objetividade dessa fonte jurídica adentra, também, o conteúdo ali promulgado que poderia ser igualmente descrito. Trata-se do entendimento positivista da interpretação do direito. Hans Kelsen, ao considerar que a norma fundamental confere às demais normas algo como uma moldura, sem, contudo, vincular o conteúdo da lei, se adapta a uma tese fraca da objetividade das fontes jurídicas. Por outro

¹³⁹ Ibidem, p. 132.

¹⁴⁰ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 36.

¹⁴¹ Ibidem, p. 37.

lado, H. L. A. Hart se insere na tese forte, eis que a regra de reconhecimento seria um dado objetivo que pode ser descrito e, assim, objetivamente incorporado à interpretação e construção do direito, de modo que a interpretação do direito não difere do que é o direito.

A partir de tal ponto, surge o cisma no positivismo jurídico, criando-se as propostas diacrônicas entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo, e dá-se um passo além na diferenciação entre direito e moral no âmago do positivismo jurídico, o que foi provocado pela incisiva crítica de Ronald Dworkin às hipóteses teóricas de H. L. A. Hart. De acordo com o primeiro, os direitos fundamentais não são derivados de um fato, isto é, um dado objetivo identificado na prática – a norma fundamental como a descrição de poder de fato, como assinalou Hans Kelsen, ou uma regra de reconhecimento que designa, de forma objetiva, o que é o direito, no caso de H. L. A. Hart –, muito embora se encontrem positivados na Constituição, em sua maioria, são aplicados pelos juízes e demais autoridades cuja interpretação do direito detém força normativa, a partir de uma dimensão, justificativa moral, que elege determinados princípios a serem aplicados em determinados casos. A discrepância nas decisões prolatadas pelos participantes da prática social que manifesta o direito, assim, demonstraria que não haveria a almejada concordância social e que, portanto, os direitos fundamentais seriam juízos morais¹⁴². Por tal, a interpretação do direito seria, essencialmente, um ato de justificação moral da escolha pela aplicação de determinado princípio em face de outro.

A partir dessa crítica de Ronald Dworkin, cria-se um cisma entre positivismos jurídicos inclusivos e exclusivos que se debruça sobre a questão da interpretação do direito e sua condição de espelhamento ou não no direito como ele é, ou seja, entre a interpretação como descrição das fontes jurídicas ou como ato de justificação a partir de juízos morais. Alguns positivistas mantiveram a fundamentação da fonte jurídica como um fato, um dado objetivo, que confere validade ao direito e que pode ser, inclusive, identificada no conteúdo da fundamentação da norma. Entretanto, ao considerarem o direito como prática social, reconhecem que os juízos morais podem se imiscuir na identificação e descrição pelo participante da fonte jurídica. Trata-se de uma divisão, dentro do espectro positivista, sobre como se dá a separação entre moral e direito. De acordo com Juliano Maranhão, essa separação pode ser absoluta ou contingencial.

¹⁴² Ibidem, p. 28.

Segundo H. L. A. Hart, a força normativa da regra de reconhecimento não poderia se limitar a mera relação de subordinação entre a autoridade e seus súditos, eis que essa regra de reconhecimento deve ser aceita pelos participantes do jogo linguístico¹⁴³. Assim, a existência de juízos morais na constituição de uma regra de reconhecimento decorre da própria natureza subjetiva da linguagem, de modo que aquela é identificável, para além da autoridade que a proclama, por critérios morais. Ou seja, a regra de reconhecimento carregaria uma relação contingencial entre a moral e o direito¹⁴⁴. Não se sustenta, aqui, contudo, que haveria um objetivismo ético nos juízos morais das regras de reconhecimento; tão somente, afirma-se que a regra de reconhecimento carrega juízos morais e que, por tal, existe a abertura valorativa por parte do participante na descrição de tal regra. Assim, a validade jurídica dos juízos morais no ato de interpretação do direito, ou seja, da utilização de princípios jurídicos, não decorre do mérito moral destes – isto é, de serem justos ou injustos –, mas sim da sua conformidade com os juízos morais que estão inseridos na regra de reconhecimento.¹⁴⁵ Assim, cabe àquele que interpreta expressar-se de tal forma a demonstrar, de maneira racional, que a eleição de determinado juízo moral decorre da existência desse mesmo juízo moral na regra de reconhecimento.¹⁴⁶

Trata-se, assim, de possibilitar, por intermédio da aplicação da filosofia analítica, a valoração, pelo terceiro observador, dos fundamentos da manifestação do participante da prática social, de modo que esse observador possa afirmar que determinada norma – proposição normativa enunciada pelo participante – é válida ou não.¹⁴⁷ Em sentido muito próximo, conclui Juliano Maranhão¹⁴⁸ que o positivismo jurídico

¹⁴³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 260.

¹⁴⁴ Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 264 et seq. MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 64.

¹⁴⁵ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 64.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹⁴⁷ Conforme explica H. L. A. Hart, uma “[...] decisão judicial, especialmente em assuntos de grande importância constitucional, muitas vezes envolve uma escolha entre valores morais e não a simples aplicação de um único princípio moral importante, pois é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma escolha clara a oferecer. Mesmo nesse caso, os juízes podem, mais uma vez, fazer uma escolha que não é nem arbitrária nem mecânica; e nisto frequentemente exibem certas virtudes judiciais características, cujo caráter especialmente apropriado à decisão judicial explica por que alguns relutam em chamar essa atividade judicial de ‘legislativa’. Essas virtudes são: a imparcialidade e a neutralidade ao analisar as alternativas; consideração pelos interesses de todos os afetados; e a preocupação de oferecer algum princípio geral aceitável como base racionalmente ponderada para a decisão. Não há dúvida de que, devido a que sempre pode haver um grande número desses princípios, não é possível demonstrar que uma decisão é a única correta; mas esta se torna aceitável como o produto ponderado da decisão imparcial

inclusivo sustenta a força normativa dos juízos morais, dos princípios jurídicos, não em razão do mérito destes, mas sim do “[...] fato de serem derivados por processos racionais a partir de regras dotadas de autoridade, que, indiretamente, os endossam”¹⁴⁹ e, por tal, a neutralidade a ser buscada no direito, seja em sua construção ou em sua interpretação, não deve ser valorativa, mas sim moral¹⁵⁰.

Por outro lado, os positivistas exclusivistas, cujas propostas encontram coro na hipótese teórica de Joseph Raz¹⁵¹, afirmam que, se os princípios jurídicos têm como fundamento o seu mérito moral, como afirma Ronald Dworkin, então eles não poderiam compor uma fonte jurídica diante da subjetividade inerente de tais axiomas. Consoante afirma Joseph Raz, ainda que se reconheça que as fontes do direito – sua natureza – são obtidas por intermédio de empenho valorativo e não meramente descritivo das condutas humanas, uma vez identificadas tais fontes – a natureza do direito –, compete ao intérprete da lei apenas a descrição neutra e sem remissões a argumentos morais, valorativos, isto é, não cabe ao intérprete imiscuir suas ponderações morais na descrição do texto de lei.¹⁵²

O cisma interno no positivismo jurídico demonstra, conforme assinala Juliano Maranhão, que a discussão em torno da neutralidade na construção do direito e, no depois, na interpretação do texto de lei assumiu um maniqueísmo retórico entre teorias justificadoras e teorias descritivas. O principal efeito negativo de tal maniqueísmo é a falta de percepção de que o objeto da discussão pode ser outro: a busca pela neutralidade moral e não valorativa. Tal é a proposta do positivismo jurídico inclusivo. Ao assimilar que a aferição do sentido do mundo dos fatos se dá, necessariamente, pela linguagem – ao assertivas de Ludwig Wittgenstein são, hoje, incessantemente reiteradas na base da construção das racionalidades sistêmica, argumentativa e formal; note-se, com relevância,

informada pelos fatos. Em tudo isso encontramos a ‘ponderação’ e o ‘equilíbrio’ que caracterizam o esforço de fazer justiça entre interesses concorrentes” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 264-265).

¹⁴⁸ Juliano Maranhão, ainda que com ponderações, se identifica como um positivista inclusivista (MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 117)

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵¹ Cf. RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁵² MORESO, José Juan. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 177-200, 2008. p. 188-189. Cf. RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

que nem mesmo Niklas Luhmann deixou de elaborar argumentos pautados em umas das principais hipóteses da filosofia da linguagem, qual seja, a ausência de linguagem privada –, tal linha teórica da ciência do direito, ou Teoria do Direito, voltou sua atenção à neutralidade moral.

Em assim sendo, a preocupação desses teóricos, para além da pergunta comum dos positivistas – qual seja, se os valores eleitos pelo legislador constituinte quanto aos direitos fundamentais devem ser considerados valores do Estado como uma moral pública –, é a seguinte: os valores eleitos pelo intérprete do texto de lei, no ato de sua atividade comunicacional e interpretativa, são passíveis de serem identificados como produto direto de valores já prescritos no ordenamento jurídico pátrio, de modo que a atuação do intérprete poderia ser entendida como valorativa, mas moralmente neutra? Tal questão é de significativa relevância para o estudo da força normativa da dogmática penal, estrutura nodal da hipótese do controle de constitucionalidade formal da lei penal sustentada neste trabalho.

2.2. Breves apontamentos sobre as propostas teóricas dos *neoconstitucionalismos*

A reformulação do constitucionalismo moderno foi circunscrita a um conceito hodiernamente pedagógico, e não propriamente analítico: neoconstitucionalismo. Tal se dá diante da ideia do que se entende por analítico, isto é, como a pretensão de universalidade de um conceito ou de um método capaz de desconstruir um fato com a precisão buscada por aquele mesmo método ou conceito¹⁵³. Assim, a palavra neoconstitucionalismo não funciona como um axioma analítico, uma vez que a singularidade – e evolução – de cada uma das teorias que, em primeira análise, dividem premissas bastante genéricas não permite, ao aprofundar-se em suas

¹⁵³ Cf., para espectro do método analítico de Jeremy Bentham de depuração da teoria geral do direito, entre outros, CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 21-168.

particularidades teóricas, enquadrá-las em um único liame teórico, sob pena de imprecisão científica¹⁵⁴.

Não obstante, consoante já afirmado, o segundo pós-guerra constrangeu o direito à abertura valorativa por intermédio de uma releitura do modo como a constituição afeta o que o direito é, como é interpretado e como ele dever ser. Sensível foi a questão do direito justo tal qual trabalhado por Gustavo Radbruch quem, em face das atrocidades praticadas pelo regime nacional-socialista com o respaldo no direito posto¹⁵⁵, desenvolveu a proposição teórica segundo a qual o direito extremamente injusto não é direito¹⁵⁶. Tratou-se de uma modificação¹⁵⁷ no amago da hipótese teórica do referido jurista alemão que até períodos anteriores ao Holocausto conceituava o direito como a conjugação entre as ideias de justiça, finalidade e segurança jurídica¹⁵⁸: uma vez que o justo, como justiça distributiva, careceria de um fim para que seja compreendido o seu sentido e tendo em vista que essa finalidade é indelevelmente plural, cabe ao Estado, por intermédio do direito posto, delimitar as condições para a ordem social. Contudo, o nacional-socialismo constrangeu o relativismo da racionalidade de Gustav Radbruch à uma racionalidade prática de modo que o direito posto é válido quando elaborado sob o enfoque de uma demanda social atual. Assim, muito embora a segurança jurídica seja a resposta aos atritos entre as demandas morais de justiça e o direito posto, quando o direito se mostrar extremamente injusto aquele não pode se sobrepor à justiça.

¹⁵⁴ Cf., obras que refletem a divergência entre teorias de valoração constitucional do direito, COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. (Edição digital a partir de *Isonomia*, n. 16, p. 90-112, 2002). RATTI, Giovanni Battista. Neoconstitucionalismo Negativo y Neoconstitucionalismo Positivo: Negative and Positive Neo-Constitutionalism. *Ius Humani. Revista de Derecho*. v. 14, p. 227-261, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.31207/ih.v4i0.75>. Acesso em: 14 jul. 2018.

¹⁵⁵ Cf. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIEL. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933 – 1945)*. Tradução de Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch Teoria, 2019.

¹⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 37.

¹⁵⁷ Muito embora seja possível a identificação de um paradigma nos trabalhos de Gustav Radbruch no segundo pós-guerra, em especial no que toca ao seu conceito de direito, é necessária cautela na identificação desse paradigma como uma suposta superação do positivismo jurídico do referido teórico alemão por uma postura jusnaturalista. Tal se dá, dentre outras questões, pelo fato que naquela primeira fase a finalidade do direito seria atender a um ideal de justiça que, por sua vez, se encerraria na ideia de segurança jurídica. A conformação do conceito direito com ideais valorativos, logo, descolados do método empírico de aferição do direito, leva ao questionamento da adequação da hipótese teórica de Gustav Radbruch ao conceito genérico de positivismo jurídico. Nesse sentido ver capítulo “2”, tópico 2.1., primeira parte.

¹⁵⁸ CÂMARA, Edna Torres Felício. *Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate*. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Paraná. 2013. p. 37. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/>. Acesso em 16 de março de 2020.

Contudo, conforme assinala Robert Alexy, a questão deixada pela fórmula de Gustav Radbruch residiria no tratamento isolado de normas injustas de modo que o questionamento remanescente seria sobre como o sistema jurídico com um todo deve ser estruturado a fim de atender demandas de justiça¹⁵⁹. Os principais autores¹⁶⁰ que se debruçaram sobre essa releitura encontram um ponto convergente na pretensão de formular não apenas uma teoria da constituição ou uma teoria da interpretação constitucional, mas uma teoria do direito, descritiva dos direitos e deveres constituídos pelo ordenamento jurídico, a partir do espectro constitucional. Logo, mudou-se o objeto de estudo em face do juspositivismo, ao centrar-se a construção do direito nas determinações constitucionais, em contrapartida ao formalismo interpretativo alçado por uma lógica discursiva instrumental¹⁶¹. Nesse sentido, afirma José Juan Moreso que uma teoria descritiva do direito sob o enfoque constitucional visa a institucionalização do controle de constitucionalidade e da constitucionalidade das leis promulgadas pelo parlamento, ao passo que o texto constitucional aufere força de norma vinculante, ou seja, com capacidade de gerar efeitos jurídicos¹⁶².

Contudo, a teor do quanto já discorrido na Seção anterior à presente, essa reformulação do método de aferição do direito não pode ser vinculada à ideia de jurisdição constitucional – força normativa da Constituição –, eis que tal ideia está presente no discurso jurídico desde o século XVII¹⁶³ e, ademais, está atrelada à ideia de

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 37 e seguintes.

¹⁶⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 5. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1986. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

¹⁶¹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 97. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002).

¹⁶² MORESO, Juan José, Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, n. 19, p. 267-282, oct. 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/1579658/Comanducci_sobre_neoconstitucionalismo. Acesso em: 12 jul. 2018. p. 2. Cf. explicação do autor e catedrático da Universitat Pompeu Fabra, Barcelona-ES: “Este trabajo fue presentado como réplica a la contribución de Paolo Comanducci al Seminario Albert Calsamiglia que tuvo lugar en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), los días 13 y 14 de febrero de 2003”.

¹⁶³ Conforme explica Riccardo Guastini: “Es una constatación ya común entre los estudiosos que muchos ordenamientos jurídicos europeos han sufrido, en la segunda posguerra, un intenso proceso de ‘constitucionalización’. Pero, ¿exactamente en qué sentido? La expresión ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ puede ser empleada en no menos de tres significados. 1) En un primer sentido – y este es, quizás, el significado intuitivo más común – se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente carecía de ella. 2) En un segundo sentido, se habla en ocasiones de constitucionalización para referirse a aquel proceso histórico-cultural que (entre los siglos XVII y XVIII) ha transformado en jurídica la relación política entre soberano y súbditos. Este fenómeno, nótese, es diferente del precedente, ya que no siempre el proceso en cuestión se ha

existência de uma constituição codificada quando se trata de jurisdição constitucional como força normativa da Constituição, e não apenas como afetação discursiva. Ainda, a existência ou não de instrumentais de controle de constitucionalidade, igualmente, não é condicionada a determinada hipótese teórica do direito, mas sim à formatação jurídica do Estado – ademais, a ausência de tais instrumentais não macularia a força normativa da Constituição¹⁶⁴.

Em assim sendo, mais pertinente parece a definição genérica de Riccardo Guastini sobre as propostas teóricas do direito que se desenvolveram no segundo pós-guerra. Muito embora utilize-se da expressão “constitucionalización del ordenamento jurídico”¹⁶⁵ para identificar o esteio racional em que se desenvolveram aquelas teorias, o aludido professor da Università di Genova, afora reconhecer que a referida expressão, sem a devida explicação, pode levar ao equívoco explicitado por Dimitri Dimoulis, igualmente, delimita aquele racional a partir da ideia segundo a qual um “[...] ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante”.¹⁶⁶ Assim, as teorias do direito que se desenvolveram entre os séculos XVIII e XIX visariam uma constitucionalização do ordenamento jurídico limitada às disciplinas fundamentais de organização do Estado e à positivação dos direitos e garantias inerentes à condição humana como limite da atuação estatal. Por outro lado, um ordenamento constitucionalizado, tal qual propugnado por determinadas teorias no segundo pós-guerra, entende-se como a vinculação e o condicionamento da vida pública, da vida política e de todos os poderes que constituem o Estado às normas constitucionais. Contudo,

resuelto en una codificación constitucional, esto es, en la adopción de una constitución escrita. 3) En un tercer sentido se habla hoy en día de constitucionalización para referirse a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionales [...]” (GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 175-176). Nesse mesmo sentido, assinala Dimitri Dimoulis: “Seriam Sieyès (1748-1836) e Guizot (1787-1874), ambos nascidos no século XVIII, e partidários da supremacia e pura juridicidade da Constituição, paladinos de um neoconstitucionalismo avant la lettre?” (DIMOULIS, Dimitri. *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 3. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁶⁴ Cf. Seção 2.1., Capítulo 2, primeira parte.

¹⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 175.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 176.

objetivamente, tal racional de “constitucionalización del ordenamento jurídico”¹⁶⁷ se apresenta, antes, como métodos antipositivistas¹⁶⁸.

Nesse sentido, algumas premissas genéricas, um pouco mais detidas do que o intuito de formular uma teoria do direito vinculada à Constituição, podem ser identificadas como pontos convergentes entre as teorias que se inserem no racional de constitucionalização do discurso jurídico. Aquelas premissas dizem com a crítica ao positivismo jurídico no que toca à neutralidade valorativa e moral na construção e na interpretação do direito e, dentre outras questões, algumas hipóteses teóricas se voltam contra a tese da objetividade das fontes jurídicas diante da assimilação da hipótese do giro linguístico que discorre, especialmente, sobre a intersubjetividade que confere sentido à prática, isto é, aos atos comunicativos que constituem, no caso, a prática social que é o direito. Assim, os juízos morais se imiscuem não apenas na construção do direito, mas, igualmente, na compreensão do sentido do direito pelos seus participantes. Por tal, tais juízos estão presentes no momento da interpretação de um texto de lei – consoante já afirmado, aqui reside uma das principais críticas de Ronald Dworkin a H. L. A. Hart. A validade de uma fonte jurídica não é oriunda de um fato – como a regra de reconhecimento ou a norma fundamental –, mas da sua justificação que seria, invariavelmente, moral. Daí que as teorias que se inserem no racional aqui perquirido são, genericamente, chamadas de teorias justificadoras.¹⁶⁹ Um direito fundamental, assim, encontra a sua validade como fonte jurídica não em razão da autoridade que promulga a lei ou da sua essência fática, mas

¹⁶⁷ Ibidem, p. 175.

¹⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em:

https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. p. 13. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹⁶⁹ Em contraposição às concepções positivistas do direito que sustentam o enclausuramento daquele por um ordenamento jurídico fechado e completo, limitado ao direito posto. Essa limitação, todavia, não seria absoluta. Na primeira edição da obra *Teoria pura do Direito*, Hans Kelsen sustentava que a completude do direito se dá em razão de não existirem lacunas no direito a serem superadas, eis que estas seriam apenas casos absurdos em que ao órgão jurisdicional caberia a não aplicação de uma norma válida por entendê-la, manifestamente, abusiva. Com efeito, haveria o que Alchourrón e Bulygin chamaram de princípio de proibição em sentido forte, contingencial a todo o sistema jurídico, que visa conferir efeitos deônticos a uma ação não regulada pelo direito posto, ao passo que essa ação apenas seria permitida em caso de previsão expressa e positiva de permissão. Já na segunda edição da *Teoria pura do Direito*, Hans Kelsen assume a existência de lacunas no direito, mas assevera que elas seriam produto de conflitos de interesses entre condutas permitidas pelo ordenamento jurídico. Nesse segundo posicionamento, vige o princípio de proibição em sentido débil, eis que a permissão concedida pelo direito posto é analítica, isto é, provém da inexistência de uma norma posta proibitiva de tal conduta. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Para compreensão do princípio de proibição, cf. ATRIA, Fernando. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 16.

em razão de ser um juízo moral dotado de objetividade. Assim, o direito fundamental, o Ser, e a forma jurídica, o Dever-Ser, convergem em um único conceito de prescrição de valores morais, a ideia de um objetivismo ético, eis que passíveis de serem aferidos objetivamente e, por tal, dotados de pretensão universal.

O quanto exposto até aqui explicita a assertiva de Riccardo Guastini segundo a qual a “constitucionalización del ordenamento jurídico”¹⁷⁰ caracteriza-se pela absoluta vinculação das normas constitucionais a todos os aspectos da vida pública e política, e em todos os poderes constituintes do Estado. No entanto, conforme se discorrerá na próxima Seção, essa vinculação *moral* às normas constitucionais encontra óbice não apenas em face dos questionamentos quanto à validade de um objetivismo ético, mas também diante da questão de que, se um direito é moral, ele é valorado não a partir de um racional prático, intersubjetivo, mas a partir de uma racionalidade universal de justo ou injusto.

Partindo-se daquelas premissas que visam uma *teoria do direito*, é possível perfilhar algumas teorias neoconstitucionalistas que, notadamente, se inserem no prefácio de tal novação no método de aferição do direito. Paolo Comanducci, formado sob o espeque do positivismo analítico italiano das décadas de 1950 e 1960, igualmente retomou a clássica depuração analítica feita por Norberto Bobbio – cuja obra *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, conjuntamente com a vasta produção de Uberto Scarpelli sobre a análise da linguagem e da semântica jurídica em prol do rigor lógico da metodologia jurídica, foi o prefácio da reformulação do *iuspositivismo* italiano¹⁷¹ – do positivismo jurídico em positivismo teórico, ideológico e metodológico e a aplicou à sua análise do neoconstitucionalismo¹⁷².

O neoconstitucionalismo teórico trata da já mencionada configuração de uma teoria descritiva do direito, sob o enfoque constitucional, no bojo da

¹⁷⁰ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 175.

¹⁷¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

¹⁷² Assim, a teor do quanto discorrido na Seção 2.1, acima, no bojo da qual utilizou-se a abordagem de Juan José Moreso, autêntico adepto das teorias justificadoras, sobre a classificação de Norberto Bobbio para analisar o *iuspositivismo*, aqui se utilizará a mesma depuração analítica lá desenvolvida para descrever as acepções do neoconstitucionalismo sob a abordagem de uma bibliografia crítica analítica positivista.

qual identifica-se aquela acepção de Riccardo Guastini da invasão das normas constitucionais em todos os aspectos da vida privada e pública em sociedade. Paolo Comanducci vai além, e propõe a existência de uma dicotomia no cerne do neoconstitucionalismo teórico, eis que haveria o “modelo descritivo da constituição como norma” e o “modelo axiológico da constituição como norma”¹⁷³. O primeiro não traria maiores aporias em face das premissas positivistas, eis que consiste em assumir a Constituição como um conjunto de regras positivadas – codificadas ou provenientes de uma fonte consuetudinária – hierarquicamente superiores às demais regras do ordenamento jurídico, eis que fundantes deste. Já o segundo acarretaria máculas ao que se pretende de uma teoria do direito descritiva do direito, eis que se trata de uma teoria do direito normativa, isto é, que parte dos cânones constitucionais e da carta que os promulga como valores morais públicos em si.¹⁷⁴

Um dos principais expoentes desse “modelo axiológico da constituição como norma” seria Luigi Ferrajoli, em razão do seu entendimento no que toca às lacunas existentes no ordenamento jurídico infraconstitucional. As lacunas traduzem uma temática que funciona como linha divisória entre teorias do direito positivistas e neoconstitucionalistas. As primeiras, genericamente, asseguram a completude do ordenamento jurídico, ao passo que eventual lacuna seria apenas um conflito de interesses emerso da complexidade da sociedade e que, por tal, não pode ser previsto pelo ordenamento jurídico¹⁷⁵. De outra sorte é a pauta de Luigi Ferrajoli. Para ele, uma vez que as normas constitucionais conferem direitos subjetivos e detêm efeito vinculante sobre o ordenamento jurídico, a ausência de regulamentação e disposição por lei de tais normas configura uma lacuna que cumpre ser valorada e denunciada pela dogmática jurídica que se debruça sobre a teoria do direito. Daí que Paolo Comanducci assevera que haveria uma

¹⁷³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 102. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002). Traduziu-se.

¹⁷⁴ MORESO, Juan José. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, n. 19, p. 267-282, oct. 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/1579658/Comanducci_sobre_neoconstitucionalismo. p. 2. Acesso em: 12 jul. 2018. De acordo com Paolo Comanducci, a assumir tal entendimento não haveria razão de ser de uma teoria do direito como ciência, pois aquela estaria atrelada a primados intangíveis a sinónmia de direitos naturais, alocados como axiomas morais, e tratar-se-ia, assim, de um neoconstitucionalismo ideológico e não teórico. (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 99. [Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002]).

¹⁷⁵ ATRIA, Fernando. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marical Pons, 2005. p. 17. Nesse sentido, Seção 2.1, Capítulo 2, primeira parte.

confusão entre lacuna axiológica e lacuna normativa (jurídica), eis que o entendimento de Luigi Ferrajoli vincula a reserva legal do parlamento às premissas axiomáticas previstas em uma carta constitucional, elevando-as à condição de morais públicas e razão pela qual falar-se-ia de um neoconstitucionalismo ideológico e não apenas teórico¹⁷⁶.

O neoconstitucionalismo como ideologia diz com aquelas concepções de direito que propugnam por uma conexão necessária entre direito e moral, ao passo que o compromisso com a força vinculante das normas constitucionais seria um compromisso *moral*, de justiça ético-política. Em contrapartida ao constitucionalismo deflagrado nos séculos XVIII e XIX, hodiernamente, as teorias adeptas à lógica constitucional não se atêm ao aferir à Constituição um papel limitador dos poderes do Estado, mas, igualmente, tutelam direitos e garantias fundamentais. O passo seguinte, todavia, que permite identificar a existência de um neoconstitucionalismo ideológico, diz com a posição acrítica em face das disposições – e omissões – constitucionais ao conferir a estas carácter axiomático atrelado, ademais, a uma legitimação aferida por método de petição de princípio. Notadamente, essa é uma posição que demanda detida cautela: como breves parênteses, cumpre fazer nota à própria Constituição brasileira de 1988 cuja Assembleia Constituinte foi, em parte, afetada por resquícios da velha e obscura república e visou atender demandas sociais e políticas de grupos sociais determinados e polarizados¹⁷⁷.

O neoconstitucionalismo ideológico se manifestaria, assim, para alguns autores críticos desse movimento constitucional¹⁷⁸, como um perigoso esvaziamento da fundamentação *ex ante* do direito e um ensejo à fundamentação *ex post*, isto é, em uma justificação moral do direito pelo intérprete¹⁷⁹. Tal ocorre quando os princípios jurídicos, utilizados na justificação do direito, são elevados a um objetivismo ético cuja identificação depende do intérprete para manifestá-la. Daí a ideia de que se trataria de um neoconstitucionalismo ideológico, eis que a validade da fonte jurídica eleita

¹⁷⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 97. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002).

¹⁷⁷ Cf. FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 38-61.

¹⁷⁸ Cf. Capítulo “2”, Seção “2.1.”, primeira parte.

¹⁷⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002).

pelo intérprete não deriva da autoridade que proclama a lei ou de determinada regra jurídica, mas sim do juízo moral expresso pelo intérprete.

Assim, aquele esvaziamento geraria uma diminuição do nível de determinação e segurança jurídica do direito, isto é, na fundamentação *ex ante* do direito, e, por tal, macularia a previsibilidade dos efeitos das leis e dos fundamentos das decisões judiciais. Tal circunstância estaria identificada nas obras, em especial, de Robert Alexy e Ronald Dworkin. No caso do primeiro, em razão da regra de ponderação e da diferenciação entre regras e princípios, que confere aos últimos um caráter de otimização e incidência deontológica *prima facie*, ou seja, um patamar mínimo de incidência normativa dos princípios os quais, todavia, poderão colidir-se diante de um caso concreto – e, por isso, a determinação, ou efeito deontológico completo do princípio, será aferida apenas após a ponderação entre os princípios colididos.¹⁸⁰ Já no caso do segundo, a tese da única resposta correta na justificação do direito fundamenta-se na assertiva de que a determinação *ex ante* do direito é conferida pela existência dos princípios jurídicos os quais, em razão das suas objetividades morais, conferem um patamar cognitivo aferível por todos¹⁸¹. Contudo, consoante já afirmado, a ampla abrangência argumentativa dos princípios jurídicos é delimitada na interpretação *ex post*.

Para Robert Alexy e Ronald Dworkin, o problema residiria, em verdade, na norma moral que fundamenta e justifica a decisão judicial no seu momento na interpretação externa da atividade judicial *ex ante*. Isto é, no caso de Dworkin, no ato de identificação do princípio – norma constitucional – que deverá reger a determinação do sentido da regra objeto de interpretação; e, no caso de Robert Alexy, igualmente na fundamentação externa, no momento de identificação do princípio preponderante e a ser subsumido ao caso concreto – momento em que deixa de ter caráter *prima facie* para auferir efeitos deontológicos. Assim, os autores acima citados – a juntar nesse espectro de notáveis Gustavo Zagrebelsky e com exceção de Luigi Ferrajoli – manifestam uma clara adesão ao chamando *objetivismo moral*, consistente na identificação da existência de uma

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

norma moral, como *fato* moral, objetivo e independe da adesão subjetiva, ou de uma norma moral objetiva racional, produto de uma adesão racional a ser identificada em determinado grupo racional¹⁸². Os primeiros problemas e os mais evidentes no que toca ao objetivismo moral residem, primeiro, na existência mesma de uma moral objetiva, conhecida, observada e internalizada pelo intérprete da lei, e, em segundo lugar, na possibilidade de sistematizar o método de identificação da norma moral regente de um determinado caso para que ela seja replicável, a fim de conferir a outros casos sinônimos a resposta correta ou justa¹⁸³.

A circunstância da teoria do direito de Luigi Ferrajoli que a identificaria como um neoconstitucionalismo ideológico seria o fato de o jurista italiano elevar o Dever-Ser ao patamar de Ser e a pretensão prescritiva do Ser partir do Dever-Ser. Ou seja, parte-se de princípios, normas contidas na Constituição ou dela decorrentes, para a aferição do sentido e análise crítica do direito.¹⁸⁴ Luigi Ferrajoli, contudo, nega o objetivismo moral – consistente na crença de máximas morais divididas por toda uma comunidade - corrente nas demais versões do neoconstitucionalismo¹⁸⁵ – ao passo que a sua proposta de dogmática jurídica, estruturada na publicação “*Principia Iuris*”,

¹⁸² COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, p. 109. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002). Cf., para análise de um mapa detido do objetivismo moral, CHIASSONI, Pierluigi. Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la *grundphilosophie*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI Giovanni B. (eds.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 148-200. Cf., para a distinção entre ontologia objetiva e subjetiva e epistemologia objetiva e subjetiva, LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *RIL*, Brasília, ano 53, n. 212, out./dez. 2016. p. 210.

¹⁸³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 109. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002).

¹⁸⁴ Cf. *Ibidem*, p. 103.

¹⁸⁵ Cumpre fazer nota sobre uma diferenciação no âmago do neoconstitucionalismo operada pelo próprio Luigi Ferrajoli no ensaio “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”: “La primera orientación (el constitucionalismo principialista, ndr) – dice L. Ferrajoli, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, cit., § 1 – está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación (el constitucionalismo garantista, ndr) se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías”. CHIASSONI, Pierluigi. Un baluarte de la modernidad: notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 101-120, 2011. p. 102.

fundamenta-se essencialmente na racionalidade prática¹⁸⁶. Aqui, a despeito de se tratar de uma teoria do direito regida pela ideia da Constituição como norma vinculante, não se rechaça a hipótese teórica de separação do direito da moral, e tal se dá diante da necessária efetividade prática do direito, isto é, que este seja efetivamente capaz de dar respostas a um estado de coisas. Para tanto, os juízos morais que devem prevalecer são aqueles que constituem as proposições do ponto de vista externo ao direito, as quais são produto da intersubjetividade que, por sua vez, confere sentido à práxis. Ao se limitar a justificação das normas a juízos morais universais, promove-se uma valoração do direito a partir do ponto de vista interno, de modo que aquele passa a ser inquestionável e assume noções absolutistas que constroem a atividade jurídica.¹⁸⁷

O neoconstitucionalismo como método consiste na utilização de princípios – normas constitucionais ou derivadas de uma carta constitucional – como meio de incorporar no discurso jurídico um axioma ético-político.¹⁸⁸ Assim, trata-se do método de aferição do sentido do direito pautado na vinculação necessária entre moral e direito. Como já se disse, ao passo que o positivismo inclusivo afirma que a relação entre moral e direito é contingencial – eis que podem ser identificados juízos morais na descrição do direito, mas tais juízos não encontram sua validade como fonte jurídica no seu mérito, mas sim no fato de serem juízos identificados na práxis argumentativa –, e que o positivismo exclusivo afirma que talhar uma regra como um juízo moral é tirá-la do direito – eis que

¹⁸⁶ CHIASSONI, Pierluigi. Un baluarte de la modernidad: notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 101-120, 2011. p. 105.

¹⁸⁷ Nesse sentido, afirma Luigi Ferrajoli que “[d]esde la banal circunstancia de que las leyes y las constituciones incorporan «valores», es insostenible la derivación de la tesis de una «conexión conceptual» entre Derecho y moral; en virtud de la cual cada ordenamiento jurídico (no sólo pretende subjetivamente sino que) satisface (¿objetivamente?) alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético»; los cuales serían un componente necesario del Derecho y una condición de la validez de las normas jurídicas. Esto es una falacia naturalista cuya conclusión es una tesis iusnaturalista – la de que la justicia es una condición de la validez – exactamente opuesta a la tesis iuspositivista de la separación. La tesis de la separación, que no es más que un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, sostiene que la validez de una norma no implica de ningún modo su justicia y que su justicia no implica de ningún modo su validez. En virtud de este principio, ni siquiera las constituciones pueden pretender ser objetivamente justas sólo por ser tales. De hecho, históricamente nacen como un «nunca más» a opresiones precedentes, incorporando valores y principios democráticos que comúnmente consideramos justos. Pero pueden darse constituciones o singulares normas constitucionales (que consideramos) injustas y antidemocráticas y que como tales son contestadas moral y políticamente” (FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Una discusión teórica*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 393-434, 2008. p. 404). Sobre a publicação *Principia Iuris*, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia Iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 325-354, 2008.

¹⁸⁸ CHIASSONI, Pierluigi. Un baluarte de la modernidad: notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 101-120, 2011. p. 106.

aquela seria, essencialmente, subjetiva –, as teorias que se inserem nos chamados neoconstitucionalismos defendem que o direito é, em si, um ato de justificação moral. Notadamente, verifica-se essa hipótese nas propostas teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. No que toca ao primeiro, a hipótese se manifesta na determinação principiológica *ex ante* da regra, consoante já discorrido; quanto ao segundo, na ponderação cuja estruturação teórica será desenvolvida na segunda parte deste trabalho.

Por todo o exposto até aqui, uma primeira aproximação conclusiva pode ser elaborada: em primeiro lugar, cumpre suplantar o objetivismo ético e a ideia de uma moral verdadeira e independente da adesão humana por uma moral racional, produto da depuração da racionalidade dos sujeitos envolvidos em um ato argumentativo, intersubjetivamente auferida pelo intérprete e aplicador da norma jurídica, ou seja, retirada da *práxis* na condição de terceiro observador¹⁸⁹. Aqui, trata-se da fundamentação interna da norma, e a identificação dessa norma moral poderá ser feita, consoante será proposto mais adiante, a partir de uma lógica argumentativa e constitucional. Em seguida, inicia-se a formação da fundamentação externa da norma jurídica: cumpre ao intérprete e aplicador daquela norma a justificação de seu discurso, que deverá se dar por uma lógica formal própria à filosofia analítica, isto é, alocada em um método analítico constituído por conceitos de pretensão universal, capazes de aferir previsibilidade e segurança quanto à validade jurídica da motivação judicial. Como se verá mais adiante, a convergência entre essas duas racionalidades contribui para desmitificar a alegoria da certeza *iuspositivista* e confluir a segurança jurídica, no caso, da lei penal com as propostas da dogmática penal que têm por escopo integrar a política criminal ao discurso jurídico por intermédio de atento labor normativo capaz de internalizar e conferir respostas às demandas práticas de uma sociedade complexa e difusa.

¹⁸⁹ Cf., Capítulo 3, seções 3.1 e 3.2, primeira parte.

3. A QUESTÃO DA MORAL E DO DIREITO: A IMPORTANTE BUSCA PELA NEUTRALIDADE MORAL E NÃO VALORATIVA DO DIREITO

Em 1862, segunda metade do século XIX e ainda sob o espreque do liberalismo iluminista, Ferdinand Lassalle proferiu uma conferência na associação liberal-progressista que reverberou, no âmago do conhecimento jurídico, o questionamento quanto à função de uma carta constitucional. Para o teórico alemão, uma carta constitucional refletiria questões de natureza política e não jurídica, logo, não prescritivas, mas sim descritivas, de modo que uma carta constitucional ter-se-ia reduzido a um compilado de folhas de papel quando posta de forma contraditória à constituição real, isto é, às “forças reais de poder”¹⁹⁰ manifestadas pelos grupos de poder dominantes em determinada sociedade, como o poder militar, o poder social – aqui compreendido não como a vontade de maioria, mas sim como a vontade dos grupos sociais dominantes, como latifundiários –, o poder econômico, o poder intelectual constituído pela cultura dominante¹⁹¹.

Mais do que fazer uma crítica à ausência de poder contrafático das cartas constitucionais, Ferdinand Lassalle se preocupava com a mácula na legitimidade do poder emanado de tais cartas, eis que configuradas por grupos sociais dominantes de modo que eventual mudança nos interesses de tais grupos sociais constrangeria a carta constitucional à submissão àqueles interesses. Tal pedaço de papel, a Constituição jurídica, não teria força apta a superar as demandas dos fatores reais de poder, os quais formam a Constituição real da sociedade.¹⁹² Com efeito, é pertinente o alerta de Gilberto Bercovici quanto à necessidade de se atentar à lucidez crítica de Ferdinand Lassalle na assertiva segundo a qual uma Constituição é a conformação de questões jurídicas e questões de poder¹⁹³.

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 9.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹² *Ibidem*, p. 9.

¹⁹³ BERCOVICCI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 12.

Quase um século depois, em 1959, uma popular contradita à ideia de Constituição como uma folha de papel foi ofertada por Konrad Hesse a partir da sua construção da força normativa da Constituição.¹⁹⁴ Tal hipótese teórica repousa no reconhecimento do condicionamento da Constituição jurídica pela realidade histórica, isto é, por uma demanda social aferida a partir de um recorte fático da realidade, de modo que as normas constitucionais apenas serão legítimas quando erigidas a partir de tal recorte.

Não obstante, acrescenta Konrad Hesse, a Constituição jurídica alcança força normativa em face da sociedade uma vez que as suas normas constituem um Dever-Ser, isto é, são atos prescritivos da conduta humana, aferidos do Ser, de modo que haveria uma correlação direta entre esses dois axiomas, e a essa correlação é conferido o papel de legitimidade à pretensão de eficácia das normas¹⁹⁵. Tal pretensão constitui uma das estruturas da hipótese de força normativa da Constituição; a outra – ao que parece, tese central de Konrad Hesse – é a vontade de constituição¹⁹⁶. Esta entende-se como a disposição da conduta humana de orientar-se de acordo com a Constituição jurídica, ainda que se voltem críticas circunstanciais às suas orientações. A vontade de constituição depende, então, do aceite pelos seus destinatários de que as normas constitucionais seriam valores cujos objetivos, para além do mero retrato de um realidade fática, visam a tutela do próprio Estado, da eficácia daqueles mesmos valores, eis que destinados a expurgar o arbítrio de juízos unilaterais provenientes da realidade fática.¹⁹⁷

A petição de princípio em tal fundamentação decorre, precisamente, da confusão entre direito e moral. Aquele seria legítimo em razão da primeira, ao passo que esta é aferida racionalmente por agentes que valoram os axiomas morais prescritos na Constituição. Daí decorre a emergência da divergência entre as teorias do direito que enxergam na jurisdição constitucional, ou seja, na força normativa da Constituição, a necessária correlação entre direito moral e as teorias do direito que, a despeito de não rechaçarem a existência de uma convergência de discursos morais na

¹⁹⁴ Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 24.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 19 et seq.

constituição do direito, apontam os efeitos negativos ao direito como ciência e seu papel social promovidos pela confusão entre direito e moral.

3.1. Objetivismo ético na construção e na interpretação do direito e os problemas na defesa e na existência de uma moral pública

Do quanto se discorreu até aqui, demonstrou-se que há um maniqueísmo retórico na teoria do direito, na ciência que se debruça sobre o que é ou deve ser o direito. Por um lado, há teorias que afirmam que a escolha do legislador e do intérprete partem de uma racionalidade e fundamentação justificantes a partir de valores subjetivos, intrínsecos, desses mesmos sujeitos. De outro, manifestam-se proposições de hipóteses teóricas que afirmam a possibilidade de um agir meramente descritivo do legislador – quando este apreende os mundo dos fatos –, ou, mais comumente, outras hipóteses que, apesar de assumirem que o legislador atue de forma valorativa, afirmam que é possível e necessário que o intérprete atue de forma descritiva e neutra na aferição do sentido do texto de lei. A linha divisória reside na pergunta: os direitos fundamentais eleitos pelo legislador constituinte devem ser considerados valores do Estado e, mais precisamente, uma moral pública? A resposta encontra-se, paradoxalmente, na crítica política já discorrida anteriormente¹⁹⁸, no qual se dissertou sobre os graves vícios do consenso argumentativo do parlamento e, logo, sobre a inidoneidade de elevar-se a decisão do legislador constituinte – e também do legislador ordinário – a algo como uma moral pública.

Assim, ao passo que não se pode considerar a atividade legiferante como um ato prescritivo da verdade, conforme acredita o *iuspositivismo*, igualmente há diversos obstáculos à hipótese segundo a qual os direitos fundamentais refletiriam uma moral pública. Esta se trata de um objetivismo ético ontológico, isto é, a possibilidade de aferir do mundo dos fatos dados objetivos constitutivos da moral e, assim, encontrar a essência, a existência, da moral como um dado externo ao sujeito. Faça-se nota: essa espécie de objetividade também não pode ser imputada ao positivismo, vez que este

¹⁹⁸ Cf. Capítulo “1”, primeira parte.

defende a validade prescritiva da suposta atividade descritiva de condutas, e não valores, pelo parlamento. A moral pública é uma hipótese de objetivismo ético o qual, contudo, detém variadas linha teóricas, erigidas por fundamentos diversos. A fim de mapear essas linhas, assumiu-se aqui a sistemática conceitual proposta por Pierluigi Chiassoni, o qual dividiu o objetivismo ético em três espécies precisamente conceituadas: epistemológico, deontológico e metodológico. Ainda, o aludido professor da Università di Genova subdividiu o objetivismo ético epistemológico nas suas formas intuicionista, racionalista, empirista e construtivista¹⁹⁹.

O objetivismo ético epistemológico sustenta a capacidade de conhecimento pelo sujeito, legislador ou intérprete da norma, de um valor expresso por outro sujeito. Ou seja, a capacidade tanto do parlamento em aferir de forma objetiva a demanda de um valor – uma política pública – da práxis, como do intérprete em aferir, objetivamente, os valores morais que seriam manifestados pelo Estado por intermédio da Constituição. Essa espécie de objetivismo ético, como mencionado anteriormente, subdivide-se em epistemologias éticas intuicionista, racionalista, construtivista e empirista²⁰⁰. A primeira advoga pela capacidade dos sujeitos em conhecer de forma objetiva os valores morais de forma intuitiva a partir das relações cotidianas e das suas trocas de experiências diárias, de modo que eles afeririam e incorporariam intuitiva e espontaneamente valores morais e os assumiriam como corretos e inerentes à condição humana²⁰¹.

A segunda, o objetivismo ético epistemológico racionalista, sustenta que a moral pode ser aferida de forma objetiva pelo sujeito uma vez que este, dotado de racionalidade, ao ser apresentado a um valor moral, racionaliza-o por meio de seu próprio método cognitivo e, a partir daí, distancia tal valor de qualquer visão subjetivada até elevá-lo à objetividade, isto é, até abstraí-lo das suas próprias inferências subjetivas e das de terceiros.²⁰² Essa concepção, notadamente, erige-se do aceite de um objetivismo ético ontológico, vez que os parâmetros racionais de abstração do particular ao

¹⁹⁹ CHIASSONI, Pierluigi. Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre la Grundphilosophie. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. (eds.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 154 et seq.

²⁰⁰ Ibidem, p. 156.

²⁰¹ Ibidem, p. 156-157.

²⁰² Ibidem, p. 157.

genérico teriam que ser, necessariamente, parâmetros morais existentes *per se*, sem a interferência dos sujeitos, e, por tal, aceitos por todos os sujeitos racionais. O objetivismo ético epistemológico construtivista, por sua vez, parte da hipótese racionalista de construção do sentido do mundo dos fatos a partir da argumentação. Assim, um valor seria produto da prática social argumentativa no âmbito da qual os participantes se inserem em condições ideais de imparcialidade, isto é, no mesmo jogo linguístico, de regras práticas, e, por intermédio do consenso dos participantes, tal valor seria dividido como um dado externo, objetivo, eis que já estaria fora da racionalidade subjetiva dos sujeitos.²⁰³

Por fim, o objetivismo ético epistemológico empirista sustenta a possibilidade de apreensão objetiva dos valores morais pelo método empírico. Trata-se do conhecimento de estruturas morais sem o comprometimento subjetivo, passional, com uma determinada estrutura normativa de valor moral, seja do próprio sujeito ou externa. Por estruturas normativas entende-se as várias concepções morais que o sujeito conhece e reconhece manifestadas na prática²⁰⁴. Essas estruturas normativas que são reconhecidas pelo sujeito, e a partir das quais ele elege e sustenta uma como dado objetivo, são precisamente a diferença entre o objetivismo ético ontológico e a presente hipótese, eis que o objetivismo ético epistemológico empirista construtivista, diferentemente do primeiro, assimila o giro linguístico no que toca ao subjetivismo, à multiplicidade de sentidos proporcionados pela linguagem e, logo, à multiplicidade de valores manifestados pela práxis, de modo que não seria possível alcançar a essência, a ontologia, de um valor. No entanto, faz-se uma diferenciação entre os valores, ou juízos, morais cuja identificação, na prática, é produto do subjetivismo interno do sujeito ou de outrem e as proposições morais. No último caso, trata-se da capacidade do sujeito de conhecer e externalizar um dado moral como um dado objetivo desde a capacidade descritiva, pelo método empirista, daquele dado moral, ou seja, da estrutura normativa objetiva eleita pelo sujeito.

Ao voltar-se à divisão primeira, encontra-se o objetivismo ético deontológico e o metodológico. O primeiro sustenta a moral como um necessário regente da conduta humana, composta de experiências práticas de estruturas normativas, as quais, uma vez assimiladas e eleitas pelo sujeito, devem ser por este assumidas como proposições

²⁰³ Ibidem, p. 157-158.

²⁰⁴ Ibidem, p. 158-159.

– assertivas sobre os juízos morais – com pretensão de universalidade. Em outros termos, ao juízo moral seria incorporado um dado objetivo diante do necessário reconhecimento, por parte do próprio sujeito, de tal juízo moral como um juízo de pretensão universal, eis que a hipótese reside no outro comportar-se da mesma maneira, tendo em vista que este juízo moral serve como um guia da conduta humana. O valor moral *deve*, e aqui figura-se a lógica deontológica, segundo a qual A *deve* ser igual B, ou seja, o juízo moral *deve ser um dado* objetivo, sob pena de não auferir pretensão universal, isto é, não ser passível de compartilhamento e abstração. Vê-se, aqui, uma convergência entre o objetivismo ontológico e o subjetivismo ontológico: afirma-se que o juízo moral deve reger a conduta humana diante da sua essência, ontológica, naturalmente dotada de pretensão universal; esse mesmo juízo moral, contudo, exerceria essa pretensão de universalidade a partir da fundamentação do juízo moral como um fato institucional, um dado ontológico independente dos sujeitos²⁰⁵.

Por último, o objetivismo ético metodológico sustenta que a mera existência de um método argumentativo na aferição do sentido do mundo dos fatos institucionais, o juízo moral, confere ao produto de tal método a validade objetiva. Trata-se da eleição de um método, argumentativo, capaz de aferir, sob o espeque da racionalidade (método), o sentido do mundo dos fatos. Aqui, é método, *per se*, que torna o juízo moral dotado de objetividade, e não o juízo moral em si. As idiosincrasias do sujeito não são eliminadas, senão configuradas, pela linguagem, em método racional passível de ser compreendido pelo interlocutor quando este estiver inserido no mesmo jogo linguístico, dividir as mesmas regras práticas de conhecimento do jogo, e pelo terceiro observador, de modo que o valor, a despeito da sua intrínseca subjetividade, passa a ser possível de ser retratado de forma objetiva. Essa espécie de objetivismo ético se diferencia dos objetivismos éticos epistemológicos construtivista, intuicionista e racionalista, os quais igualmente laboram suas hipóteses a partir da argumentação, pois – respectivamente - não carrega o aspecto cognitivo de assimilação do produto do método argumentativo pelo consenso entre sujeitos como um dado objetivo, não aceita a ideia intuicionista de que, pela prática, os sujeitos espontaneamente assimilariam os juízos morais como verdades

²⁰⁵ Ibidem, p. 160.

objetivas e não aceita a possibilidade de abstração do valor subjetivo, por qualquer método racional, de modo que tal valor se tornasse, *per se*, objetivo²⁰⁶.

No espectro dos chamados *neoconstitucionalismos*, as principais e pioneiras propostas teóricas que hodiernamente assolam, com significativa maioria, o conceito de direito e a interpretação jurídica, pautadas em um objetivismo ético, essencialmente, epistemológico e metodológico, foram formuladas, respectivamente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Como um dos poucos pontos de convergência entre os dois teóricos do direito, afirma-se que os direitos fundamentais seriam objetivismos éticos e que, por tal, seriam capazes não apenas de ser compreendidos objetivamente pelos intérpretes dos princípios constitucionais, mas, igualmente, designariam o “comportamento constitucional”²⁰⁷ a ser seguido, também, pelo legislador ordinário. Assim, tem-se que os valores morais dotados de objetividade e internalizados pelo ordenamento jurídico, em razão do método do processo legislativo, erigem-se ao patamar de objetivismo ético. Sem embargo, o ponto de convergência finda aqui. A teor do quanto já explicitado e consoante será mais adiante aprofundado quanto às críticas à teoria do “Dever-Ser Ideal”²⁰⁸, de Robert Alexy, o método de aferição e justificação dessa moral pública é sensível e insuperavelmente diverso entre o teórico anglo-saxão e o teórico anglo-germânico.

Para Ronald Dworkin, os intérpretes do texto de lei, ao justificarem as suas decisões, promovem um ato de adjudicação do direito, ou seja, conferem ao direito uma justificação moral. Essa adjudicação, logo, parte da aferição dos princípios, ou direitos fundamentais, como fonte valorativa válida. No entanto, uma vez que o aludido teórico afirma que não haveria uma convenção entre os intérpretes do texto de lei, em especial entre os juízes, sobre as fontes do direito, dado que a prática evidenciaria a ausência de correspondência entre as diversas manifestações judiciais e, também, em face do empenho crítico do subjetivismo na aferição do sentido do mundo dos fatos, a validade dos direitos fundamentais como fonte jurídica restaria, tão somente, na fundamentação moral-política de tais direitos prescritos pelo Estado ou, mais precisamente, pelo legislador constituinte.

²⁰⁶ Ibidem, p. 161-162.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 252 et seq.

²⁰⁸ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização e tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisomo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 320 et seq.

Em assim sendo, a moral pública existiria uma vez que os princípios, ou direitos fundamentais, são fontes reconhecidas como válidas pelos intérpretes do texto de lei, eis que prescritas na Constituição.

Por outro lado, Robert Alexy segue por caminho ainda mais perigoso do que a crença na compreensão objetiva por intérpretes de valores igualmente objetivos manifestados pela Constituição, qual seja, a do revolvimento empírico pelo legislador constituinte – e ordinário – na aferição dos valores que justificam a vinculação do intérprete aos direitos fundamentais. Estes, os princípios, seriam mandados de otimização empírica da demanda prática por determinada política pública. Desse modo, consoante será mais adiante explicitado, a atividade legiferante consistiria na convergência entre a racionalidade argumentativa, no que toca ao trabalho argumentativo realizado no âmbito do parlamento, e o método empírico na elaboração de dados a serem considerados em tal atividade argumentativa.

A problemática de tais hipóteses de teorias do direito reside no questionamento quanto à natureza jurídica dos juízos morais e sua validade como fonte jurídica.²⁰⁹ A eleição dos direitos fundamentais como valores estatais, como moral pública, decorre, tão somente, da necessidade em justificar a força normativa dos princípios, em especial, na atividade do intérprete do texto legal e, mais precisamente, na atividade da dogmática jurídica. Trata-se da ideia segundo a qual, uma vez identificado um direito fundamental como juízo moral, seria possível encontrar um espelho de tal juízo moral na atividade do intérprete do texto legal, o qual também se utiliza de juízos morais, e, logo, ter-se-ia uma fonte jurídica.

A abstração semântica dos direitos fundamentais constrange o intérprete a delimitar o sentido do texto legal. Essa delimitação provém de construções linguísticas, isto é, de juízos morais próprios do sujeito. Nesse sentido, a evolução – não superação – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, com a mudança do paradigma do conhecimento humano do mundos fatos da relação objeto-sujeito para a relação sujeito-sujeito, como já se disse, discorre sobre a inerente inferência do subjetivo

²⁰⁹ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 24 et seq.

na linguagem e a ausência de linguagem privada²¹⁰ de modo que a aferição do *sentido* do objeto dá-se a partir da análise da relação comunicativa entre sujeitos a partir da qual o terceiro observador retira regras linguísticas que são internalizadas e valoradas.

Antes de assumir as premissas do giro linguístico, compete discorrer sobre as teorias da linguagem assentadas em um logicismo linguístico e as teorias que sustentam a linguagem como um ente biológico inerente ao ser humano, a fim de demonstrar os óbices enfrentados no tratamento do ato comunicacional como um dado possível de ser aferido objetivamente. Superada tal necessária explanação, torna-se possível debruçar-se, então, sobre o questionamento reiteradamente manifestado, com acerto, pelo *iuspositivismo*: o princípio da legalidade, como pilar do Estado Democrático de Direito, limita a atuação estatal e configura a autodeterminação do sujeito por intermédio, tão somente, da lei como fonte jurídica válida, eis que prolatada por representantes do povo, e, se assim é, qual a validade jurídica dos valores morais eleitos pelo intérprete e pela dogmática jurídica para a fundamentação da norma? Ao que importa ao presente trabalho, competirá esclarecer qual é a força normativa da dogmática jurídica penal como fonte para o controle de constitucionalidade formal da lei penal diante da proposta de reformulação do instituto da proporcionalidade.

3.2. Giro linguístico e razão prática: mudança de paradigma na racionalidade do conhecimento humano

Quando Thomas Mann afirmou que a ausência de liberdade exortava a música de Adrian Lerverkühn à manifestação de características que a toque identificavam as raízes de seu amigo e compositor alemão, não igualou a ausência de liberdade a ausência de virtude, mas sim afirmou que a liberdade pressuporia o neutro. A neutralidade, contudo, somente poderia ser encontrada na essência primeira das coisas: “O que é a liberdade? Livre é somente o que é neutro. O característico jamais é livre, porque

²¹⁰ CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 452.

foi cunhado, determinado, ligado.”²¹¹ A neutralidade é falaciosa, uma vez que a essência própria do mundo fático é *violada*²¹² – e, por tal, inacessível – após a significação conferida pela linguagem, eis que produto da interação humana e consenso argumentativo²¹³.

A procura pela ontologia do direito é o limiar da aporia da teoria do direito, e versa sobre comum jargão da didática jurídica: diferenciação entre o *ser* e o *dever-ser*. A ontologia afirmada pelo positivismo causal-determinista, a qual se desenvolveu no século XIX, diz, precisamente, com a busca pela essência da prática jurídica e, por tal, sua capacidade de autonomia e neutralidade. A toque, nota-se que tal casuística demonstra que não se trata apenas de um problema de método ou de racionalidade própria da teoria do direito, mas do conhecimento humano que, no afã de emancipar o sujeito das arestas deixadas pela racionalidade una kantiana no que concerne à verdade e, logo, à ética, conduziu-se pelo determinismo empírico.

O empirismo, conforme será mais adiante aprofundado,²¹⁴ como fonte proveitosa às práticas sociais não se presta mais à busca pela verdade, isto é, à busca por essências das coisas tal qual propugnava uma acepção arcaica de um determinismo causal, mas, sim, se presta, única e exclusivamente, a dizer que um fato é um fato. David Quine, consciente da falibilidade da linguagem e da possibilidade de conferir sentido lógico a esta, em parte apoiado em pesquisas originárias de Bertrand Russel, afirma que o empirismo útil é aquele que “[...] nada vê de inadequado no apelo a disposições inatas sobre o comportamento manifesto ou a uma prontidão inata para o aprendizado da língua”; um empirismo que apenas pede que ‘conjecturas e conclusões façam sentido em termos de

²¹¹ MANN, Thomas. *Doutor Fausto*: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 99.

²¹² A violência da essência das coisas é objeto central da ética desconstrutiva de Jacques Derrida, e é o conceito por este utilizado para explicação do “*Force de loi*”. Para o aludido filósofo francês, justiça – como um fato institucional da teoria positivista de John Searle – encontra-se em um plano utópico e não apreensível, uma vez que a lei, o direito posto, funciona como violência à tal essência intangível. Nesse sentido, Geoffrey Bennington entende que, nas propostas derridianas, a violência “[...] acompanha o pensamento do *sempre e já* que Derrida mobiliza por toda a parte. O sempre e já significa que nós já nos encontramos em situação na qual a violência é um componente. E isso é irreduzível.” (BENNINGTON, Geoffrey. Entrevista com Geoffrey Bennington. [Entrevista cedida ao] Núcleo de Estudos em Ética e Desconstrução. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (org.). *Desconstrução e ética*: ecos de Jacques Derrida. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004. p. 193-233. p. 215).

²¹³ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²¹⁴ Cf. Capítulo “5”, Seção “5.1.”, segunda parte.

observação externa”²¹⁵. A técnica apreende predicados os quais não logram justificar um fato que não se encontra no esteio da causalidade objetiva: a consciência. O método, a petição de princípio, típico das ciências naturais, não alcança o anímico, eis que não há conhecimento de elemento ontológico objetivo prévio, determinado, provocador e causal como agente primeiro responsável pela constituição da consciência.

A obstinação pela empiria olvida, pelas mais diversas e intransigentes razões, o subjetivo. Trata-se de uma relação sujeito-objeto: pelo método empírico de estruturação de conceitos, igualmente empíricos, alcança-se o objeto e sua essência. No entanto, a relação sujeito-objeto encontra-se em outro método de aferição do conhecimento, qual seja, a filosofia da consciência erigida pela razão kantiana, e que antecedeu a ontologia empirista do positivismo. Contudo, aqui, o alcance de um dado objetivo externo não é alcançado pela identificação de uma essência ontológica, prévia ao objeto, mas sim pelo sentido conferido ao objeto pelo sujeito. Aqui, procura-se pelo objetivismo como dado racional, não empírico. A validação objetiva do mundo dos fatos depende da estruturação valorativa racional do sujeito a partir de uma “consciência geral”²¹⁶ que rege o conhecimento humano e que, por tal, é capaz de conferir uma objetividade ao sentido conferido ao objeto de análise.

No paradigma da racionalidade kantiana, o sujeito “[...] se dobra sobre si mesmo enquanto objeto [...]”²¹⁷, isto é, toma um dado do mundo dos fatos por ele compreendido como um dado objetivo, erige tal dado à abstração, por intermédio de estruturas racionais universais, e transforma tal dado em um dado objetivo constitutivo do mundo dos fatos. Tal dado é identificado com símbolos capazes de refletir esse dado objetivo para, seguidamente, ser comunicado a outro sujeito o qual, igualmente, aferirá tal dado objetivamente²¹⁸. Para além das críticas sociológicas²¹⁹ a tal concepção de mundo, as

²¹⁵ QUINE, David apud CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Tradução Paulo G. Domenech. São Paulo: Record, 2008. p. 10.

²¹⁶ LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 44.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28.

²¹⁸ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 2, p. 136-150, maio/ago. 2017. p. 140. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6188004.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020.

quais se empenharam em demonstrar que uma “consciência geral”²²⁰ é, tão somente, a eleição de uma consciência hegemônica e, por tal, excludente, eis que o objetivo da filosofia da consciência é propor a contradita do subjetivo, logo, a exclusão desse e de suas particularidades, é o fundamento epistemológico de tal hipótese de razão universal que promove o que Jürgen Habermas chama de “sintoma de esgotamento”²²¹. Entre as muitas nuances teóricas que não cabe desenvolver neste trabalho, é possível identificar uma aporia que possui importante papel na evolução do conhecimento humano: a relação sujeito-objeto trata da aferição do sentido do mundo dos fatos a partir da visão do próprio participante que, referindo-se a si próprio, toma a sua consciência como um dado objetivo, isto é, passível de ser identificado no mundo dos fatos por intermédio de um método. Desse modo, a filosofia da consciência, na sua versão kantiana e, conforme crítica de Jürgen Habermas, também em suas ramificações em teorias críticas daquela mesma razão, não exclui o discurso unilateral subjetivo e, por tal, pressupõe que o discurso privado do sujeito é objetivamente de conhecimento por si e pelo outro.²²²

Tal vai e vem²²³ entre o método empírico – que, ao se colocar crítico do objetivismo da razão que renega o subjetivo, parte, igualmente, de um objetivismo que “[...] procede toda a produção [...]”²²⁴ – e o método racional universal – o qual “[...] gera a si mesmo [...]”²²⁵ e, logo, volta a um objetivismo originário – foi a força reitora do giro linguístico, isto é, da evolução do paradigma do conhecimento humano da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem na primeira metade do século XX. A impiedosa constatação da ausência de lógica causal como condicionante da conduta humana superou o paradigma positivista. A consciência, por sua vez, foi identificada como o reitor primeiro da conduta humana, mas a sua racionalização pela filosofia da consciência não logrou superar o vácuo no conhecimento, qual seja, a compreensão sobre como o sentido do mundo dos fatos pode ser, diante da sua constituição subjetiva pela

²¹⁹ Cf. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²²⁰ Ibidem.

²²¹ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade. Doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 412. Cf. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná*, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 44.

²²² HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade. Doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 413.

²²³ Na fonte original: “vaievém”. Ibidem, p. 415.

²²⁴ Ibidem, p. 414.

²²⁵ Ibidem, p. 414.

consciência, compartilhado. Em outros termos, algo possibilita a ciência de que uma conduta foi manifestada no mundo, de que o mundo foi compreendido. Esse algo que permite a aferição do *sentido* do mundo dos fatos é a linguagem. Esta, como conduta, deslocou o foco do conhecimento humano para a ação, isto é, a análise e valoração da prática, e abandonou a busca pela externalização da psique humana e a presunçosa busca pela *essência* das coisas.

O giro linguístico, conforme explica Celso Ludwig, ensejou a emergência de três hipóteses de racionalização do mundo dos fatos a partir da práxis: a) a razão argumentativa, b) a razão sistêmica e c) a razão hermenêutica.²²⁶ O paradigma comum dividido por essas três hipóteses é a superação da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, eis que emergem da superação da razão universal para uma razão prática. O ponto de convergência entre tais racionalidades é a ideia de que o mundo dos fatos é manifestado ao sujeito pela linguagem; os fatos são narrados, e o sujeito narra os fatos. Assim, o mundo dos fatos é produto de uma relação intersubjetiva, de atos comunicacionais e, logo, de ações. Daí que há outros dois pontos de convergência entre as mais acima classificadas racionalidades: a ideia da razão como prática, isto é, razão como produto da prática – ação – da linguagem, e o sentido como *prius* lógico, eis que esse provém, por decorrência lógica, da atividade linguística²²⁷.

Esse giro promovido pela linguagem foi aprofundado e delimitado por Ludwig Wittgenstein no bojo da obra *Philosophische Untersuchungen*,²²⁸ a qual é ordinariamente identificada como o paradigma do giro interno da própria racionalidade – intersubjetiva – do referido filósofo austríaco em superação às suas hipóteses teóricas do *Tractatus Logico-Philosophicus*²²⁹. Consoante será mais adiante explicitado, o ponto de

²²⁶ Nesse sentido, explica Celso Ludwig que o “[...] novo *paradigma da linguagem* se consolida na segunda metade do século XX. Seu desdobramento indica a existência, hoje, de uma *tipologia* mais complexa, e que poderia ser classificada da maneira seguinte: (1.º) como *razão comunicativa* (Apel/Habermas); (2.º) como *razão sistêmica* (Luhmann) e, por fim, (3.º) como *razão hermenêutica* (Gadamer)”. LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 43-59, 2006. p. 44.

²²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. p. 211 et seq.

²²⁸ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas* (edição conjunta). 2. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

²²⁹ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

convergência entre tais racionalidades é a assunção da ideia de sentido como o *prius* lógico.

Aquela primeira fase foi representada por uma acepção da linguagem formada por uma essência prévia de um signo, de um enunciado, auferido a partir de um jogo linguístico e que seria replicado na comunicação. Aqui, igualmente, manteve-se a relação sujeito-objeto, eis que parte da ideia da existência de esquemas de linguagem naturais. Conforme explicita Maribel Narváez Mora, pressupor algo como uma teoria da linguagem, tal qual formulada, também, por Friedrich Ludwig Gottlob Frege, impele o aceite de que tal teoria, diante de sua condição axiomática, tem defeitos relativos à ambiguidade²³⁰, própria da linguagem, dos múltiplos sentidos da linguagem, da complexidade e mutação da orientação da ação humana, isto é, da práxis. Trata-se de teoria da linguagem no espectro da qual, como explicou Friedrich Ludwig Gottlob Frege, aquela ambiguidade refletiria, tão somente, o que é: um defeito da linguagem e a esta inerente em razão da sua condição de ambígua. Nesse sentido, para fins da proposição de uma teoria sólida, bastaria criar um método racional de retificação de tal defeito de modo que, então, a conduta humana pudesse ser compreendida pelos demais e, logo, a manifestação de um sentido do mundo dos fatos se constituísse em um dado objetivo²³¹. Aquele método consistiria na decomposição lógica do ato comunicativo, das expressões do sujeito, alocando-se tais expressões dentro dos significados corretos imanentes a determinada regra gramatical vigente naquela relação argumentativa.

No entanto, da última assertiva decorrem algumas questões, precisamente sintetizadas por Maribel Narvaéz Mora. Para falar na possibilidade de “*asignación*”²³² ou, como acima referido, alocação, aquele que corrige os significados necessitaria ter a capacidade de equivaler significados, isto é, equivaler os significados do ato comunicacional objeto de análise com outros significados. Assim, haveria, como já se disse, um significado originário, axiomático e logicamente disposto. Essa teoria da linguagem foi o arrimo necessário à sustentação do positivismo lógico, e desenvolveu-se,

²³⁰ NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 53.

²³¹ *Ibidem*, p. 53.

²³² *Ibidem*, p. 53.

segundo John Searle, a partir de estreita ligação às premissas da lógica matemática.²³³ Contudo, se o objetivo da filosofia da linguagem, diferentemente da lógica matemática, é aprofundar-se no conhecimento humano e mapear como este se desenvolve, e, mais precisamente, avançar na compreensão sobre por que determinadas instâncias axiomáticas regem o mundo, ou, como denunciado por Michel Foucault, como se desenvolve, quase que biologicamente, uma determinada concepção de mundo que hoje se revela excludente, manter-se atrelado à existência de um significado originário e transcendental é uma petição de princípio que serve, tão somente, para convalidar a realidade tal como posta.

O logicismo linguístico do primeiro Ludwig Wittgenstein e de Friedrich Ludwig Gottlob Frege desenvolveu-se como uma tentativa de impugnação à hipótese teórica da linguagem como um fenômeno biológico natural. Como propôs, por exemplo, Nelson Goodman,²³⁴ a linguagem se desenvolveria a partir de condições inatas ao ser, o qual, quando se depara com um dado do mundo dos fatos, organizaria naturalmente esse dado dentro de uma rede de significados já predispostas na constituição do ser. Tal hipótese será um pouco mais discorrida ao falar-se sobre as teorias dogmáticas jurídico-penais de cariz ontológico. Contudo, como já se adiantou, tal hipótese da linguagem como um ente natural, para além do ordinário questionamento quanto à origem biológica desse dom de linguagem, como afirma Noam Chomsky, não enfrenta o questionamento sobre como se desenvolve a capacidade do sujeito de ordenar os significados mundanos de forma naturalmente correta²³⁵. Esse questionamento de correção volta-se, igualmente, ao logicismo linguístico que pressupõe a possibilidade de decompor um defeito da linguagem em um sistema linguístico correto.

Nesse sentido, assevera John Searle que os sujeitos, ao se comunicarem, simplesmente não racionalizam a linguagem como um ente naturalístico. Um exercício prático, segundo John Searle, permitiria compreender que o falante não busca dentro de si, ou seja, não se desdobra sobre si, não torna a si e ao mundo um dado objetivo, uma concepção correta de linguagem, para compreender o seu interlocutor e,

²³³ SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 18.

²³⁴ Cf. Capítulo “5”, Seção “5.1.”, segunda parte.

²³⁵ CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 19.

precisamente, aferir o sentido do mundo dos fatos.²³⁶ A hipótese de como se produz o conhecimento humano, isto é, de como é aferido o sentido do mundo dos fatos, de John Searle, em sua segunda fase, ao questionar a linguagem como um ente natural, procurou unificar duas correntes da teoria dos atos de fala: a primeira delas trata o ato de fala como uma intencionalidade individual, isto é, uma intencionalidade subjetiva cuja força causa efeito nos ouvintes, os quais percebem tal ação intencional;²³⁷ e a segunda – diretamente ligada às produções John Austin, de quem John Searle foi aluno e, por um tempo e em algumas hipóteses teóricas, discípulo – trata os atos de fala como produto não apenas da intencionalidade individual, mas, também, das práticas sociais. Assim, como constitutivas das práticas sociais, as regras e convenções entre sujeitos criam os fatos institucionais.²³⁸

Para a primeira corrente, identificada nos trabalhos de Grice, não haveria indícios de que as práticas sociais comporiam os atos de fala, eis que o que se entende por práticas sociais seriam apenas produtos da mente do sujeito. A segunda hipótese afirma que não basta a intencionalidade para que o interlocutor compreenda o sentido de um ato de fala, eis que tal intencionalidade, para que seja compreendida pelo sujeito, deve se adequar a algum fenômeno já típico da condição humana e ao qual o ouvinte associa a intencionalidade daquele que se manifesta. Do contrário, a intencionalidade poderia, tão somente, não ser compreendida. Esses fenômenos são os fatos institucionais – fatos subjetivos, isto é, dependentes dos sujeitos –, os quais são compostos de regras e convenções. Essas estruturas constitutivas tão somente poderiam servir como constituição de algo como *fato* se pudessem ser invocadas em qualquer língua, ou seja, haveria um sistema de regras e convenções correto. Esclareça-se um ponto: essa hipótese teórica provém da correlação entre a obra *Speech Acts* (Atos de fala), de John R. Searle, e os trabalhos de John Austin sobre a teoria dos atos de fala. Tal teoria afirma que atos de fala, os quais conferem sentido ao mundo dos fatos, constituem fatos institucionais e não fatos brutos, ou seja, trata-se da proposição normativa sobre um fato. Contudo, foi a ideia de uma ontologia subjetiva que, dentre outras hipóteses teóricas, afastou John R. Searle de seu professor, John Austin.

²³⁶ SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 17.

²³⁷ SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 231.

²³⁸ SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 232.

Tal ocorre porque *Speech Acts*²³⁹ corresponde a uma primeira fase do esteio teórico de John Searle, o qual sofre, contudo, significativa mudança ao longo do desenvolvimento dos estudos de Searle sobre como funciona (não o conhecimento, mas) a mente humana. Nesse sentido, o filósofo procurou unificar aquelas duas correntes dos atos de fala. Para tanto, acrescentou outros aspectos naturalísticos, os quais, contudo, não dizem com a constituição da linguagem em si, mas sim com “[...] formas de intencionalidade biologicamente ainda mais fundamentais [...]”²⁴⁰ que constituem aquela, quais sejam, a “[...] percepção e a intenção-na-ação”,²⁴¹ as quais acompanhariam outras formas intencionais biológicas fundamentais da conduta humana como a fome, a sede e o desejo sexual. Tratar-se-ia da condição humana “[...] dos hominídeos pré-linguísticos [...]”²⁴² de perceber que determinados fatos se apresentam como biologicamente próprios à natureza humana e a capacidade de “[...] reconhecer que um objeto está ali a sua frente e outro objeto, à esquerda (espaço); ele tem de reconhecer que comeu em uma sequência temporal (tempo); que ele fez algo, em oposição a algo que apenas aconteceu (agência); que algumas coisas que ele fez fizeram outras acontecerem (causação)”²⁴³ e agir intencionalmente com vistas a satisfazer um estado intencional.

Eis, aqui, uma característica própria do positivismo lógico mantida por John Searle: um estado intencional pressupõe a existência de esquemas de “[...] representações mentais com conteúdos proposicionais e condições de satisfação”²⁴⁴, os quais, a partir das percepções, provocam um estado intencional. Esses estados intencionais dizem, por exemplo, com as crenças e os desejos. A existência dessas representações mentais não decorre de um dado ontológico, mas lógico, uma vez que reside na *necessidade*²⁴⁵ de que exista algo que formate essas crenças e desejos diante da condição limitativa de presunção por parte da neurociência de que essas estruturas – conteúdos

²³⁹ Ibidem, p. 247.

²⁴⁰ SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 18.

²⁴¹ Ibidem, p. 18.

²⁴² Ibidem, p. 27.

²⁴³ Ibidem, p. 27.

²⁴⁴ Ibidem, p. 24.

²⁴⁵ SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 246 et seq. SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 18-19.

propositivos e condições de satisfação – teriam origem em estruturas neuronais²⁴⁶. Essas representações mentais seriam o que John Searle nomeou de *background*²⁴⁷, o qual seria necessário para a compreensão do sentido do mundo dos fatos e, logo, condição necessária para a compreensão de um ato de fala. Por meio desse *background*, o sujeito processa convenções e regras da prática social, e seria apenas em razão da existência desse *background* inerente à condição humana e, assim, compartilhado pelo sujeito e seu interlocutor, que se faz possível a aferição do sentido de um ato de fala. Esses seriam, sinteticamente, os principais conteúdos pré-linguísticos²⁴⁸ e os fatores determinantes da ação intencional que transforma o ato de fala em um ato de fala intencional, e são esses conteúdos pré-linguísticos que constituem a tentativa de John R. Searle de unificar as teorias dos atos de fala sustentadas por John Austin e por Grice.

As hipóteses de John R. Searle foram provocadas pelas hipótese dos atos de fala de John Austin²⁴⁹, mas não se assimilam integralmente a esta.²⁵⁰ Enquanto o primeiro traz para dentro da intencionalidade individual as práticas sociais, eis que acredita que a percepção de uma prática social ocorre dentro da mente do sujeito, o segundo afirma que limitar a aferição do sentido do mundo dos fatos e, logo, dos atos de fala à intencionalidade depara algumas questões que carecem de resposta. Dentre elas, assume relevância a possibilidade de que o sujeito manifeste-se, com ou sem intenção, e, no último caso, incorra em equivocidade e, assim, não seja compreendido pelo seu interlocutor tal qual intencionado. Para além da equivocidade, John Austin, na esteira do quanto preconizado pelo segundo Ludwig Wittgenstein, afirma que a intencionalidade, *per se*, sofre influências diretas do contexto social e político²⁵¹ no qual o agente está envolvido, de modo que o interlocutor não poderia, por tais condições, acessar a linguagem privada do sujeito.

²⁴⁶ SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 25.

²⁴⁷ SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 246 et seq.

²⁴⁸ SEARLE, John R. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 24 et seq.

²⁴⁹ SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 231.

²⁵⁰ Cf. MOREIRA, Raquel Ribeiro. Filosofia da linguagem: a intencionalidade em Austin e Searle. *Revista Entrelinhas*, v. 6, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em:

<http://revistas.unisinos.br/index.php/entrelinhas/article/viewFile/2458/1032>. Acesso em: 16 jan. 2020.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 4.

A conjugação de todas essas críticas levou John Searle a formular uma espécie de positivismo mitigado. Note-se, contudo, que uma das grandes contribuições teóricas de John Searle à compreensão da linguagem reside nos estudos da linguagem *per se* – ou, mais precisamente, da sua evolução –, que identificaram a existência dos chamados fatos institucionais. Estes seriam ontologicamente subjetivos, isto é, provenientes de uma condição pré-linguística biológica, mas dependentes dos sujeitos, ou seja, de uma espécie de acordo argumentativo. A contribuição reside em conferir à linguagem a capacidade de formatação e criação do mundo dos fatos. Entretanto, os vácuos de soluções para assertivas axiomáticas encontram-se, ainda, presentes.

Portanto, é na segunda fase de Ludwig Wittgenstein – a qual postou-se crítica quer de uma teoria da linguagem, isto é, do logicismo linguístico mais acima delineado, quer da linguagem como um ente natural – que se verificou a superação da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito. Essa segunda fase concentra-se em aferir o sentido do mundo dos fatos a partir de uma racionalidade prática, ou seja, de uma ação atual, identificada aqui e agora, e que carece de compreensão. Nessa hipótese, abandonou-se qualquer pretensão de essência prévia dos signos e concluiu-se que o significado de um enunciado é auferido pelo uso da linguagem, *medium* de conhecimento do mundo. O ato comunicacional é aferido a partir de jogos linguísticos, no âmbito dos quais o sentido é aquilatado pelos jogadores por meio da prévia apreensão de regras linguísticas. Estas são apreendidas pelo seu uso repetido entre interlocutores e comunicadas mediante um método gramatical de conceitos logicamente dispostos²⁵².

Para que o uso repetido, contudo, gere significado, existem intermediações teóricas que necessitam ser esclarecidas. Assim como há multiplicidade de sentidos, significados – e daí a necessidade de uma filosofia da linguagem –, há multiplicidade de usos; e a identificação de que existem usos variados, *per se*, demanda compreender o significado do ato comunicativo. Contudo, de acordo Ludwig Wittgenstein, não há que se cair no erro de pensar o uso como um dado objetivo que acompanha o signo – palavra, escrita, enfim, qualquer ato comunicativo²⁵³. Usar um signo trata-se das atividades de explicar e aprender, reiteradamente, como usar “corretamente” determinado

²⁵² NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho*: Una senda para el convencionalismo jurídico. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 82 et seq.

²⁵³ *Ibidem*, p. 62.

símbolo. No entanto, com essa ideia de correção, o filósofo austríaco não pretende desenvolver uma teoria da linguagem, uma teoria do símbolo e, muito menos, qualquer coisa como a ontologia da linguagem, de seus componentes neurais ou de seus símbolos. Como já se disse, a preocupação aqui é o desenvolvimento de um método analítico capaz de mapear o sentido de um ato comunicativo, do mundo dos fatos atuais, isto é, da prática²⁵⁴. A ideia de correção parte, tão somente, da hipótese da existência de regras linguísticas que definem determinado jogo linguístico em que o sujeito está inserido e sem as quais o ato deste não gera sentido ao seu interlocutor e, assim, naquele jogo linguístico, não detém sentido.

Afirma Ludwig Wittgenstein que as estruturas subjetivas do sujeito não importam para a aferição do sentido – a conduta de significação de um símbolo –, eis que compreender um símbolo não é uma atividade privada, mas sim intersubjetiva. O modo como os símbolos são usados ocorre a partir de um sistema de regras, as quais não são seguidas pelo sujeito por conta de uma determinada racionalidade. Finalmente, o uso repetido do símbolo permite ao sujeito compreendê-lo, e, assim, alocá-lo de forma correta dentro de um determinado jogo linguístico²⁵⁵. Nota-se que há dois institutos – tal palavra significa algo como fato institucional, isto é, produto de acordo entre sujeitos – relevantes que demandam explicação: regras e seguir uma regra. O último é condição de construção idônea do uso de um símbolo: o sujeito, ao seguir uma regra, está comprometido em fazer-se compreender.

As regras, por sua vez, são, igualmente, símbolos que definem uma prática linguística, isto é, o uso correto de um símbolo e a identificação das regras pelo sujeito não é uma questão de conhecer a regra correta, mas sim de assimilar, pela prática, qual regra se desenvolve dentro de determinado jogo linguístico. Aqui aparece a figura do terceiro observador. Toda a hipótese da teoria de Ludwig Wittgenstein fundamenta-se na necessidade de superação da relação sujeito-objeto para a relação sujeito-sujeito. Assim, quando se fala em aprender o uso dos símbolos, aprender as regras que são manifestadas em determinado jogo linguístico, fala-se a partir da visão de um terceiro observador diante de uma relação argumentativa, vez que os participantes não podem determinar a regra ou o

²⁵⁴ Ibidem, p. 64.

²⁵⁵ Ibidem, p. 60 et seq.

uso correto, eis que para tanto o sujeito teria que, novamente, desdobra-se sobre si e objetificar a si.

De todos os institutos da filosofia do segundo Ludwig Wittgenstein apresentados até aqui, sem qualquer pretensão de exaustividade, cabe elaborar a seguinte hipótese central: uma vez que não há uma essência prévia ontológica, tampouco há uma essência psíquica, apreendida pelo sujeito para conferir sentido a um signo (ação, omissão, instituição mundanas etc.). Não há uma linguagem privada que seja alcançada apenas pelo sujeito, na medida em que a linguagem é, eminentemente, um compartilhamento intersubjetivo, e, outrossim, não há uma linguagem externa do signo em si, da descrição positiva determinista da ação humana, desvinculada do sujeito. No entanto, ao passo que o filósofo austríaco rechaça a ideia de linguagem privada – o eu que mudaria o mundo –, ele assenta o sentido no uso repetido de um enunciado dentro de um fluxo da vida o qual comporta jogos de linguagens variados. Esse fluxo pode ser apreendido de diversas formas: comportamentos sociais, econômicos, biológicos etc. Dentro desse fluxo, a linguagem gera o sentido pelo uso que só é possível quando ela é constituída sobre formas repetíveis, ou seja, sobre regras que possam ser apreendidas pelo observador²⁵⁶.

A filosofia analítica sustentada pelo segundo Ludwig Wittgenstein tem por objeto o caminho trilhado para a aferição de um conceito, a justificativa lavrada para sustentar uma natureza, e a análise da lógica, é dizer, da congruência da motivação esposada a partir da exposição lógica de conceitos abstratamente considerados. Eugenio Bulygin, teórico referência no estudo do método analítico aplicado ao direito, rememorou Rudolf Carnap para definir o método analítico como reconstrução racional de um conceito de modo a substituí-lo por um mais exato que o primitivo. Tem-se, assim, o *explicadum* e o *explicatum*; o primeiro diz com o conceito originário, e o último com a nova proposta que

²⁵⁶ Conforme leciona José Reinaldo Lima Lopes, a proposição teórica do segundo Ludwig Wittgenstein pode ser assim aposta a um exemplo analógico prático: “A analogia dos jogos sempre ajuda a compreender esse caso: quem diz que conhece futebol (um jogo ou prática), diz na verdade que conhece as regras da prática. Mesmo que não jogue bem, ou que não tenha jamais jogado aquele jogo, ao conhecer as regras do jogo conhece-as do ponto de vista usado tanto por jogadores (que querem ganhar o jogo seguindo as regras do jogo), quanto pelo juiz, ou seja conhece do ponto de vista de quem está dentro do jogo. O que ganha o jogo ‘roubando’ no jogo é o que não segue as regras: ele quer o resultado do jogo, não o jogo. O que ganha o jogo por acaso (a famosa “sorte do principiante”) ganhou apenas uma vez, mas não é capaz de repetir o feito com o mesmo sucesso, porque ganhou por acaso. Logo, a ‘ciência’ do futebol não pode ser senão uma ciência hermenêutica, interpretativa. Práticas não podem ser adequadamente conhecidas senão por suas regras” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016).

deve i) ser o mais exata possível, ii) trazer fundamentação útil suficiente para abarcar o maior número possível de enunciados universais, iii) ser uma extensão não contraditória do *explicandum* e, ainda, iv) guardar o máximo de objetividade possível.²⁵⁷ Sob o enfoque analítico, o conceito de direito diz, propriamente, com a natureza do direito. Esta, todavia, longe de uma proposição empírica, aqui, é tida como as “propriedades definidoras” daquele. Assim, o método analítico tem por objeto o caminho trilhado para a aferição de um conceito, a justificativa lavrada para sustentar uma natureza, e a análise da lógica, é dizer, da congruência da motivação esposada.

A teoria do delito se insere na lógica da abstração de primados teóricos como proposta analítica de subsunção da lei penal ao fato²⁵⁸. Assim, trata-se de um compilado de proposições normativas que constituem o direito, ou seja, o limiar epistêmico assumido pelo *observador* para a concessão do sentido obrigacional ou regulatório a um ato linguístico. Com efeito, para as teorias do delito de cariz positivista causal/determinista, esse limiar epistêmico é, propriamente, o axioma científico em si, o qual, ademais, demanda a compreensão do intérprete quanto à adequação de tal dado empírico à realidade subjetiva.

Em contraposição a tal método, tal qual será discorrido na segunda parte deste trabalho, há posições relevantes de propostas dogmáticas jurídico-penais que encontraram na razão prática o arrimo teórico para concessão de uma resposta a demandas divergentes de uma sociedade complexa que exige na prática, a um só tempo, a anterioridade da lei, certa e determinada, e a prospecção e conformação da lei com o presente e com o futuro, uma vez que as premissas político-criminais assentadas em determinada ocasião pelo legislador poderão perder objeto em face da evolução – ou involução – cultural e social.

Note-se, a exemplo, que o Código Penal brasileiro traz o conceito de dolo em seu artigo 18, I. Contudo, tal texto de lei não sucede em obstar a valoração da norma pelo intérprete em face da multiplicidade de sentidos que o verbo *querer*

²⁵⁷ MENDONÇA, Daniel (ed.). Compendio de una teoría analítica del derecho: Alchourrón y Bulygin en sus textos. Madrid: Marcial Pons, 2011.

²⁵⁸ Cf., ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015.

manifesta.²⁵⁹ Diante de tal vazão normativa, o dolo previsto no artigo 18, I, do Código Penal exige da dogmática jurídica critérios a fim de identificar a possibilidade de limitação, em determinado tipo penal, da exigência, tão somente, do conhecimento para a identificação da conduta dolosa do agente ou da necessidade de verificação da efetiva vontade da prática da hipótese delitiva.

Em face das inúmeras situações aporéticas entre hipóteses ontológicas ou intersubjetivas sobre como se constitui a linguagem, é o sentido da prática social chamada direito que carece de racionalização. O giro linguístico promoveu a reinterpretação da razão kantiana, versada sob o enfoque da filosofia da consciência e alçada na crença de que predicados morais e éticos cognitivos do sujeito seriam passíveis de ser objetivados, pelo sujeito e por seu interlocutor,²⁶⁰ e, igualmente, discorreu sobre o subjetivismo que macula o intuito de conferir à lei e ao intérprete um poder imanente descritivo. A multiplicidade de sentidos gerados não apenas no campo do direito, mas nos demais campos linguísticos que ali exercem influência, direta e indireta, constrangeu a teoria do direito e a filosofia do direito a dar uma resposta a um estado de coisas, criado pela atividade legiferante e decisória judicial, que se materializa por intermédio de um ato de justificação discursiva. Assim, para além do conceito de direito – o qual, para a filosofia analítica, seria a ideia de prática social –, a questão atual é saber como e sob quais premissas deve-se valorar aquela justificação.

²⁵⁹ Cf. VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

²⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. p. 211 et seq.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: NECESSÁRIA INTEGRAÇÃO DA RESERVA LEGAL DO PARLAMENTO COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM VISTAS À UMA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

A aporia provocada pelo neoconstitucionalismo entre a reserva legal do parlamento e a jurisdição constitucional, no que concerne ao direito penal, pode ser edificada em três teses tal proposto por Carlos Bernal Pulido²⁶¹. Primeiramente, figura-se a casuística de que a identificação e valoração de condutas sociais penalmente relevantes é uma tarefa exclusiva do legislador ordinário eis que esse seria o órgão mais próximo da política criminal²⁶². Essa última é dotada do potencial de abstração na construção e desconstrução de um dado posto e de conformação empírica do objeto de análise, atividade essa alimentada, igualmente, por dados oriundos da criminologia e da sociologia, de modo que apenas o parlamento teria condições de buscar a conformidade do anseio público²⁶³.

De outra sorte, outras duas teses se constituem em irredutível contraposição àquela primeira. Por um lado, a atividade punitiva estatal interfere diretamente em direitos fundamentais e, ademais, é perigosa e pode resultar frustrante a expectativa de uma responsabilidade social, conforme já se disse, por aqueles que compõem o parlamento em uma visão de responsabilidade pelo outro. Por tal, cumpre à jurisdição constitucional – seja pelo controle de constitucionalidade difuso, concentrado ou uma autorrestrrição do próprio legislador ordinário - o resguardo da legalidade formal e, por intermédio dessa, da legalidade material da lei ordinária e demais atos em sinonímia que

²⁶¹ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 110.

²⁶² Cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El derecho a la legalidad penal y los limites de actuación del Tribunal Constitucional *In*: MIR PUIG, Santiago; QUERALT KIMÉNEZ, Joan J. (dir.). BAUTISTA, Silvia Fernández (coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal*: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 15 et seq. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, p. 587-605.

²⁶³ Entre outros autores, imperiosa a análise da crítica de Jürgen Habermas a respeito da intervenção judicial sobre o *consenso* político: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

afetam direitos fundamentais. Por outro lado, uma vez que o Estado Social de Direito, tal qual ocorre com a Constituição de 1988, não se limitaria a condensar os limites de atuação do Estado e, em especial, da intervenção penal, com ele nasceria a figura do cidadão como titular de direitos fundamentais e a garantia de proteção desses em face de atividades do outro ou do próprio Estado mediante a vinculação normativa, em todas as searas, à carta de disposição constitucional.

A primeira tese, notadamente, é a contradita do controle de constitucionalidade formal e da proporcionalidade como método, ambos dirimidos nas duas últimas teses, as quais trazem as dimensões negativas e positivas dos direitos fundamentais e conferem, assim, ao legislador ordinário uma ampla margem deliberativa. No capítulo “1” já se discorreu que a despeito do reconhecimento da reserva legal do parlamento e, igualmente, do princípio democrático da soberania popular, os vícios de racionalidade da atividade legiferante, do poderes executivo e legislativo, demonstram a necessidade do controle da efetividade dos direitos fundamentais, também, pelo poder judiciário.

Não obstante, a assunção de uma lógica argumentativa e constitucional não implica a vinculação necessária entre direito e moral, de modo a elevar o quanto disposto pelo legislador constitucional à estatura de políticas inerentes à condição humana e sustentação de uma moral pública objetiva e contingencial em perigosa confusão entre validade jurídica e justiça ético-normativa²⁶⁴. Igualmente, não se trata de promover uma teoria da Constituição totalizante pela qual a legalidade formal se torna a única referência de legitimidade, impondo-se, assim, a transformação da política e da administração pública em reféns do poder constituinte²⁶⁵. Contudo, a renegação da

²⁶⁴ Cf. CHIASSONI, Pierluigi. Un baluarte de la modernidad: notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 101-120, 2011. p. 102.

²⁶⁵ Gilberto Bercovici, a despeito da sua notável defesa das tarefas programáticas constitucionais do Estado e da força vinculante da Constituição da República, faz importante ressalva: “The constitutional doctrine was able to create, according to Eloy García, a technical mechanism in a mainly juridical territory. Politics was reduced to the formal vision of constituent power, and that turned over to second plan. The constitutional jurisdiction was made the warrantor of normativity’s correct application, the only reference of the legitimacy of the system, sheltering itself to the doctrine of the exegesis of the constitutional court’s interpretations. The supremacy of the courts over the other powers characterizes itself by the fact that the courts intend to be the ‘summit of the supremacy’, in which they would dispose of their competence to decide in final instance, with binding character. In this manner, the constitutional court transforms itself in a substitute of the sovereign constituent power. However, with the ‘jurisprudential positivism’, the constitutionalism continues incapable of leaving the formalist ‘must be’ speech, with the constitutional jurisdiction, according to Pedro de Vega

jurisdição constitucional da voz da política e das demandas substantivas do Estado não apenas finda na crise das duas pontas extremas do debate, conforme já afirmado ao início, da legalidade e da governabilidade²⁶⁶, mas, igualmente, provoca o esvaziamento de uma carta de programação constitucional cujo propósito é que esta seja o *acoplamento estrutural* entre a sociedade e o direito ao passo que ambos devem se alimentar sem implodir e cada qual dentro de sua diferenciação funcional própria²⁶⁷.

Essa diferenciação que induz o ato comunicacional, no caso do direito, se perfaz sobre *regras* linguísticas cujo limite hermenêutico é a Constituição e cujo *sentido* é aferido pelo *uso*²⁶⁸ reiterado de tais regras. Estas, no entanto, só podem ser classificadas como regras enquanto praticadas e apreendidas por um observador como uma “ley natural que sigue el desarrollo del juego”²⁶⁹. Ademais, atuar segundo uma regra demanda, igualmente, prática. Isso por que seguir uma regra é efetivamente colocá-la em prática. Daí que a concretização de um programa constitucional não deve se dar, quer do ponto de vista do legislativo, quer a partir da interpretação e aplicação das normas, ao olvido da política e dos propósitos de governabilidade sob pena de ausência de adesão e representatividade legítima das normas constitucionais em face da sociedade²⁷⁰. Conforme

García, assuming the ambitious pretention of reducing and concentrating in it all the constitutional theory’s problematic, abandoning essential matters such as, for example, democracy or the constituent power” (nota de rodapé suprimida) (BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian’s directive Constitution debate. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014).

²⁶⁶ Cf. FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

²⁶⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução de Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017.

²⁶⁸ Sobre o conteúdo e conceito de sentido, regra e uso, Cf., capítulo “3”, tópico “3.1”.

²⁶⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*, §206 *apud* VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 153.

²⁷⁰ Para uma leitura positivista dessa ideia, por todos, HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Nesse sentido, sob o esteio de uma epistemologia teórica sistêmica-luhmaniana, compete a leitura da doutrina de Celso Campilongo: “O sistema jurídico não assegura comportamentos. Por isso se diz que a norma jurídica não gera, por si só, atuação conforme ao direito. Não é a capacidade de guiar condutas que distingue o direito da religião, das relações de vizinhança ou da moral. A especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme à norma. Isso é importante para a cidadania, para a democracia e para a política. Mas não implica confusão ou redução do direito à política. Para garantir expectativas que não se ajustam às desilusões, compete aos tribunais exercer o papel de afirmar o direito, não confirmar o poder. Para isso, devem estar protegidos contra pressões que procuram enfraquecer estruturas ou que tentam processar questões que não se amoldam à técnica jurídica. Não é atribuição dos tribunais decidir se o Brasil deve ou não permanecer no Mercosul, se o eleitor deve votar em A ou B, determinada lei deve ser reformada ou não. Isso porque sua competência é dizer se um tratado, uma eleição ou uma lei são compatíveis com o ordenamento jurídico. A função política dos tribunais, se quisermos, é a de processar essas questões em termos jurídicos. Não se trata de função política, visto que operacionalizada, nas democracias, de modo predominantemente técnico” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 93-94).

leciona Celso Campilongo, a fim de que as expectativas de condutas asseguradas pelos textos de lei não sejam frustradas, compete aos tribunais afirmar o direito e operacionalizar a política sob a estrita limitação das regras jurídicas²⁷¹.

Esse último tema diz, propriamente, com a razão prática e a confluência entre as demandas de uma sociedade complexa e o respeito às normas constitucionais e se aproxima da questão do objetivismo moral. Tais temas são a base para a refutação da crítica da tensão entre a jurisdição constitucional e a reserva legal do parlamento.

O instituto da proporcionalidade como controle formal da lei penal, bem como o conteúdo substancial dos subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto* -, pode ser teorizado de modo a não dispor da racionalidade material infralegal e não intervir na política criminal do Estado²⁷². Estas últimas são as principais preocupações das teses que Carlos Bernal Pulido chama, apropriadamente, de “estricta autorestrição”²⁷³ da jurisdição constitucional, em especial, no que toca ao controle de constitucionalidade – difuso ou concreto - sob o entendimento de que o controle de constitucionalidade deveria declinar de qualquer pretensão de fiscalizar em detalhe a conformidade de medidas adotadas pelo parlamento com os direitos fundamentais limitando-se à manifestação quando se tratar de flagrante e incontroversa negativa de vigências àqueles direitos e garantias fundamentais.

²⁷¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93-94.

²⁷²Cf. AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2001. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 23, p. 9-23, 1998. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014. URQUIZO OLAECHEA, José. Límites a la intervención penal: el principio de proporcionalidad. *In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008. p. 784-795. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Los principios de lesividad y proporcionalidad como límites al poder punitivo *In: MARIS MARTÍNEZ, Stella (comp.). Garantías constitucionales en el proceso penal*. I. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2009. p. 65-98. SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. *In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 469-481.

²⁷³ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 113.

A verificação da conduta tida como penalmente relevante e da sanção penal imposta como suficientes ou não carrega um juízo de valor cuja única manifestação legitimada para representar proveria, tão somente, de cargos eletivos designados para a tomada de tal decisão²⁷⁴. Nesse sentido, as principais reivindicações das teses da estrita autorrestrição da jurisdição constitucional dizem com a problemática da falta de certeza do processo argumento de aferição de *sentido*, a reserva legal do parlamento e sua atribuição, exclusiva, de liberdade positiva de proteção de direitos e garantias²⁷⁵. A falta de certeza é uma crítica bastante comum da doutrina juspositivista em face do neoconstitucionalismo. O formalismo interpretativo iuspositivista alerta que ao conferir aos princípios o *status* de juízos morais²⁷⁶ e, por tal, um maior espectro argumentativo, possibilita-se uma atuação criativa da jurisdição com o aumento da discricionariedade dos juízes e a redução da determinação *ex ante* do texto de lei²⁷⁷.

Todavia, há uma função diacrônica no que toca à legalidade. Por um lado, a legalidade é garantia fundamental produto da secularização do Estado que assegura a inderrogável autonomia pessoal ao conferir aos sujeitos a plena liberdade de executar ou omitir o que quiserem. Apenas leis claras, precisas e escritas conferem ao cidadão tal autonomia de autorregulação da vida em atenção aos direitos e garantias de terceiros e difusos²⁷⁸. Por outro lado, o fim perquirido pela legalidade, qual seja, de

²⁷⁴ Ibidem, p. 113

²⁷⁵ Ibidem, p. 114.

²⁷⁶ Cf. ALEXYS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁷⁷ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. p. 107. (Edição digital a partir de *Isonomia*, n. 16, p. 90-112, 2002). Nesse sentido, cf. BARBERIS, Mauro. Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale. *Ragion Pratica*, n. 14, p. 147-162, 2000. p. 150-151.

²⁷⁸ Cf. NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 531-549. MANES, Vittorio. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, n. 97, 2012. p. 11-67. BACIGALUPO, Enrique. Principios constitucionales de derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 485-494. MOCCIA, Sergio. Legalità e flessibilità dell'intervento penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 42 Esp, v. 11, p. 133-147, 2003. MORESO, Juan José. Principio de legalidad y causas de justificación: sobre el alcance de la taxatividad. *Doxa*, n. 24, p. 525-545, 2001. Disponível em: <https://upf.academia.edu/>. Acesso em: 15 ago. 2018. SÜB, Frank. El trato actual del mandato de determinación. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 223 et seq. BECHARA, Ana Elisa

determinação da lei e, assim, da segurança jurídica, não pode olvidar que a determinação conforma o seu sentido apenas na interpretação *ex post*. A busca pela certeza, então, deve ser a busca por métodos racionais de aferição do sentido do direito.

Nesse sentido, no que toca à dogmática penal, essa se debruça sobre a teoria do delito, transformando-a e aprimorando-a como método analítico da construção da figura delitiva a fim de sistematizar conceitos dotados de pretensão universal e, assim, reduzir a complexidade²⁷⁹ do direito positivo tendo esse como limite, no que toca à suas regras gerais de interpretação, para aferir a legalidade da lei penal. Confere-se, assim, ao legislador ordinário e ao intérprete e aplicador da norma um método de aferição de sentido do recorte fático de conduta humana.

Contudo, a dogmática penal, quando teorizada a partir de uma razão prática, opera para além da lógica instrumental com a inclusão de outros métodos analíticos que permitem a absorção de demandas práticas dentro do discurso jurídico. Nesse sentido, cumpre fazer relevo à anotação de Ricardo Robles Planas para quem a funcionalidade acima descrita da teoria do delito seria apenas uma das funcionalidades analíticas da dogmática jurídico-penal a qual, inclusive, se manifesta *ex post* a outra funcionalidade analítica da interpretação penal consistente na multiplicação da complexidade²⁸⁰. Daí que a dogmática penal labora a teoria do delito, *ex ante*, sobre outros axiomas, i.e., de cunho filosófico ou sociológico²⁸¹, de modo a problematizar aqueles recortes de condutas humanas e criar conceitos replicáveis²⁸², dispostos em um método analítico e elaborados em atenção ao direito posto com vistas à efetividade prática do trabalho dogmático.²⁸³

Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

²⁷⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015. p. 9.

²⁸⁰ Ibidem, p. 10.

²⁸¹ Cf., a exemplo,

²⁸² MORESO, Juan José. Principio de legalidad y causas de justificación: sobre el alcance de la taxatividad. *Doxa*, n. 24, p. 525-545, 2001. Disponível em: <https://upf.academia.edu> . Último acesso em 15 de agosto de 2018.

²⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015. p. 11. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. El conocimiento científico del derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2001. v. I. p. 665.

A dogmática penal, em especial após a significativa mudança do fundamento da pena, se distancia dos primados ontológicos do finalismo e volta-se à política-criminal assumindo, assim, uma racionalidade prática com vistas a problematizar a realidade em conceitos normativos capazes de integrar a *práxis* ao método analítico da teoria do delito. A desconstrução de barreiras, formais e materiais, de soberania dos Estados, a emergência de uma política econômica e criminal de cariz transnacional, o carácter normativo-vinculante de cortes internacionais e outros sistemas funcionais do direito e a complexidade de demandas sociais, as quais refletem a necessidade de antecipação da tutela penal de determinados bens jurídicos, tenciona a dogmática penal a conformar um novel discurso argumentativo e não limitado à busca da essência ontológica da conduta humana de relevância penal aos limites democráticos de sistemas constitucionais, igualmente, complexos.

Essa atividade dogmática, a despeito de estar sempre vinculada, em algum momento do processo de elaboração da teoria do delito, ao direito posto, para os olhos dos mais céticos e forjados em uma escola analítica, porém, de lógica instrumental e deontica das normas, isto é, juspositivista, afiançaria o receio da *falta de certeza*²⁸⁴, na medida em que a justificação da norma, seja no âmbito de criação, interpretação ou aplicação da lei, estaria relegada a cânones aferidos a partir de um processo argumentativo pautado em elementos estranhos ao direito posto e das fontes jurídicas. Instaura-se, assim, a falta de segurança jurídica, uma vez que a previsibilidade dos efeitos deonticos de determinada norma dependeria da fundamentação *ex post*, circunstância essa que olvida a possibilidade de certeza do *sentido* da norma.

Muito embora sejam pertinentes as análises críticas que questionam a completa inserção de Gustav Radbruch em um racional genérico juspositivista²⁸⁵, antes

²⁸⁴ Cf. BARBERIS, Mauro. *Giuristi e filosofi: una storia della filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2016. BARBERIS, Mauro. Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale. *Ragion Pratica*, n. 14, p. 147-162, 2000. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002). COMANDUCCI, Paolo. Il neocostituzionalismo ideológico. In: FANLO CORTÉS, I.; MARRA, R. (eds.). *Filosofia e realtà del diritto*. Studi in onore di Silvana Castignone. Torino: Giappichelli, 2008.

²⁸⁵ Cf. apontamentos bibliográficos de CÂMARA, Edna Torres Felício. *Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate*. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Paraná. 2013. p. 15. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/>. Acesso em 16 de março de 2020.

das suas modificações teóricas no segundo pós-guerra, é imperioso assinalar a relevância que o conceito de certeza jurídica ou, mais precisamente, de segurança jurídica teve em suas hipóteses teóricas, em especial antes da Segunda Guerra, uma vez que a finalidade do direito seria o de resguardar a segurança jurídica uma vez que o direito posto seria o ponto de referência do sujeito em meio à pluralidade dos sentidos do justo. O papel do direito posto na conformação da certeza jurídica não perdeu relevo no desenvolvimento das hipóteses teóricas de Gustav Radbruch no pós-segunda guerra tendo vista que, de acordo com a conhecida fórmula do teórico alemão, apenas normas extremamente injustas poderiam sobrepor a justiça ao direito posto como fonte de resolução de conflitos entre essas duas instâncias²⁸⁶.

Renato Silveira, contudo, identifica que a problemática ora em causa reside na equivocada percepção do conteúdo da segurança jurídica em matéria penal e da impossibilidade da certeza programática *ex ante* da norma penal em conceder tal segurança²⁸⁷. A formulação de conceitos normativos pela dogmática penal à luz de uma demanda político-criminal e integração daqueles na teoria do delito, a fim de identificar uma conduta delitativa, é reflexo da força vinculante das normas constitucionais e transnacionais de tutela de bens jurídicos – esse efeito vinculante interpretativo, conforme já se demonstrou, é reconhecido pelo próprio método *iuspositivista*. Essa é a premissa.

No mérito, para que o direito penal mantenha sua identidade de limite da intervenção estatal e conserve a igualdade entre os destinatários da norma penal, a segurança jurídica não pode ser estática uma vez que o recorte normativo, fechado, desenvolvido *ex ante*, por si, não é capaz de conceder resposta à constante renovação do modo como a conduta humana altera e interage com a ordem social e os bens jurídicos dela contingenciais²⁸⁸. Concretamente, i.e, a identificação de que a produção de risco não permitido é capaz de ofender direitos e garantias, individuais ou difusos, é um *fato*

²⁸⁶ O conflito “[...] entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insuportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia [...]. RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 37.

²⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 226.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 227.

institucional mundano que, todavia, não está atrelado a uma identificação ontológica do nexos causal, conforme uma interpretação finalista da causalidade demandaria, mas, sim provem de uma análise funcional-sistêmica do sistema social que concede à norma o papel de institucionalizar expectativas de condutas²⁸⁹. A negação do reconhecimento da relevância da tutela do risco pode gerar, notadamente, casos de perene desigualdade entre os destinatários da norma.

É nesse arrimo teórico que Renato Silveira afirma não se tratar de uma “dogmática claudicante”²⁹⁰, mas, sim “de uma nova ideia de Direito, fundada em síntese entre os pensamentos dedutivo (de valoração político-criminais) e indutivo (de composição de grupos de casos”²⁹¹ e, por tal, propugna pela fusão de conteúdo entre segurança jurídica e segurança de Justiça, produto daquela nova lógica constitucional, eis que a última deve fornecer o conteúdo da primeira. Nesse mesmo sentido, Ricardo Robles Planas faz importante relevo da explicação de Joachim Hruschka sobre a funcionalidade *ex ante* da dogmática penal ao passo que afirma cumprir a essa última “reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenalos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos”²⁹². Note-se que, para além da política-criminal, trata-se da necessidade da condensação de dados e premissas em *grupos de casos* a fim de permitir a aplicação analítica, isto é, indutiva e replicável do conceito normativo formulado pela dogmática.

José Juan Moreso, catedrático da Universitat Pompeu Fabra, empresta seu empenho na filosofia do direito e volta-se a primeira via da legalidade que diz com a necessidade de leis clara e precisas para asseverar que é preciso balizar a

²⁸⁹ Cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004. JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 3. ed. rev. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010. JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Polaino. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010. KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. Trad. Nuria Pastor. In: KINDHÄUSER, Urs; Mañalich, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2011. ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

²⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 255

²⁹¹ Idem.

²⁹² ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015. p. 12.

arguição da *falta de certeza* e assegurar que tudo depende do fim último dessa *certeza* para o cumprimento da legalidade, em especial, em matéria penal²⁹³. Ou seja, do quão satisfatória é essa almejada certeza para o cumprimento da autonomia pessoal dos destinatários da norma penal²⁹⁴ uma vez que, tal qual assevera Humberto Ávila, desponta como característica própria do Estado de Direito o propósito, constitucional, de assegurar ao cidadão a possibilidade do conhecimento prévio das regras e a segurança quanto aos seus efeitos eis que são esses os limiares que possibilitam ao sujeito o gozo da sua autonomia e autodeterminação na constituição dos atos da sua vida privada.²⁹⁵ Todo labor hermenêutico, em especial no âmbito da Constituição, que altera a descrição e o conteúdo do texto de lei, deflagra contra a “[...] previsibilidade, determinação e estabilidade [...]”²⁹⁶ do direito e, logo, contra a garantia fundamental à liberdade.

Àqueles três substantivos - *previsibilidade, determinação e estabilidade* -, responsáveis pela geração de expectativas de condutas visadas pelo legislador e introduzidas nos jogos linguísticos dos sujeitos das normas, caminham juntamente com a *isonomia* eis que, conforme assevera Fernando Facury Scaff, a legalidade, também, é a confiança de que o outro resta tutelado pelas mesmas regras²⁹⁷; tal

²⁹³ Nesse sentido Thomas Rotsch: “Já no tradicional direito penal nuclear o princípio da certeza da lei penal, ancorado constitucionalmente no Art. 103, alínea 2 da GG vai se degenerando em uma ‘utopia do Estado de Direito’. Para o direito penal econômico, com seus tipos penais ‘flexíveis’ e diversas leis penais em branco, isto vigora de uma forma muito particular. No entanto, se no direito penal econômico se considera a imputação puramente normativa da responsabilidade como indispensável, então é evidente que o princípio da certeza – do mesmo modo como ocorre no direito penal internacional – deve ser relativizado. Na literatura já existem diretrizes quanto a isso elas devem ser fecundas para o futuro do direito penal econômico, no entanto, também aqui se deve ter em vista as consequências: tal compreensão leva a um significado divergente do princípio constitucional da certeza em diferentes âmbitos do direito.” (ROTSCH, Thomas. Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no direito penal. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto (org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. CONGRESSO INTERNACIONAL EM DIREITO PENAL, 8. CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 78)

²⁹⁴ MORESO, Juan José. Principio de legalidad y causas de justificación: sobre el alcance de la taxatividad. *Doxa*, n. 24, p. 525-545, 2001. Disponível em: <https://upf.academia.edu>. Último acesso em 15 de agosto de 2018. p. 545.

²⁹⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 14.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 8.

²⁹⁷ Na constituição da liberdade não há como prescindir-se da isonomia: “Ocorre que não há liberdade sem isonomia. E não se há de falar de isonomia como um direito apostado ao da liberdade. Ambas são construídas pelo homem sociedade e não hauridas do céu. Trata-se de uma construção humana cujos limites são traçados em sociedade. Nem mesmo a liberdade individual é um dado natural, pois permanece sendo obra do direito, uma construção jurídica. Liberdade e igualdade devem ser compreendidas em conjunto, embora entre elas exista uma relação de tensão, pois pode ocorrer que mais isonomia restrinja as liberdades, sendo também verdadeiro o sentido inverso” (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 174).

confiança, somada à geração de *expectativas* de condutas, trilha o caminho da autodeterminação individual e, assim, da liberdade individual.

Nesse sentido, contudo, para que a autodeterminação seja efetivamente possível, na prática, é, igualmente, necessária a efetividade da norma, isto é, da certeza por essa almejada, em face da complexidade mundana que, por tal, não pode ser *a priori* prevista no corte fático da norma. O mais acima referenciado professor catalão usa como o exemplo uma característica própria do direito penal de, ordinariamente, resguardar as causas de justificação que afastam a antijuridicidade da conduta do agente e, por tal, o injusto, e as causas de exculpação, as quais afastam a culpabilidade, ambas em virtude da necessidade de resguardar a autonomia pessoal do agente.²⁹⁸ Estas regras, no entanto, em especial no que toca às regras legais de justificação, costumam ser de carácter abstrato e flexível a fim de que sejam passíveis de aplicação a todos os destinatários. Uma causa de justificação é uma retórica unilateral que deve ser colocada sobre o crivo judicial, eis que seria impossível a apreensão de todas as causas justificantes de uma conduta, *prima facie*, típica e antijurídica, que podem surtir no cotidiano complexo.

Nesse sentido, explicita Claus Roxin que as causas de justificação não estão atreladas, em nível extremado, à taxatividade eis que se esvaziaria a sua razão de ser e sua capacidade prática ao passo que outros princípios estão em jogo como, i.e, a ponderação de bens em conflitos e a autoproteção²⁹⁹. Logo, ao intérprete e aplicador da norma abre-se, invariavelmente, uma margem de justificação descolada do direito posto, ou seja, que demanda uma lógica discursiva “para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida”³⁰⁰. Essa argumentação, ainda que *moral*, deve resguardar uma lógica apreensível, ou seja,

²⁹⁸ Singular diferenciação entre causa de justificação e causa de exculpação a partir dos conceitos ofertados Kant e Gentz, Cf. HRUSCHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 57, p. 5-17, 2004.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 286 *apud* MORESO, Juan José. *Principio de legalidad y causas de justificación*: sobre el alcance de la taxatividad. *Doxa*, n. 24, p. 525-545, 2001. Disponível em: <https://upf.academia.edu>. Acesso em: 15 ago. 2018. p. 539.

³⁰⁰ MORESO, Juan José. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, n. 19, p. 267-282, oct. 2003. Disponível em: https://www.academia.edu/1579658/Comanducci_sobre_neoconstitucionalismo . p. 6. Último acesso em 12 de julho de 2018.

manifestada de forma clara ao destinatário e construída sobre um espectro analítico tal que seja replicável - note-se que, geralmente, as causas de justificação implicam conflitos de bens jurídicos em que a proporcionalidade, como controle, se apresenta como oportuna ferramenta hermenêutica. Ademais, não é por demasiado asseverar, vez mais, que aquela moral imbuída no discurso não implica uma moral *pública* oponível *erga omnes*.

Curioso é o inarredável paradoxo conclusivo: note-se, então, que a busca pelo *sentido* de um recorte fático normativizado pela letra da lei depende de um terceiro observador que, imbuído das *regras* dos jogos linguísticos em que está absorto, adjudica sentido ao seu objeto de análise a partir de regras que aquele absorve pelo uso reiterado, pela prática³⁰¹. Tal *prius* analítico é aplicado pela funcionalidade secundária da dogmática penal a qual, ao se propor a reduzir a complexidade do direito positivo, sob pena de esvaziar a vinculação e a efetividade prática das concepções normativas laboradas, deve ter como norte as regras da legislação competente. D’outra sorte, já se adiantou que essa construção pode sofrer fricção pela dificuldade na conformidade da legitimidade do direito com a governabilidade substantiva. A produção em escala de leis esparsas, alterações no Código Penal e emendas constitucionais, que são os meios encontrados pela governabilidade substantiva para dar vazão às pretensões políticas e sociais, não são medidas efetivas quando o Estado e a sociedade não institucionalizam a vontade de conferir efetividade a essas pretensões legalistas.

Eis a aporia: aquelas demandas práticas continuam, todavia, perenes de modo que cumpre ao discurso jurídico encontrar vazão a esses anseios, para além do direito posto, de uma nova resolução social de caráter difuso e transnacional. Daí se retira a importância da função ordinária da dogmática, qual seja, de *multiplicação* da complexidade para a formulação dos grupos de dados a serem utilizados como regras, cujo sentido será gerado pelo uso reiterado, isto é, pela repetição prática dos dados lá obtidos, para a ulterior concessão de *sentido* a um recorte fático mundano³⁰².

No que toca à reserva legal do parlamento e às funções que seriam de exclusividade deste, quais sejam, a atribuição positiva de liberdade ao indivíduo e a

³⁰¹ Cf. Capítulo “3”, Seção “3.2.”, primeira parte.

³⁰² ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015. p. 9.

proteção de direitos e garantias fundamentais, igualmente, uma lógica argumentativa e constitucional que se limite a aferir a jurisdição constitucional sem o arbítrio do objetivismo ético e, logo, da imposição de uma moral pública pelo poder judiciário, é capaz de dar voz à racionalidade prática e conferir ao ordenamento jurídico pátrio conformidade às demandas de uma sociedade complexa. Resguarda-se o espectro de deliberação do parlamento sobre a política-criminal estatal na medida em que, conforme já afirmado, à proporcionalidade não cumpre o papel de eleição do bem jurídico e a determinação da relevância da tutela penal sobre aquele³⁰³. Ademais, para além do limite do labor empírico da construção da conduta proibida pelo paramento, consoante já afirmado, a demasiada abstração dos bens jurídicos difusos implica em dificuldade na apreensão empírica da relevância daqueles, como fatos institucionais produtos da linguagem, como ontologia subjetiva e não objetiva, mantendo-se sempre a ressalva da possibilidade, como produto da práxis argumentativa que são, de serem opostos elementos contrafáticos a fim de rechaçar sua relevância penal³⁰⁴.

Cabe ainda breve análise, para que não se desborde dos limites deste tópico, de outra tese arguida por defensores da autorrestrrição estrita da jurisdição constitucional, qual seja, a da liberdade positiva que aduz a supremacia do parlamento e legislador ordinário em definir o limite da liberdade do indivíduo e garanti-la por intermédio dos direitos fundamentais. Essa máxima muito se aproxima da chamada *teoria das normas* na construção da teoria do delito e do sentido a ser empregado à norma penal como uma institucionalização de expectativas de condutas³⁰⁵. A esteira argumentativa dessa fundamentação paira na quebra da estabilidade do sistema quando um indivíduo

³⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 23, p. 9-23, 1998.

³⁰⁴ Sobre os fatos institucionais, Cf. SEARLE, John R. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995. Ainda, quanto à natureza abstrata dos bens jurídicos difusos, cf. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

³⁰⁵ Cf., entre outros, para uma análise criativa e proposição de uma teoria das normas que busque a conformidade da teoria do delito como teoria da infração e teoria da imputação, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. Tradução de Alamiro Velludo Salvador Netto e Renato de Mello Jorge Silveira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, v. 17, p. 134-157, 2009. Cf., para uma análise dos fundamentos da teoria das normas, RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. Ainda, para um espectro prescritivo e descritivo, cf. BACIGUALUPO ZAPATER, Enrique. *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006

representa um risco a um bem jurídico tutelado e, outrossim, na quebra do compromisso daquele indivíduo com a expectativa social de que este regule sua vida de modo a evitar a provocação de um perigo. A imputação da responsabilidade penal é atribuída ao agente pela norma sanção prevista no tipo penal como coação e imperatividade por sua conduta negativa de vigência de norma. Deste modo, a responsabilidade penal não provém de fatores cognitivos do agente que viola uma norma diretiva de conduta, mas, sim da demanda social de rechaço à frustração de expectativa de condutas e de imposição sancionatória eis que detentora do bem jurídico tutelado.³⁰⁶

O imperativismo como legitimação estatista de produção das normas tem como consequência a valoração dos direitos individuais como concessão do próprio Estado aos seus *súditos* ao passo que é aquele quem determina a proibição de lesão de bem jurídico de terceiro. Os direitos fundamentais são, em verdade, proposições objetivas, que conferem ao agente titular de um direito subjetivo o papel de titular de um direito coletivo e contingencial ao Estado³⁰⁷. No entanto, conforme magistério de Juarez Tavares, estar-se-ia diante de uma acepção contratualista de natureza civilista do ilícito penal em que se presume a “liberdade de vontade de assumir os deveres contido no texto normativo”, mas “a comunidade democrática só pode ser atendida quando a norma criminalizadora estiver vinculada a uma alteração sensível da realidade, que se dará então com a lesão ou o perigo concreto de lesão do bem jurídico”.³⁰⁸

Ainda que se sustente a lei penal como institucionalização de expectativas de condutas, trata-se de uma mudança na imputação, ou seja, na atribuição de responsabilidade penal ao destinatário da norma ao passo que a imputação se pauta não mais no resultado, mas na negativa de vigência da norma e performance da conduta típica *per se*. Abandona-se a ideia da imputabilidade do agente pela infração de um dever e geração de um dano para assunção de imputação pela violação da norma e criação de um

³⁰⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. Tradução de Alamiro Velludo Salvador Netto e Renato de Mello Jorge Silveira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, v. 17, p. 134-157, 2009.

³⁰⁷ Não é por outra razão que facilmente se identifica o conceito de bem jurídico, tal qual formado por Biding e Von Liszt, como uma prescrição oriunda do Estado, em que esse define algo a ser penalmente tutelado em nome da sociedade e não, propriamente, do indivíduo. Cf. RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

³⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 94.

risco proibido. Logo, vez mais, há um incremento de valoração normativa sob elementos constitutivos do tipo como o dolo, o nexa causal e a coautoria, produtos de uma dogmática jurídico-penal desatrelada da busca pela essência da conduta humana. Não obstante, a teoria das normas deve ser posta ao crivo constitucional, em especial à luz dos direitos fundamentais de cariz material, diante da possibilidade de vulneração do princípio da culpabilidade que uma concepção extremada de tal teoria por provocar³⁰⁹. Não há espaço, de qualquer forma, para a negativa de vigência aos limites formais e materiais, constitucionais ou legais, que continuam a permear e ser condição de legalidade da atividade hermenêutica penal.

O controle formal da lei penal opera no marco de análise de conformidade do princípio da reserva legal e autonomia do poder legislativo com os demais princípios e regras constitucionais que podem entrar em conflito no âmbito da proporcionalidade em sentido *stricto* diante da sinuosa relação formal e material liberdade/segurança. Tal controle possibilita o resguardo tanto da reserva legal como de sua atribuição de proteção de direitos e garantias constitucionais e mesmo de eventual labor positivo do ordenamento jurídico submetendo essas máximas, exclusivamente, aos limites basilares, decorrentes de uma lógica de emancipação humana pelo Estado Democrático de Direito, da Constituição no marco legal da proteção suficiente e proporcional dos direitos e garantias fundamentais.

³⁰⁹ Cf. JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 5, n. 9A, p. 19-58, 1999.

SEGUNDA PARTE

5. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI PENAL

Trata-se do controle formal da valoração, inerente à construção e à interpretação da lei penal, por aquele que exerce o controle de constitucionalidade por intermédio da análise do compromisso e da valoração pela lei penal das estruturas que constituem um conceito material de delito, para além do conceito analítico de crime como uma ação jurídica culpável,³¹⁰ projetadas ao instituto da proporcionalidade, diante da tomada de posição quanto à força normativa dos direitos e garantias constitucionais e da dogmática jurídica. A dogmática penal é a responsável pela construção do conceito material de delito, bem como pela fundamentação e valoração das suas estruturas constitutivas.³¹¹ Contudo, as aporias internas da dogmática, em especial entre o funcionalismo de cariz *luhmanniano* e propostas sistêmicas *hegelianas* e entre estes e teorias ontológicas do delito, não são óbices teóricos que necessitem, neste momento, ser enfrentados, uma vez que versam sobre a fundamentação e valoração das estruturas do

³¹⁰ Nesse sentido, conforme leciona Juarez Tavares: “Em face das características da ação, Beling enunciou, em 1906, a definição do delito como uma ação típica, antijurídica e culpável. Essa definição perdura até hoje, mesmo para o finalismo. Porém, como se poderá notar das observações precedentes, em torno da análise em etapas dos elementos do delito, essa definição vem sofrendo uma relevante alteração. Como não se deve mais trabalhar, de modo estanque com a tipicidade ou a antijuridicidade, como se fossem entidades autônomas e separadas, a definição de delito requer outro enunciado que corresponda a essa característica da relação entre normas proibitivas ou mandamentais e normas permissivas. O delito estaria, assim, estruturado sobre dois fundamentos: o injusto e a culpabilidade. Tendo em conta, porém, a necessidade de melhor expressar a definição de delito segundo uma perspectiva da realidade empírica e normativa, pode-se compreendê-lo como uma ação injusta e culpável. Parece óbvio, mas convém ressaltar que a expressão ‘injusto’ não tem aqui qualquer vinculação com a ideia de justiça ou injustiça; constitui apenas uma qualidade da conduta criminosa de ser típica e antijurídica” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 104-105).

³¹¹ Cf., por todos, SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 297. Disponível em: http://www.buscaintegrada.usp.br/primo_library/. Último acesso em 18 de março de 2020. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*. Mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015; SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-86.

conceito material de delito. A despeito da importância desse empenho laboral pela dogmática penal³¹², não é esse o escopo deste trabalho, o qual reside no controle de constitucionalidade formal da lei penal.

Aqui se alvitrou uma subdivisão do controle de constitucionalidade entre controle de constitucionalidade formal e material da lei penal, consoante trilhado por Carlos Bernal Pulido³¹³, cuja hipótese teórica foi singularmente introduzida na doutrina penal brasileira por Flavio Antônio da Cruz³¹⁴. Ao se limitar àquela primeira forma de controle, propõe-se limites cognitivos formais à construção e interpretação do direito penal, vez que, diferentemente do que ocorre com o controle de constitucionalidade material, no controle formal não se adentra na deliberação político-criminal eleita pelo parlamento.³¹⁵ Trata-se da criação de um patamar mínimo cognitivo³¹⁶ a ser atendido pelo legislador e pelo intérprete da lei penal por intermédio da conformidade entre as normas constitucionais e as estruturas de um conceito material de delito. Estas últimas operam como o meio de integração da práxis penal na compreensão dos direitos fundamentais quando a política criminal é a fonte de valoração da dogmática penal³¹⁷.

Tal não quer dizer, contudo, que há deslegitimidade no controle de constitucionalidade material, isto é, que não haveria força normativa às fundamentações e valorações da dogmática penal que adentram a fundamentação e valoração das estruturas que constituem o conceito material de delito. A essa hipótese, a proposição ora defendida é

³¹²

³¹³ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 110.

³¹⁴ CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro*: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 272.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ GRECO, Luis. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Coordenação e tradução Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 23-30. SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 65-86.

³¹⁷ Cf, por todos, GRECO, Luis. Dogmática e ciência do direito penal: a Bernd Schünemann, por ocasião de seus 70 anos em 1º de novembro de 2014. In: GRECO, Luis. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Coordenação e tradução Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 e ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

decididamente diversa. A Constituição cria³¹⁸ e a razão prática possibilita³¹⁹, diante da tomada de posicionamento epistemológico aqui assumido no que toca à ciência do direito³²⁰, em especial quanto à necessária neutralidade moral do direito, a valoração da política criminal eleita pelo legislador pela dogmática penal – quando esta for formulada sob o espeque de uma racionalidade válida para fins do quanto preconizado pelo giro linguístico, isto é, sob o arrimo do princípio da não contradição³²¹ – em razão do compromisso com a *práxis*, ou seja, com as valorações de hipóteses criminológicas e político-criminais demandadas pela realidade. Faça-se nota que, contudo, a eleição quanto ao método de aferição de uma realidade mundana dependerá da eleição do método racional pela dogmática penal.

A hipótese teórica central aqui assumida, qual seja, a jurisdição constitucional concretizada pelo controle de constitucionalidade formal, partiu da análise crítica, sem rechaçar-se, contudo, o controle de constitucionalidade da lei penal por intermédio do instituto da proporcionalidade. A ideia de proporção dos atos estatais já encontra respaldo na depuração de um axioma racional identificado na emergência do moderno Estado de Direito, qual seja, a conformação dos atos estatais com os direitos fundamentais individuais.³²² Não obstante, aloca-se a origem histórica da proporcionalidade como conceito normativo no “direito administrativo de polícia”³²³ alemão quando o rei da Prússia, Friedrich Wilhelm, em 1791, afirmou que os atos estatais apenas poderiam intervir na liberdade do indivíduo quando necessário para a manutenção

³¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2012; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

³¹⁹ PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2019. p. 69.

³²⁰ Cf. Capítulo “3”, Seção “3.2.”, primeira parte.

³²¹ Bernd Schünemann acrescenta o princípio da pretensão de correção como condição mínima de racionalidade analítica. No entanto, a pretensão de correção provém da eleição por uma racionalidade argumentativa, tal qual a racionalidade proposta por Jürgen Habermas, razão pela qual tal princípio não se amoldaria a uma concepção genérica de método, ou razão, analítica. SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 66.

³²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 255.

³²³ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 13.

da liberdade e segurança de todos.³²⁴ Contudo, em paralelo ao sensível aprofundamento teórico pela doutrina alemã, a proporcionalidade ganha seu status de método de controle de constitucionalidade na Alemanha Ocidental, no segundo pós-guerra, com a conformação de precedentes do Tribunal Constitucional.³²⁵ Entretanto, é a partir das hipóteses teóricas de Robert Alexy que a proporcionalidade se consolida como método e como princípio.³²⁶

Robert Alexy aprofundou a diferenciação entre regras e princípios, prefaciada por Ronald Dworkin, e fez dessa cisão o ponto nodal de justificação e identificação da sua proposição de teoria geral do direito desenvolvida em sua obra *Theorie der Grundrechte (Teoria dos Direitos Fundamentais)*³²⁷. Nesse arrimo teórico, regras são normas aplicáveis por subsunção, isto é, dedutivamente a partir da análise dos dados fáticos, eis que prescreveriam suas consequências jurídicas,³²⁸ e princípios são normas que prescrevem um conteúdo *prima facie*, eis que suas consequências jurídicas são otimizadas a partir de circunstâncias empíricas e normativas³²⁹. Tratou-se, então, em um primeiro momento, de trabalhar os direitos fundamentais como mandados de otimização voltados a conformar o sentido de um direito fundamental a partir da análise das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas.³³⁰

Contudo, após emergências de posições teóricas que demonstraram que esse mesmo conceito de mandado de otimização se aplica também às regras, uma vez que, por exemplo, há normas com conteúdo definitivo, regras, que conferem às circunstâncias fáticas o dever de otimizar uma circunstância fática mais abstrata tutelada

³²⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 256.

³²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 260 et seq.

³²⁶ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 13.

³²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 5. reimp. São Paulo: Malheiros, 2017.

³²⁸ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca na teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64.

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed, 5. reimp. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 588 et seq.

³³⁰ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos fundamentais e democracia: O Debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 44.

pela própria regra, Robert Alexy identificou os princípios como um dever ser ideal.³³¹ Princípios não são “[...] mandados para otimizar [...]”³³², mas sim “[...] mandados para serem otimizados e que são objetos da ponderação”³³³; os primeiros constituem-se em regras que determinam a otimização de um mandado que pode ser uma regra ou um princípio. Estes últimos diferenciam-se, agora, entre um dever-ser real e um dever-ser ideal, respectivamente³³⁴. Assim, uma regra prescreve abstrações fáticas concretas, ao passo que um princípio prescreve um juízo de valor diante da pretensão de correção do direito ou, mais precisamente, como prefere Robert Alexy, uma pretensão de correção moral do direito³³⁵. Um princípio ou, mais precisamente ao que aqui importa, um direito fundamental, como dever-ser-ideal, deve ser otimizado para alcançar a estrutura de um dever-ser real para, seguidamente, ser otimizado a partir das possibilidades fáticas e jurídicas. Essa otimização dá-se a partir de um catálogo de valores morais, dotados de objetividade, que deverão, segundo Robert Alexy, construir o sentido do direito fundamental³³⁶.

A presente pesquisa, contudo, aferiu que a proporcionalidade, tal qual formulada por Robert Alexy³³⁷, encontra óbices em algumas proposições teóricas que, quando menos, carecem de esclarecimentos. Dentre tais óbices, os principais a ser considerados pela jurisdição constitucional são o tratamento dos direitos fundamentais como um “dever ser ideal”³³⁸ e toda a implicação do objetivismo ético já percorrida na primeira parte deste trabalho; e, ao que importa a esta segunda parte, o método de aferição do sentido do direito, isto é, de construção e justificação do direito penal. Esse método é

³³¹ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 310.

³³² POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca na teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

³³³ Ibidem, p. 71.

³³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. p. 310.

³³⁵ Ibidem, p. 302.

³³⁶ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos fundamentais e democracia: O Debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 73.

³³⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 5. reimp. São Paulo: Malheiros, 2017.

³³⁸ POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca na teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71.

estruturado pelo trinômio idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*, e o sentido de cada um desses critérios pela ponderação. A valoração da idoneidade e da necessidade dá-se pela ponderação de possibilidades ou variantes fáticas, ou seja, demanda revolvimento empírico, ao passo que a proporcionalidade em sentido *stricto* diz com o grau de afetação dos direitos constitucionais aferido a partir da ponderação entre possibilidades jurídicas³³⁹. A atividade de revolvimento probatório não pode ser exercida no âmbito do controle de constitucionalidade, diante da limitação da atividade judiciária.³⁴⁰ No âmbito do parlamento, contudo, conforme já se disse, o óbice se mantém: no cotejo político, tal hipótese de labor empírico reside em espectro utópico diante do malbaratamento da produção da legislação penal e da recorrente devolução do trabalho valorativo do poder legislativo ao poder executivo³⁴¹; na esfera filosófica, há que se considerar a questão dos limites do empirismo e do ato comunicacional como referencial de apreensão do mundo dos fatos.

Sustenta-se, entretanto, a hipótese teórica da possibilidade de aplicação do instituto da proporcionalidade no controle formal da atividade legiferante ou da interpretação da lei penal, nos termos propostos por Carlos Bernal Pulido, por intermédio da análise da existência e valoração, pela lei penal, do trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*. De acordo com o referido autor, o instituto da proporcionalidade fornece critérios cognitivos formais à estrutura argumentativa da fundamentação da lei, ao passo que a fundamentação material provém de escolhas políticas do legislador e do intérprete da lei, e, ainda que se queira confinar essas escolhas em subestruturas formais laboradas pelas chamadas “[...] teorias materiais dos direitos fundamentais – a liberal, a democrática e a do Estado Social [...]”³⁴², a eleição de

³³⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 122.

³⁴⁰ FISCHER-LESCANO, Andreas. Crítica da concordância prática. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46-48.

³⁴¹ LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 137.

³⁴² PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 139 apud CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese (Doutorado

uma determinada teoria carece de justificação em face da Constituição. É nesse sentido que Flavio Antônio da Cruz assevera que o grande logro do instituto da proporcionalidade jaz, essencialmente, quando este opera como um método de estruturação formal da argumentação.³⁴³

Contudo, sob o enfoque penal, a limitação da fundamentação dos critérios formais idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto* ao revolvimento empírico e, no que toca ao último critério, à ponderação subjetiva entre possibilidades jurídicas promove óbices à inserção da dogmática penal na construção cognitiva do controle formal de constitucionalidade, uma vez que limita a construção e a interpretação da lei penal à aplicação estrita das disposições constitucionais.³⁴⁴ Essa limitação, abraçada pela linha teórica que visa a constitucionalização do direito penal³⁴⁵ ou, em outros termos, a limitação do direito penal pelo direito constitucional, anula a força normativa da dogmática penal a qual, consoante já afirmado, empenha-se em construir um conceito material de delito que, por sua vez, interpreta, sob a ótica da *práxis*, as normas constitucionais.

Não há que se falar que haveria confusão, na última assertiva, entre os controles de constitucionalidade formal e material da lei penal. Notadamente, ainda que se trate da valoração formal da atividade legiferante e interpretativa pelo conceito material de delito e o instituto da proporcionalidade, não se trata de adentrar a valoração da política criminal eleita pelo legislador, mas da análise do texto de lei quanto ao atendimento deste aos critérios formais do instituto da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal

em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 271. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/36962>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁴³ CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 277. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/36962>. Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 120.

³⁴⁵ Cf, em defesa da vinculação ao Direito Constitucional e supranacional, VOGEL, Joachim. Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. (Tirant criminología y educación social. Serie mayor). p. 253-272.

ou, mais precisamente, das estruturas formais do conceito material de delito³⁴⁶. Ademais, os direitos fundamentais necessitam de abertura à evolução teórica e prática de modo que não se sobreponha o direito constitucional ao direito penal e, logo, promova-se o engessamento da política criminal, quer no cotejo formal ou material da construção e interpretação do direito. Como já se disse, são variados os questionamentos de uma Constituição que prescreve, de forma exaustiva, sob o entendimento exclusivo dos seus legisladores constituintes e uma leitura iluminista do Estado Democrático de Direito, a política criminal estatal.

Trata-se, assim, de um controle de constitucionalidade formal de dois critérios. O primeiro demanda o estrito cumprimento do princípio da legalidade, pelo legislador, a fim de permitir ao intérprete da lei penal a identificação integral da criação de risco não permitido, isto é, da conduta proibida, e do bem jurídico-penal. Verifica-se, aqui, um paralelo nas proposições teóricas de Juarez Tavares sobre a construção da norma criminalizante. De acordo com o aludido teórico do direito penal, a norma penal, como enunciando que é, deve se comprometer com a publicidade de seu discurso, a fim de possibilitar o debate público sobre a validade do discurso. Como premissas racionais para a possibilidade da discussão pública, Juarez Tavares promove, em um primeiro momento, a releitura das hipóteses teóricas de Klaus Günther sobre o discurso ideal.³⁴⁷ De acordo com este último, são premissas cognitivas formais mínimas de um discurso ideal: a igualdade de oportunidades entre os participantes do ato comunicativo, a ausência privilégios, a liberdade de expressão, a ausência de coação e, como produto do cumprimento dessas premissas, a procura pelo consenso argumentativo.³⁴⁸

O consenso argumentativo, consoante já adiantado, trata-se da busca pelo melhor argumento como definidor do sentido do discurso prático. De acordo com Jürgen Habermas, deve-se diferenciar entre o discurso teórico e o discurso prático: o primeiro trata do enunciado normativo em si; o segundo, da relação argumentativa que

³⁴⁶ GRECO, Luis. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Coordenação e tradução Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 26-27.

³⁴⁷ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 32. A teorização do discurso ideal e um amplo debate com proposições que importam a este trabalho, como as de Richard Hare, Robert Alexy e Jürgen Habermas, encontram-se em GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

³⁴⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 32.

busca na práxis elementos de correção ou veracidade do discurso. Assim, primeiramente, a procura pelo consenso argumentativo não deve compor as bases do discurso teórico o qual deve manter o foco nos demais critérios de validade acima discorridos. Mas, na busca pela legitimidade da norma penal, no que toca à análise do melhor argumento, este, igualmente, deve ser compreendido como uma estrutura que refina argumentos, e, por tal, há que se levar em consideração o quanto já enunciado na primeira parte deste trabalho que diz com o dissenso que é inerente à racionalidade argumentativa, em especial a do parlamento, tendo em vista que grupos minoritários têm parca ou nula representação argumentativa. Em termos abstratos, como bem assinala Juarez Tavares, o melhor argumento não quer dizer, necessariamente, que houve consenso, mas apenas que determinado discurso alcançou maior patamar de relevância em face da desistência do interlocutor ou das condições pessoais, culturais ou de classe deste que criam óbices ao relevo do seu agir comunicativo.

Não obstante, tais circunstâncias, *per se*, não desautorizam a teoria do consenso vez que o dissenso não é olvidado ou excluído. A racionalidade argumentativa tem seus méritos no direito penal bem sintetizados por Chaves Camargo, para quem tanto o conhecimento lato como o conhecimento jurídico devem “levar em conta a pessoa como reflexo de seu mundo vivido, o que determina a existência de uma ética plural, a ser reconhecida no momento da concretização dos direitos humanos e, num consenso racional, possibilitar a legitimação de normas”³⁴⁹. Todo discurso jurídico que se pretenda formador de *consenso* deve estar aberto não apenas à impugnação contrafática, consoante singular

³⁴⁹ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001. p. 76. Ainda, sobre a lógica argumentativa na dogmática jurídico-penal, cf. VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal.) *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, p. 249-265, 2003. SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. El conocimiento científico del derecho penal. In: NIETO MARTÍN, Adán. *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. p. 663: “La lógica jurídica se presenta como una argumentación que depende de la manera en que el intérprete concibe su tarea. Ello conduce a rechazar de plano la pretensión que pudiera tener el legislador penal, el científico o el docente de obtener verdades absolutas. Las teorías de la argumentación señalan la conveniencia de conformarse con llegar a solucionar las distintas controversias que se presentan, haciendo valer un compromiso entre valores, que pueden ser aceptados en un medio y un momento dados”. Ainda, o agir comunicativo como fundamento da teoria da ação significativa, cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008. BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

teorização na dialética negativa de Jürgen Habermas, para quem o discurso deve ter por objetivo um produto linguístico de geração de sentido – no caso, das normas penais e constitucionais – obtido a partir da análise e refutação de todos os argumentos que captem o momento discursivo³⁵⁰, mas também deve estar aberto, como assevera este último autor, à impugnação por elementos empíricos para a sucessiva renovação e aprimoramento do consenso discursivo³⁵¹.

É nesse sentido que, consoante afirma Juarez Tavares, o discurso ideal trilhado por Klaus Günther deve ser conformado com outros dois fatores: a disposição formalmente lógica do discurso e a existência de elementos empíricos que servem como referenciais ao proponente e àquele que analisa e valora o discurso.³⁵² Assim, integração entre *práxis* e argumentação, no esteio constitucional e penal, requer da norma a descrição de todos os elementos normativos, objetivos e subjetivos, em estrito cumprimento ao princípio da legalidade, a fim de possibilitar a análise da validade do discurso e, no depois, a impugnação contrafática e empírica. Superada a instância do princípio da legalidade, então, confere-se ao intérprete a possibilidade de adentrar o segundo critério: o cotejo analítico da lei com vistas a identificar o compromisso do legislador com a consideração e a valoração do instituto da proporcionalidade em sua releitura pelo enfoque crítico da dogmática penal; mais precisamente, pelo conceito material tal qual propugnado por Jesús-María Silva Sánchez³⁵³.

Trata-se, como será adiante discorrido, de aferir o conceito material de delito a partir da análise do merecimento de pena e da necessidade de intervenção

³⁵⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. São Paulo: Editora Unesp, 2014. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

³⁵¹ Nesse sentido, explica Juarez Tavares que a “[...] submissão ao melhor argumento não significa, na prática, que houve consenso, mas apenas que o antagonista não tenha querido mais discutir aquele tema, o que se pode dar por outras razões, até mesmo por motivos emocionais, como é comum entre pessoas que trabalham sob o parâmetro de uma relação humana e não simplesmente lógica ou política também, por motivos que se aprofundam nas relações classistas e culturais. Uma pessoa que não domina suficientemente o idioma pode se submeter ao argumento do outro, porque não sabe expor seus próprios argumentos e nem sabe reagir diante da superioridade cultural do adversário. Assim, a imposição ao melhor argumento não implica, de modo algum, a eliminação do dissenso, que está presente em todos os atos públicos de discussão” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 49).

³⁵² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 50.

³⁵³ Cf. Silva Sánchez, Jesús María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 40 et seq.

penal³⁵⁴. Esses dois axiomas conformam e ampliam as fundamentações da dogmática constitucional ao trinômio idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*. Assim como ocorre com o instituto da proporcionalidade teorizado a partir das hipóteses de Robert Alexy, a fundamentação daqueles dois axiomas carece de elementos materiais e, logo, está dentro da deliberação político-criminal do legislador penal, mas é estruturada a partir dos princípios formais da exclusiva proteção de bens jurídicos, da subsidiariedade do direito penal – como uma das variantes do princípio da intervenção mínima – e do princípio da ofensividade, no que toca ao merecimento de pena, e do princípio da fragmentariedade – a segunda variante do princípio da intervenção mínima –, referente à necessidade da intervenção penal. Ainda, adiante-se: a incorporação dos dados empíricos nesse método de controle de constitucionalidade formal da lei penal é operada pela dogmática penal quando esta constrói axiomas normativos, como o conceito material de delito, a partir da *práxis* penal a qual, por sua vez, é conformada por discursos sobre dados empíricos político-criminais e criminológicos.

5.1. Valor e o conceito de delito

A ideia segundo a qual o legislador, ao lavrar um texto de lei, não se limita a determinar o conteúdo da norma primária e da norma secundária, mas, igualmente, veda a ocorrência de um resultado naturalístico, assevera, contingencialmente, que não restaria ao intérprete e aplicador da norma espaço para posterior valoração, eis que o conceito de delito diz com um dado mundano objetivamente aferível.³⁵⁵ Uma análise incauta poderia imputar tal ideário, genericamente, às doutrinas de cariz finalista. Contudo, como bem pontua Tatiana Vargas Pinto, a partir da análise das propostas de Hans Welzel retira-se que o desvalor do resultado da prática de uma conduta proibida não se valora no âmbito do injusto como uma ocorrência naturalística, mas sim é abstratamente considerado para fins da tipicidade da conduta³⁵⁶.

³⁵⁴ Cf., SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. Tese (Doutorado em Direito)* – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 297. Disponível em: http://www.buscaintegrada.usp.br/primo_library/. Último acesso em 18 de março de 2020.

³⁵⁵ Cf. VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra : Thomson Aranzadi, 2007.

³⁵⁶ *Ibidem*.

Nesse esteio, competiria maior atenção da crítica às propostas do positivismo jurídico que sustentam a neutralidade interpretativa do texto de lei, especificamente, às teorias do delito fundamentadas pelo positivismo de cariz empirista/determinista, isto é, as teorias que já em momento anterior à produção do texto de lei sustentam a capacidade descritiva do mundo dos fatos e, posteriormente, prescritiva de um comportamento humano pelo sistema jurídico com base na crença da apreensão ontológica da conduta humana a partir de estudos, em especial, criminológicos³⁵⁷. A ciência positivista assumiu a responsabilidade primordial de desqualificar o método dedutivo, abstrato e racional reinante no pensamento dos clássicos, o qual foi considerado pelos positivistas uma ingenuidade ineficaz de combate à criminalidade, porque visualizava o delito como uma opção em face do livre-arbítrio, este cogente à natureza humana. Em contrapartida, com o positivismo, deu-se lugar ao determinismo indutivo e experimental, que considera o delito um “ente natural” de tradição biológica, pelo qual, quando impossível a cura, faz-se necessária a exclusão dos delinquentes do meio social³⁵⁸.

Dentre as correntes do positivismo jurídico que desenvolveram propostas de teorias do delito, o *Programa de Marburgo – A ideia do fim do Direito Penal*, desenvolvido por Franz Von Liszt, encontra singular posição histórica ao buscar alimentar a construção do direito penal com os estudos políticos criminais e criminológicos,³⁵⁹ ao passo que conferiu ao primeiro, o direito penal, uma racionalidade abstrata analítica de

³⁵⁷ O positivismo científico alinhado à escola positivista pode ser compreendido como uma metodologia de conhecimento que reuniu linhas científicas, algumas radicais, outras não, no entanto, uníssonas no objeto: o estudo do criminoso. Surgido no século XIX, com o aparecimento do Estado imperialista e o desgaste da Escola Clássica, assumiu o método etiológico-clínico (experimental-indutivo) como forma de justificação do aparecimento desenfreado de classes sociais extremamente pobres por toda a Europa. Todavia, principalmente na Itália, donde são originários seus precursores da unificação metodológica: Enrico Ferri, Cesare Lombroso e Rafael Garofalo. Assevera-se que o aporte científico dessas personalidades citadas encontrava-se no evolucionismo de Charles Darwin e Herbert Spencer, no naturalismo de Jakob Moleschott, Ludwig Buncher, Ernst Hackel, entre outros, e na teoria sociológica positivista de Auguste Comte. Cf. PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y Método*. Barcelona: BOSCH, 1976. p. 179.

³⁵⁸ Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: Em busca da segurança jurídica prometida*. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. OLMO, Rosa del. *A América Latina e a sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

³⁵⁹ Consoante doutrina de Santiago Mir Puig, trata-se da proposta de integração social entre dogmática penal e política criminal que “no sea mera suma cuantitativa de distintas disciplinas faltas de verdaderas unidad metódica sino que suponga una coincidencia cualitativa que permita el diálogo y la deseada comunicación entre el conocimiento normativo y el conocimiento empírico, como formas de conocimiento social” (PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y Método*. Barcelona: BOSCH, 1976. p. 331).

sistematização de elementos teóricos aferidos pela política criminal e pela criminologia, cujas disciplinas, segundo Franz Von Liszt, teriam como pauta epistemológica a lógica determinista de apreensão experimental do mundo dos fatos³⁶⁰.

O neokantismo deu parcial sequência aos postulados da concepção diacrônica do positivismo jurídico de Franz von Liszt ao manter a hipótese teórica segundo a qual seria possível a apreensão ontológica do Ser a partir da apreensão empírica do mundo dos fatos. Contudo, a Escola de Marburgo e a escola subocidental alemã, as quais prefaciaram a formulação de teoria do delito a partir do neokantismo, em superação ao positivismo jurídico, afirmaram que as ciências jurídicas seriam apreendidas por um método diverso, prescritivo do mundo dos fatos, a partir de premissas valorativas intrínsecas ao conhecimento humano. Trata-se da divisão entre o Dever-Ser e o Ser, singularmente laborada no âmbito da teoria do direito pela Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, e que conferiu à teoria do delito a incorporação da valoração na prescrição das categorias que constituem a teoria do delito.³⁶¹ Trata-se, entretanto, da valoração do injusto por intermédio da antijuridicidade³⁶² e não, necessariamente, ligada à política criminal, isto é, às demandas práticas³⁶³.

Contudo, a impugnação, em especial, em face da neutralidade da lei penal volta-se à imputação criminal abstratamente considerada³⁶⁴, seja sob o enfoque do

³⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral. v. 1. p. 107. De acordo com Jesús-María Silva Sánchez “[...] la teoría del delito se ha desarrollado en el marco de una permanente tensión entre el pensamiento sintético (el ejemplo paradigmático es el de los penalistas hegelianos) y el pensamiento analítico-taxonómico (inherente al modelo de von Liszt, que continúa estando en la base de la doctrina dominante y de buena parte de las alternativas)” (SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4811705>. Acesso em: 3 jan. 2020).

³⁶¹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral. v. 1. e TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁶² Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015. p. 166.

³⁶³ Nesse sentido, leciona Santiago Mir Puig que “[...] la gran mayoría de conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, i si ello se oculta se hace inaccesible su sentido. El neokantismo advirtió la dimensión valorativa de las categorías de la teoría del delito, pero no su significado político. Desde los años 70 se reconoce que la construcción teórica del delito debe partir e la función político-criminal del Derecho Penal (funcionalismo). Pero la Política criminal depende de cada modelo de Estado. Importa, pues, desvelar claramente la vinculación axiológica de la teoría del delito y sus conceptos a una determinada Concepción filosófico-política del Derecho penal como cometido del Estado” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015. p. 147).

³⁶⁴ Conforme afirma Juarez Tavares, diante das “[...] contradições antagônicas que se manifestam nas relações de produção, a norma incriminadora está dirigida no sentido de sedimentar aquelas relações, até

desvalor da ação ou do resultado, diante da insubsistente legitimidade da norma penal com esteio nas teses ontológicas do direito penal e no empenho empírico do legislador e a suposta desnecessidade de qualquer movimento valorativo por parte do intérprete e aplicador da lei penal uma vez que essa, no espectro da sua determinação, demandaria, tão somente, um labor hermenêutico descritivo. Tal ocorre eis que mesmo quando o *dever-ser* é auferido a partir de sério labor empírico, este último faz um corte na realidade fática, volta o seu cotejo analítico aos dados inseridos naquele *episódio* e olvida a incorporação em tal propósito analítico das condicionantes históricas que formataram o objeto da análise. Como pontua Alysson Leandro Mascaro, o juspositivismo, ao restringir o seu objeto de análise a dados quantitativos e métodos próprios das ciências biológicas, não alcança o conhecimento estrutural necessário para a compreensão contemporânea de uma circunstância fática, cuja constituição não se erige de *sponte propria* no presente, mas é a consequência de sucessivas correlações de causas passadas.³⁶⁵

A questão quanto à certeza buscada pelo positivismo empírico e determinista, contudo, não diz apenas com a necessidade de depuração de todos os dados históricos que constituem o dado presente objeto de análise, mas volta-se à difícil compreensão de como se desenvolve a compreensão humana do mundo dos fatos ou, mais precisamente, a questão de Bertrand Russell³⁶⁶ sobre como as inferências científicas são colocadas em movimento pela mente humana – qual é a premissa de seleção entre os inúmeros padrões de sistemas lógicos? Consoante assevera Noam Chomsky, a compreensão da natureza das coisas necessita de princípios prévios linguísticos que “[...] fornecem o modelo para a interpretação da experiência e a construção de formas específicas de conhecimento baseadas na experiência [...]”.³⁶⁷ Tais princípios são hoje um dos grandes dilemas metafísicos e biológicos no estudo da natureza humana diante do questionamento sobre o que permite à espécie humana compreender e apreender o

mesmo com o sacrifício de seus sujeitos. (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 56)

³⁶⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 10.

³⁶⁶ Cf. RUSSELL, Bertrand. *Bertrand Russell's Dictionary of Mind, Matter and Morals*. Philosophical Library/Open Road, 2014. p. 98. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/242466047/Bertrand-Russell-s-Dictionary-of-Mind-Matter-and-Morals#>. Acesso em: 27 dez. 2019. CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

³⁶⁷ CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 21.

significado *a priori* de um dado empírico, isto é, tal qual pautou Bertand Russell, como o conhecimento humano extrai hipóteses a partir de um sistema de hipóteses.³⁶⁸

Singular representante da linha empirista, Nelson Goodman, quem se autoconferiu os adjetivos de cético, analítico e construtivista, dentre muitas perguntas sobre o conhecimento do mundo dos fatos, asseverou a necessidade de responder à pergunta sobre como se relaciona a construção dos mundos com o conhecimento e qual seria o papel dos símbolos na construção desses mundos. A palavra *mundo* no plural tem uma específica razão de ser, e compete breve parêntese relevante à epistemologia analítica deste trabalho: o aludido empirista se empenhou em conformar alguns de seus estudos aos estudos de Ernst Cassier sobre a pluralidade de mundos, isto é, os diferentes sistemas de fatos como a matéria, a energia, entre outros, constituem mundos próprios, uma vez que são constituídos por sistemas simbólicos próprios, tal qual a linguagem.³⁶⁹ Esses variados jogos simbólicos, como já adiantado pelas palavras de Noam Chomsky, diferenciados entre si, por exemplo, por idiosincrasias culturais e econômicas, constrangeriam o método empirista a esclarecer como se daria a seleção da mente humana por um único mundo dos fatos correto ou, mais precisamente, um único jogo simbólico como meio de apreensão do *sentido* de um fato.³⁷⁰

Aqui, poderíamos pontuar uma primeira objeção à suposta possibilidade de um ato prescritivo empírico, isto é, dotado de objetividade por parte do legislador e, igualmente, à possibilidade de um labor hermenêutico meramente descritivo por parte de intérprete do texto de lei. Nelson Goodman, contudo, assinalara que, primeiramente, não haveria a necessidade de escolher um único mundo, mas sim deveríamos tratar todos os mundos como uma rede estruturada, eis que um mundo fático atual se desenvolveu a partir de mundos fáticos anteriores, os quais foram objetos de composição, decomposição, ponderação, ordenação, superação, complementação e deformação³⁷¹; essa forma de fazer mundos pauta-se em um sistema analítico de generalização e é a demonstração da contribuição do juspositivismo à filosofia analítica. Não obstante, a problemática, em uma linha teórica empirista conservadora, encontra-se no

³⁶⁸ Ibidem, p. 23.

³⁶⁹ Nesse sentido, “[...] el mundo constituido por un sistema que entienda que los fenómenos mínimos y concretos son atómicos no puede admitir que las cualidades sean partes atómicas de esas entidades concretas” (GOODMAN, Nelson. *Maneras de hacer mundos*. Madrid: Machado Libros, 1990. p. 26).

³⁷⁰ CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 19.

³⁷¹ GOODMAN, Nelson. *Maneras de hacer mundos*. Madrid: Machado Libros, 1990. p. 36.

momento da resposta à questão quanto à condição primeira da mente humana que apreende determinado mundo ou jogo linguístico como fonte originária para a apreensão do sentido dos fatos. O “behaviorismo” acredita que não haveria uma condição intangível e inerente à natureza humana como “[...] a consciência, a intencionalidade, pensamentos ou ‘significados’ internos’[...]”³⁷² responsável pela seleção entre sistemas, mas sim uma condição certa e determinada responsável por tal seleção: a linguagem. Esta última, segundo Goodman, conferiria ao ser a compreensão dos sistemas simbólicos e, gradualmente, conferiria a ampliação do conhecimento humano, ao passo que a mente seria colocada em movimento desde o início, ao acaso.

No entanto, se assumirmos a hipótese segundo a qual a mente humana seria colocada em movimentação, desde o início, ao acaso, eis que, consoante análise crítica de Noam Chomsky,³⁷³ teríamos de aceitar que os juízos valorativos uniformes seriam meras circunstâncias fortuitas e, ademais, ainda restam em aberto as questões sobre qual é o elemento propulsor que seleciona os variados dados linguísticos ao correr do desenvolvimento humano, eis que, segundo Nelson Goodman, a objetividade buscada pelo método empirista reside na organização dos dados que nos são fornecidos pela língua ao passo que, uma vez identificada uma relação sistemática e não contraditória na disposição desses fatos para a análise de um fato, a origem propulsora desse desenvolvimento linguístico não seria, desde já, relevante para os fins perquiridos por um cientista empírico.³⁷⁴

Willard Van Orman Quine, outro notável referencial na defesa empírica da aferição ontológica dos fatos, explicita sobre sua própria ciência empírica da

³⁷² O *behaviorismo* pode ser compreendido a partir da análise crítica de John Searle às hipóteses empíricas de apreensão do sentido dos fatos pelo empírico Willard Van Orman Quine: “Segundo essa concepção, a realidade objetiva se reduz à disposição para produzir enunciações em resposta a estímulos externo. Os estímulos são definidos inteiramente em função de padrões de estimulação dos terminais nervosos, e as respostas, inteiramente em função de sons e padrões de sons que o falante está disposto a emitir. Mas não se deve pensar que entre o estímulo e a resposta verbal existam entidades mentais. Não se deve pensar que existam a consciência, a intencionalidade, pensamentos “significados” internos que associem os estímulos produtos sonoros. Existem somente o padrão de estímulo e o padrão adquirido de resposta. Existem ainda, é claro, mecanismos neurofisiológicos que fazem a mediação entre o *input* e o *output*, mas os pormenores de sua estrutura não importam para uma teoria do significado uma vez que qualquer mecanismo que associasse sistematicamente estímulo e resposta daria conta da tarefa” (SEARLE, John. *Consciência e Linguagem*. Trad. Plínio Junqueira Smith, Marcelo Brandão Cipolla e Vadim Nikitin. Revisão técnica Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010). p. 376.

³⁷³ CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 19.

³⁷⁴ Cf. GOODMAN, Nelson. *Maneras de hacer mundos*. Madrid: Machado Libros, 1990.

linguagem e como se daria essa apreensão dos dados pela língua e, por tal, a aferição do sentido dos fatos. Com efeito, essa apreensão dos fatos pela linguagem seria objetiva e não intersubjetiva; consistiria em uma correlação entre estímulos externos e resposta do sujeito. Os estímulos externos são apreendidos pelo sujeito a partir de padrões de comportamento, considerados fenômenos mentais condensados na mente humana pela observação, experiência, do comportamento de terceiro e a resposta à disposição verbal ou comportamental humana em tornar pública a reação ao estímulo, por exemplo, por sons. Logo, não haveria uma intermediação da consciência na interpretação da percepção de um comportamento de terceiro e a resposta *publicada*.

Contudo, como precisamente sintetizou John Searle, a linguagem é de fato pública,³⁷⁵ mas a existência de algo como a *disposição* defendida pelo behaviorismo nada mais é do que, efetivamente, um conteúdo humano de intencionalidade. Esta última, uma vez colocada em movimento, já não mais resguarda a objetividade do padrão de comportamento expresso pelo terceiro. Sem embargo, é necessário que se faça a seguinte ressalva: de acordo com Noam Chomsky, o behaviorismo de Willard Van Orman Quine seria uma espécie de empirismo mitigado, ao passo que conferiu um objetivo prático a tal método de investigação da realidade e apreensão do sentido do mundo dos fatos, qual seja, de que um fato é um fato quando oposto a determinada relação sistêmica lógica.³⁷⁶ Em outros termos, o empirismo empresta um método de identificação de um fato: dentro de determinado mundo e determinado jogo linguístico existem regras técnicas determinadas que permitem afirmar que um fato é fato dentro daquela relação. Nesse sentido, por exemplo, no mundo dos estudos químicos, um átomo será sempre um átomo quando seguidas as determinações lógicas da química. Essa utilidade prática do empirismo não leva, contudo, à objetividade ou verdade nas manifestações linguísticas ou simbólicas de qualquer natureza.

Em assim sendo, a apreensão da objetividade mundana pelo legislador esta à disposição de incessante questionamentos, eis que, a toque, verifica-se uma *questio* hermenêutica quanto à impossibilidade de conhecimento da linguagem

³⁷⁵ SEARLE, John. *Consciência e Linguagem*. Trad. Plínio Junqueira Smith, Marcelo Brandão Cipolla e Vadim Nikitin. Revisão técnica Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 376.

³⁷⁶ CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 18.

privada do legislador.³⁷⁷. Em esteio paralelo, a teor do quanto já discorrido na primeira parte deste trabalho, o giro hermenêutico e superação da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem sustenta a ausência de linguagem privada, isto é, a ausência de *percepção* do sentido da fala ou símbolo sem a interação entre interlocutores; dê-se um passo e uma outra *questio* hermenêutica se apresenta: a multiplicidade de sentidos como característica inegociável da linguagem.³⁷⁸

Por tal, no âmbito do direito penal há que se dar um passo além do quanto assumido pelas teorias finalistas, eis que muito embora Hans Welzel não tenha assumido a hipótese segundo a qual a regra penal traz, em si, a determinação de um resultado naturalístico possível de ser identificado para a aplicação da lei penal, aquele, contudo, limita a valoração da conduta do agente à identificação do resultado final, isto é, lesivo ao bem jurídico penalmente tutelado³⁷⁹. Contudo, é, também, sobre o desvalor da ação que a complexidade das relações sociais se manifesta como óbice à aferição ontológica da ação finalística, isto é, que se manifesta com desígnio final de violação a determinado bem jurídico.

A criação de bens jurídicos difusos é fato que provoca a antecipação da tutela penal, eis que os caracteres etéreo e abstrato que identificam o bem tutelado pela norma penal como difuso implicam na impossibilidade lógica de apuração empírica de um resultado final lesivo. Daí que se aufere a antecipação da tutela penal, eis que o objeto central da imputação penal passa a ser o desvalor da ação e seus reflexos sobre determinados institutos dotados de relevância jurídica. A tutela estatal sobre tais bens repousa nas relações sociais que os constituem, ao passo que, a despeito de algumas quebras de tais relações produzirem um resultado natural e finalístico, são os reflexos de tais quebras sobre o bem jurídico tutelado, isto é, a criação de riscos, concretos ou

³⁷⁷ Nesse sentido, ganha relevo o estudo linguístico da aplicação das regras penais de Michael Pawlik, para quem “[...] también el lenguaje, como cualquier otra forma de praxis, existe única y exclusivamente en sus realizaciones [...]”. (PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñox e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 69)

³⁷⁸ Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

abstratos, que conferem sentido e relevância jurídica a tais relações e culminam na *ofensa* ao direito fundamental difuso.

Avanço paradigmático, então, veio por intermédio de proposições dogmáticas, parcial ou integralmente, normativas de modo que o delito já não é mais constituído a partir do método determinista/causal ou ontológico finalista, mas sim funcional e teorizado, essencialmente, por racionalidades sistêmicas, de cariz funcionalista e hegeliano, e argumentativas, consoante será discorrido no tópico seguinte. Do quanto exposto até aqui retira-se a ideia de que a aferição do delito pelo método positivista jurídico olvida a necessária valoração da práxis cuja mutalidade, por um lado, não pode ser constrangida dentro do limite formal do tipo penal tal qual disposto no texto de lei e, por outro lado, não pode ser aferida como dado objetivo ao passo que se manifesta como prática social produto da interação humana. Daí que se revela não apenas a necessidade de valoração do texto de lei e, assim, constituição da norma, mas, igualmente, a criação de um conceito material de delito com vistas à limitação da intervenção penal.

5.2. Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos: a Constituição como um dos limites cognitivos do controle de constitucionalidade formal da lei penal e a problemática limitação do direito penal pelo direito constitucional

O instituto da proporcionalidade sob o enfoque penal ou constitucional tem por objeto a compreensão³⁸⁰ dos direitos fundamentais a partir de um

³⁸⁰ Sobre a diferença essencial entre compreensão e interpretação, em especial sob o enfoque do giro linguístico, é precisa a observação de José Reinaldo Lima Lopes: “[...] Compreender exige o saber fazer, o dominar uma técnica. Ele [Ludwig Wittgenstein] dirá que quando compreendemos é como se apreendêssemos ‘de golpe’ [...] Em cada campo, prática, atividade, jogo de linguagem ou forma de vida existem os conceitos iniciais, esses princípios. Sem apreendê-los, ou colocando-os em dúvida, por ignorância ou de propósito, não avançamos em nada naquele campo. Compreender, portanto, não pode ser o mesmo que traduzir ou explicar o que se compreendeu. A hermenêutica jurídica consiste, pois, no agir, no dominar a técnica ou *jogo* para realizar naquele momento preciso a *jogada* ideal. A ação singular entra numa prática que a antecede logicamente e que a abrange em termos de significado. A ação singular insere-se no universal da prática. [...] Quando falamos que toda lei carece de interpretação, assumimos um ponto de vista que hoje conta mais de duzentos anos. Eu diria que é essa concepção do Direito que hoje se encontra em xeque. Não para abandonar a legalidade ou a positividade do Direito, mas para deixar de lado certa ideia do ‘saber’ ou da ‘ciência do Direito’. Significa o surgimento de nova aproximação da filosofia e da teoria do Direito com a filosofia prática, a filosofia da ação, ou razão prática. A mudança consiste em abandonar a pretensão de objetividade e de certeza do conhecimento sobre o Direito com forma de ciência natural” (LOPES, José

racional prático. Parte-se das normas constitucionais como o limite cognitivo do direito, e as razões para tanto se dão pela conformação do quanto já exposto até aqui e do quanto será aprofundado neste tópico. A ideia do direito penal como meio de tutela de bens jurídicos é a base epistêmica do instituto da proporcionalidade sob o enfoque penal, e diz-se epistêmica eis que se trata da aferição cognitiva de um dado do mundo dos fatos e eleição deste à condição normativa. Uma vez que a proporcionalidade opera como um racional de aferição do sentido do direito, ou, como bem cunhou Pablo Sánchez-Ostiz, de uma metarregra³⁸¹, a hipótese teórica é de superação do método empírico de aferição do direito e, mais precisamente, dos bens tutelados pelo direito penal. Não é por outra razão que a identificação do princípio da idoneidade da norma penal no âmbito da teoria do delito dá-se nas propostas teóricas neokantianas que se desenvolveram, em especial, a partir do final do século XIX com Franz Von Liszt. No entanto, neste momento, compete um breve parêntese que atende a um necessário esclarecimento histórico. A ideia de bem jurídico como limite à atuação da intervenção penal do Estado é formalizada com o artigo de Giessen Johann Michael Birnbaum, que promoveu uma releitura crítica das propostas teóricas de Anselm von Feuerbach³⁸².

Este último, notório filósofo alemão – razão pela qual o referido autor é conhecido pelas suas propostas teóricas de ciência do direito penal alemão³⁸³ –, asseverou que o delito constitui a ofensa a um direito, isto é, uma conduta contrariaria ao direito e sancionada com pena³⁸⁴ e, por tal, conferiu ao direito penal uma função preventiva. A amplitude de tal conceito de delito diante, ademais, da ausência de determinação de quais direitos devem ser violados para que se constitua um delito agravasse na subsunção do seu conceito genérico de delito a todas as condutas lesivas a um direito,

Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016. p. 216-219).

³⁸¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 514.

³⁸² PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 2, 2016. p. 2. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁸³ Ibidem, p. 2.

³⁸⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Tradução José Luiz Gusmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de f, 2012. p. 40.

inclusive as reputadas imorais³⁸⁵. Tal proposta teórica, notadamente, visou a abertura do direito penal à criminalização de juízos morais de modo que não se identifica, aqui, algum critério seguro de limitação ao direito penal. Giessen Johann Michael Birnbaum, então, assimilou a mesma hipótese de Anselm von Feuerbach do delito como uma conduta que existe *ex ante* à prolação da lei penal,³⁸⁶ eis que seria a violação ao direito do outro que conforma o conceito de delito, mas avançou ao indicar a necessidade de determinação de quais direitos devem ser violados para o prefácio do conceito de crime a partir da identificação de bens que são reclamados por todos os sujeitos, ou seja, por toda a comunidade³⁸⁷.

Nota-se, contudo, que a determinação buscada pelo referido autor não foi encontrada, eis que não se retira das propostas teóricas a identificação de quais seriam esses bens jurídicos coletivos, ao passo que, contudo, retiram-se do conceito de delito em causa linhas reitoras do positivismo jurídico-penal³⁸⁸ por vir diante da hipótese assumida que bem é aquele direito protegido pela norma³⁸⁹. Trata-se de um conceito formal, e tal hipótese, qual seja, do bem jurídico relevado pela norma, está na base da construção da Teoria das Normas de Karl Binding³⁹⁰. Aqui, o bem jurídico é um operador hermenêutico de valoração da gravidade da conduta lesiva cuja força normativa não se dá pelo seu caráter político-criminal, mas sim por ser um conteúdo já contido na norma e,

³⁸⁵ Cf. *Ibidem*, p. 49 e PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁸⁶ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Tradução José Luiz Gusmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de f, 2012. p. 51, e PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 3. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁸⁷ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 3. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁸⁸ Cf. *ibidem*. No mesmo sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoría da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 131.

³⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Para onde sopram atualmente os ventos do direito penal? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoría da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 11.

³⁹⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Tradução Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 30, p. 38-54, jul./set. 1980. p. 40. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 10. Ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015. p. 69 et seq. NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980. p. 47 et seq.

logo, estar no espectro deliberativo do legislador.³⁹¹ Trata-se, notadamente, de um conceito formal de bem jurídico e, por tal, incapaz de fornecer limites materiais à valoração político-criminal do Estado³⁹².

Em contradição às teses formais do conceito de bem jurídico e, igualmente, do delito, o arrimo racional *neokantiano* de Franz Vonz Liszt³⁹³, eco das propostas jusnaturalismo de cariz contratual de Paul Johann Anselm R. von Feurbach³⁹⁴, afirma que a idoneidade do direito penal estaria diretamente ligada à tutela, qualificada e capaz, de um bem jurídico. O neokantismo, como já se disse, cindiu a aferição do sentido do conhecimento humano e, logo, do direito, entre o método empírico, responsável pela identificação da conduta delitiva, e o racional kantiano. Sob a ótica deste último, a conjuntura de premissas valorativas intrínsecas ao conhecimento seria o arrimo necessário à construção do racional que eleva a compreensão do mundo dos fatos pelo legislador à condição de um dado objetivo e racional, isto é, apreensível por todos. No entanto, é essa aceção do bem jurídico como um juízo moral objetivo – e que, por tal, seria material³⁹⁵ –, ou seja, moralmente oponível a todos, que macula a higidez do bem jurídico como instituto limitativo do poder penal tendo em vista a abertura para a eleição indiscriminada de juízos morais³⁹⁶, cuja legitimidade retira-se de sua objetividade e não do produto racional de uma prática mundana; e, por tal, deve-se enfrentar todo o quanto já exposto anteriormente³⁹⁷.

Assim, a despeito de a teoria do bem jurídico de Franz von Liszt encontrar sua relevância no cenário contemporâneo diante da proposição do bem jurídico como um dado material possível de ser aferido pelo método empírico e, logo, não condicionado à lei penal e à deliberalidade do legislador, em face dos já discorridos óbices

³⁹¹ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 3. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

³⁹² BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Tradução Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 30, p. 38-54, jul./set. 1980. p. 40.

³⁹³ Cf. *Ibidem*, p. 40.

³⁹⁴ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 131.

³⁹⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Tradução Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 30, p. 38-54, jul./set. 1980. p. 39 et seq., e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 409.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 408.

³⁹⁷ Cf. Capítulo “3”, primeira parte.

na concessão de um sentido objetivo a um dado mundano e da abertura à criminalização de juízos morais, ao passo que se compreende os bens jurídicos como tais, a dogmática penal discorreu sobre a ausência de limite à atividade legiferante³⁹⁸ e laborou propostas de reformulação da teoria do bem jurídico, o que se deu, primordialmente, com o desenvolvimento da teoria da ação finalista de Hans Welzel e, seguidamente, por intermédio das chamadas teorias sociológico-funcionalistas e constitucionalistas do bem jurídico³⁹⁹.

A hipótese teórica do finalismo, elaborada no início do século XX, busca aferir o sentido da conduta humana a partir da premissa de que, para além da relação entre causa e efeito, seria imanente à condição humana agir de acordo com determinado desígnio, determinada intenção, e tal condição confere ao sujeito a possibilidade de valorar os seus atos a partir de seus resultados.⁴⁰⁰ Desse conceito afere-se a natureza ontológica de Hans Welzel, vez que se este afirma a existência de uma essência prévia ao agir que pode ser aferida pelo legislador e pelo intérprete da ação penal. Essas premissas são eleitas como premissas objetivas cujos conceitos alocados de forma analítica permitiram a criação de um conceito de delito estruturado por um racional lógico e objetivo.⁴⁰¹ Nesse esteio racional, Hans Welzel confere à dogmática penal um significativo avanço⁴⁰² no que toca, em especial, ao seu papel de conformação da lei penal com a realidade social eis que, consoante já afirmado, aqui se afirma a possibilidade de aferição de uma essência prévia à conduta humana e o bem jurídico não escapa de tal premissa. Assim, o legislador e o intérprete da lei penal estão adstritos a um dado ontológico, material, aferido do seio social, que pugna pela tutela de determinadas demandas ético-sociais⁴⁰³ as quais aferem o conceito de bem jurídico.

Outra hipótese teórica, contudo, cunhada já ao final do século XX, ao entender o direito como *função* ou como *método*, apontou os óbices ao ontologismo

³⁹⁸ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 409.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 409.

⁴⁰⁰ Cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 10. Ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015. p. 164.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 164.

⁴⁰² Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 133.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 133.

buscado por Hans Welzel e, logo, às vazões de limitação ao poder punitivo do Estado diante da multiplicidade de sentidos que podem ser aferidos a partir da noção de “[...] deveres éticos-sociais [...]”⁴⁰⁴, bem como renovou a proposta de estruturação material do bem jurídico sob a ótica normativa. Dentre as hipóteses teóricas em causa, o funcionalismo-sociológico retira o bem jurídico a partir da análise da danosidade social de determinada conduta de modo que aquele não estaria encerrado em presunções de condições intrínsecas e abstratas do conhecimento humano, tal qual propugnado por Franz von Liszt, e, igualmente, não estaria submetido à busca pela essência ontológica de um dever ético-social, mas sim estaria identificado na abertura à valoração político-criminal, uma vez que o Estado opera dentro de uma funcionalidade social.⁴⁰⁵ Não obstante, observa Jesús-María Silva Sánchez que tal conceito de bem jurídico deveria ser conformado com “[...] uma referência central ao indivíduo”⁴⁰⁶ a fim de evitar que valores morais sejam objetivados e compreendidos como parte da funcionalidade social e, logo, legitimados como fonte de aferição do bem jurídico a ser tutelado. Tal integração permitiria, também, impugnar a denúncia de conservadorismos carreados pelas propostas teóricas sociológico-funcionalistas, eis que estas convalidariam uma funcionalidade social hegemônica e, por tal, excludente.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 133.

⁴⁰⁵ Dentre os autores de tais teorias, Knut Amelug encontrou atenção crítica da doutrina penal diante da exclusão da expressão bem jurídico tendo em vista que essa iria além da dimensão fática da danosidade social. Nesse sentido, a expressão bem jurídico conferiria às normas “[...] una utilidad que vaya más alla del mantenimiento de su vigencia fáctica”. Assim, continua o referido autor, “[...] la lesividad social que no concibe el dano social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta. Si, de acuerdo con el modelo científico entendemos estas normas como elementos estructurales del sistema social configurado por la Ley Fundamental, entonces es posible emprender un análisis estructural-funcional que indague cuál es la contribución de la norma al mantenimiento de este sistema como concreta condición de la vida en comunidad. La sanción asegura esta contribución. La cuestión de si la dogmática jurídica puede implementar este modelo queda abierta” (AMELUNG, Knut. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roldand (ed.). *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 263). No entanto, conforme afirma Jesús-María Silva Sánchez, não haveria mais explicações sobre a razão pela qual o conceito de bem jurídico não seria apto a conformar a ideia de danosidade social ou, mais precisamente, de “referência social”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 410.

⁴⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 411.

⁴⁰⁷ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 175, e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 409.

Contudo, nem todas as condutas que geram dano à sociedade e à autodeterminação do sujeito são, necessariamente, passíveis de serem penalmente sancionadas, tendo em vista a gravidade imanente da imposição da pena sob os direitos fundamentais dos destinatários da norma.⁴⁰⁸ Assim, novas hipóteses teóricas foram desenvolvidas a fim de criar mais precisos e seguros limites à intervenção penal do Estado sob a ótica do bem jurídico. Algumas propostas pugnam pela criação de critérios normativos, talhados a partir da valoração político-criminal, complementares às ideias de danosidade social e referibilidade ao indivíduo, e pela necessária vinculação de tais critérios aos direitos positivados ou decorrentes da Constituição, tal qual propugnado por Jesús-María Silva Sánchez na releitura da proporcionalidade como estrutura do conceito material de delito⁴⁰⁹.

Outras propostas, também normativas, sustentam a Constituição como fonte única do bem a ser tutelado e, logo, como limite do direito penal – a teor das hipóteses de Joachim Vogel, na Alemanha, Massimo Donini e Sergio Moccia, na Itália –, ou como estrutura referencial da valoração da política criminal, com especial referência a Claus Roxin. Nesse sentido, mas afastando-se da essencialidade normativa, Winfried Hassemer igualmente propôs a identificação dos bens jurídicos a partir dos direitos fundamentais contidos na Constituição mediante a valoração da “danosidade social”⁴¹⁰ daqueles. Nesse sentido, há, ainda, propostas teóricas que se voltam à criação de critérios – mas não normativos e sim essencialmente racionais – para o aprimoramento do agir discursivo e do empenho empírico do legislador penal, dentre as quais encontram especial relevo as proposições de Juarez Estevam Xavier Tavares.

O mesmo paradigma teórico que provocou a emergência de teorias do direito voltadas à construção do conceito de direito a partir da Constituição, o segundo pós-guerra, é identificado na teoria do delito e, precisamente, nas teorias dos bens jurídicos voltadas à Constituição, como propulsor do questionamento não apenas dos métodos

⁴⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 415.

⁴⁰⁹ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 415; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 32.

⁴¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 135.

empíricos e ontológicos de aferição do conceito de bem jurídico, mas também do método racional de identificações dos bens jurídicos com juízos morais erigidos a partir do racionalismo universal kantiano.⁴¹¹

Primordialmente, com vistas à teorização do bem jurídico como um conceito material de delito emerso da política criminal e limitado pela Constituição, Claus Roxin teorizou uma dogmática penal funcionalista que encontrou arrimo na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e conceituou o delito, formal e materialmente, como a positivação de expectativas de condutas. Expectativas cognitivas de condutas são aferidas a partir de um terceiro observador que recebe, também, o sentido de um do ato comunicacional entre agentes, e a frustração de tal expectativa passa a ter um efeito direito cognitivo no agente observador. Por outro lado, expectativas normativas de conduta dizem com a positivação de expectativas cognitivas; o sistema já manifestou, pelo ato comunicacional, quais condutas são esperadas e, a fim de evitar a frustração, tais condutas são transformadas em expectativas normativas⁴¹². A esteira argumentativa dessa fundamentação paira na quebra da estabilidade do sistema quando um indivíduo representa um risco a um bem jurídico tutelado e, outrossim, na quebra do compromisso daquele indivíduo com a expectativa social de que este regule sua vida de modo a evitar a provocação de um perigo.

Em preliminar síntese, cumpriria ao direito, dentro de seu sistema próprio, a estabilização de expectativas de conduta mediante a normatização destas a fim de evitar as suas problematizações e frustrações. A expectativa é a base de um sistema que se estrutura mediante um processo de dupla seletividade orientada na seleção de uma escolha e a contingência de possibilidades de escolhas indeterminadas, mas limitadas por aquela primeira. A estrutura conduz as condutas humanas que se regem sob um ambiente já dotado de pré-escolhas de modo que, propriamente, o sistema opera na expectativa de que sua estrutura seja suficientemente estável a fim de reagir – absorver – ou resistir às frustrações que seriam criadas pelo sistema cognitivo que está no entorno do sistema

⁴¹¹ Conforme assevera Jesús-María Silva Sánchez, “ [a] ineficácia garantista da concepção espiritualista do bem jurídico, como materialização de um valor, se revela logo que se recorda que o Direito Penal nacional-socialista não teve dificuldades importantes para acabar aceitando um conceito de bem jurídico com tal feição, recusado inicialmente em razão de sua conotação liberal” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 408).

⁴¹² TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 44 et seq.

social. O sistema impõe uma generalização das expectativas, ao passo que o que se espera do outro este também espera da sociedade.⁴¹³ O direito posto, assim, seria o meio de se institucionalizar essas expectativas e não permitir que o sistema quebre; às normas cumpre o papel de transformar expectativas cognitivas – relação com o mundo factual – em expectativas normativas, e a legitimidade residiria na decisão de que uma expectativa normativa é constituída da suposição de que terceiros anuem, cognitivamente, à expectativa normativa.

Claus Roxin, entretanto, sustenta um funcionalismo aplicado como método ou “teológico-funcional”, isto é, como a racionalidade funcional de construção do direito penal o qual deve atender, como função, os seus fins político-criminais. Nesse arrimo racional, o referido professor da *Ludwig-Maximilians-Universität München* discorre sobre a necessidade da construção de um conceito material de delito, como limite à intervenção penal, a partir de uma teoria do bem jurídico. Esse pode ser identificados nas expectativas de condutas retiradas do cotejo social, mas deverá ser sempre desenhado a partir dos direitos fundamentais positivados pela Constituição. Nesse sentido, o bem jurídico como conformação do conceito material de delito é a ideia de identificação de demandas sociais funcionais prévias ao legislador, mas condicionado às normas constitucionais.⁴¹⁴

⁴¹³ Nesse sentido, afirma Niklas Luhmann que “[p]ela generalização das expectativas de comportamentos é facilitada a concreta sintonização do comportamento social de mais pessoas, na medida em que já é pré-fixado, de maneira típica, aquilo que se pode esperar, e qual comportamento faria aparecer os limites do sistema é operada no plano das expectativas. A escolha preliminar daquilo que é possível no sistema é operada no plano das expectativas, não no plano dos comportamentos imediatos, porque apenas desse modo é possível transcender a situação concreta efetuando uma antecipação nos conflitos do futuro” (LUHMANN, Niklas. *Soziologie als Theorie Sozialer Systeme*. In: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung I*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1973. p. 121 *apud* DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 234).

⁴¹⁴ É eloquente a assertiva de Claus Roxin sobre a importância dos direitos fundamentais: “ El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a ‘circunstancias dadas y finalidades’ en vez de a ‘intereses’ de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas (ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte

Trata-se de uma mitigação da teoria *luhmanniana* vez que propõe a convergência entre dois sistemas diversos, o político-criminal e o direito posto. Para Niklas Luhmann, a teor do quanto já discorrido, muito embora exista um acoplamento estrutural entre aqueles dois sistemas, qual seja, a Constituição⁴¹⁵, não há que se falar em confusão entre eles. Ao vincular a valoração à política criminal e, igualmente, vincular a valoração à lei penal e, propriamente, ao conceito de delito, tem-se a modulação política do direito e da política pelo direito. Essa modulação foi dirimida, no âmbito da dogmática funcional *roxiniana*, com o crescente desenvolvimento de elementos normativos do tipo com vistas à completa normativização das hipóteses teóricas, por intermédio da construção de axiomas jurídicos como limites cognitivos funcionais à valoração da política criminal, e busca avançar na diferenciação do sistema político e jurídico.

Outras proposições teóricas, contudo, encontraram na Constituição a única fonte jurídica válida para a aferição dos bens jurídicos tutelados e a partir de tal premissa normativa operaram, como leciona Ricardo Robles Planas, não apenas uma integração entre o direito penal e o direito constitucional, mas a limitação do primeiro pelo último. Entende-se o direito penal ou, mais precisamente, a dogmática penal e a teoria do bem jurídico como uma linha teórica que teria se descolado da realidade⁴¹⁶ – em especial, a suposta realidade internacional ou transnacional⁴¹⁷ – em prol de um normativismo sem

general, tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Tradução Diego-Manuel Luzón Pena, Miguél Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 56).

⁴¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 103.

⁴¹⁶ Cf. DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4. 2004. Disponível em: [http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Domini%209 .pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Domini%209.pdf). Acesso em: 23 fev. 2020.

⁴¹⁷ Joachim Vogel é um dos mais eloquentes críticos da teoria do bem jurídico, tal qual formulada pela dogmática penal alemã, em especial diante das inovações no cenário comunitário – ou transnacional – europeu: “[...] resulta extraño a la dogmática penal europea un concepto característico de la dogmática alemana y de su ámbito de influencia: el bien jurídico. Este concepto no se encuentra dentro del acervo comunitario. De hecho los tipos penales europeos no se justifican únicamente mediante bienes jurídicos, sino también a través de intereses que resultan importantes para el bienestar común. [...] No todo aquello que legitima la intervención del derecho penal debe forzosamente pasar por la ‘cama de Procuero’ del concepto de bien jurídico, tal como evidencian formulaciones, tan complejas de formular a la luz de este concepto, como ‘la seguridad del tráfico probatorio a través de los documentos’ o la ‘lealtad en el ejercicio de la función pública’. Y a la inversa [...] la existencia de un bien jurídico por sí solo no justifica la intervención del derecho penal, ni las críticas que pueden efectuarse contra una determinada ley penal pueden reducirse a la ausencia de bien jurídico. Por lo que se refiere a su función inmanente, el servir de guía a la interpretación, el concepto de bien jurídico conjuntamente con la doctrina del fin de protección de la norma resulta superfluo y, desde un punto de vista lógico, circular, en cuanto que la determinación de cuál es el bien jurídico protegido

respaldo democrático, uma vez que seus axiomas seriam produtos de racionalização “preconstitucional”⁴¹⁸ – tal qual, de fato, é a ideia de conceito material de delito – e, logo, carente de legitimidade. Assim, a Constituição passa a ser um catálogo de mandamentos constitucionais e tal característica sanaria as questões sobre os fundamentos da responsabilização criminal, vez que os princípios, regras e metarregras da ciência penal – ou da dogmática penal – seriam substituídos pela dogmática constitucional a qual, por sua vez, tem como limitação última, notadamente, a Constituição.⁴¹⁹

O aprofundamento das premissas do direito constitucional, geralmente, é promovido pelas áreas especializadas do direito. Entretanto, uma vez negada a legitimidade de tais áreas para se imiscuir na deliberalidade do legislador, o racional dogmático fica limitado a um viés normativo de atendimento aos preceitos constitucionais. Nesse sentido, as teorias de limitação do direito penal pelo direito constitucional, por um lado, conferem ao direito penal o papel de sistematizar e regulamentar condutas de tutela das disposições constitucionais e da política criminal constitucional e, por outro lado, limitam a atuação do próprio legislador infraconstitucional,⁴²⁰ uma vez que a este não caberia a valoração quanto ao merecimento e necessidade de pena, axiomas estes que, consoante será discorrido no tópico seguinte, são as premissas estruturais formais do conceito material de delito e, igualmente, a releitura da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal.

Por essas razões, conclui Ricardo Robles Planas, as teorias em causa desaguam, cientes ou não, em uma espécie de positivismo jurídico⁴²¹ genérico – não equivalente às propostas positivistas que detêm como premissa, justamente, o oposto de tais teorias: a criação de critérios racionais extralegais para a aferição do sentido do direito

sólo puede alcanzarse a su vez por la vía de la interpretación. Y por lo que se refiere a su función ‘trascendente’, el servir de límite o crítica al derecho penal, ni históricamente ni en la actualidad ha sido cumplida de forma satisfactoria. Mucho más efectivos han sido en este punto, tanto en el marco constitucional nacional como en el de la Unión Europea, el papel desempeñado por los derechos fundamentales o por los derechos humanos” (VOGEL, Joachim. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. *Revista Penal*, n. 11, p. 138-150, 2003. p. 147. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 23 fev. 2020).

⁴¹⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 119.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 120.

⁴²⁰ Ibidem, p. 119.

⁴²¹ Ibidem, p. 120.

- eis que, diante da abrangência fática das disposições constitucionais, a pretensão de compromisso do legislador ordinário com a Constituição, ainda que digna, não alcançará, pela multiplicidade crescente do sentido da linguagem, uma verdade objetiva da política criminal constitucional, isto é, um sentido uno pragmático dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o arrimo racional que pretendia dar uma resposta objetiva aos limites da intervenção penal acaba por conferir a mais ampla discricionariedade ao legislador penal. Mas esse racional positivista jurídico genérico é revelado pela análise crítica de tais teorias, uma vez que estas, em primeira análise, são expressões de teorias justificadoras do direito e, no que toca aos direitos fundamentais, o enfrentamento da colisão destes dá-se pelos seguintes métodos: a ponderação, a demanda por dados empíricos a corroborar a eleição por determinado direito fundamental e, em especial, pela remissão ao princípio da proporcionalidade - uma vez que seria um axioma dogmático constitucional por excelência e, logo, legitimado a operar na interpretação e construção do direito penal.

As impugnações a tais proposições teóricas podem ser construídas a partir de variados métodos de aferição do sentido do mundo dos fatos, mas há um instituto que reúne em seu conceito a problemática da limitação do direito penal pelo direito constitucional: a práxis. A própria leitura empírica da realidade – da práxis – pela relação sujeito-objeto demonstra a deslegitimidade⁴²² do sistema penal, em especial nos países periféricos, pela crescente violação às garantias constitucionais mais basilares à autodeterminação do sujeito, como a dignidade da pessoa humana. De aporias como essa surge um primeiro conflito na redução do direito penal a uma ferramenta de operacionalização de mandados constitucionais e, contingencialmente, dá-se início à ponderação e à tentativa de revolvimento empírico ou, mais precisamente, de busca por justificativas empíricas para a preponderância de um direito em face do outro. Entretanto, em consonância com o quanto já asseverado na primeira parte deste trabalho e na Seção 5.3 acima, por um lado, verifica-se a problemática da limitação do sentido aferido pelo método empírico em face da multiplicidade da linguagem e, por outro lado, as limitações da experiência empírica impelem o conhecimento humano a buscar por axiomas normativos, com pretensões de universalidade, a fim de preencher as lacunas ordinárias da linguagem.

⁴²² Cf., por todos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Tais axiomas estão presentes no discurso dos métodos de aferição do sentido do mundo dos fatos, diante da impossibilidade de alcançar a essência prévia da linguagem e, logo, do agir humano,⁴²³ de modo que a mais autêntica manifestação de um dado empírico está imiscuída no método de petição de princípio e na utilização de símbolos linguísticos universais – o mero ato de conceituação de algo é, *per se*, o ato de violência da essência desse algo – que possibilitam a compreensão pelos interlocutores do agir humano. Um questionamento necessário, então, é de ordem política: se há a necessidade de utilização de axiomas normativos para a aferição do bem jurídico a ser tutelado penalmente ou, ainda, do próprio conceito de delito, seria abusiva qualquer justificativa para a atividade laboral de aferição desses axiomas ser atribuída à dogmática constitucional com ignorância da prática do sistema penal, da criminologia e da política criminal. Assim, o descolamento da realidade e, logo, do sujeito cujos direitos fundamentais serão afetados é efetivado pelas proposições teóricas que rechaçam a teoria do bem jurídico e enxergam na Constituição a única fonte jurídica válida de limitação do direito penal.

Notadamente, o questionamento que remanesce diz com a legitimidade da dogmática penal em ser fonte de tradução das demandas político-criminais e, ainda mais profundamente, como fonte jurídica. Esse questionamento será enfrentado mais adiante, ao passo que, contudo, boa parte da resposta foi percorrida na primeira parte deste trabalho que trata dos fundamentos para a tomada de posição teórica de compreensão do direito como prática social argumentativa. Trata-se da criação de critérios para a construção e interpretação do direito a partir da Constituição tal qual fizeram outras propostas teóricas, mas a partir de premissas diversas.

Winfried Hassemer teoriza a limitação da intervenção penal do Estado a partir da Constituição, isto é, com os direitos fundamentais como fonte intransponível de identificação do bem jurídico a ser penalmente tutelado. Assim, assevera o professor da Goethe-Universität Frankfurt am Main que a criminalização de

⁴²³ Nessa linha, precisa é a observação de Michael Pawlik quem, no arrimo racional do método hegeliano, afirma o agir humano, não apenas por intermédio da linguagem, mas em todas as suas modificações do mundo dos fatos como uma prática social. PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 19.

uma conduta sem a remissão ao bem jurídico seria “[...] terror de Estado”⁴²⁴. No entanto, a Constituição não funciona, aqui, como a imposição de criminalização de condutas que lesionem determinado bem jurídico, mas tão somente opera, por intermédio do princípio da proteção de bens jurídicos, como um limite negativo da intervenção penal de modo que toda a conduta que não lesionar ou criar perigo ao bem jurídico tutelado não pode ser objeto de criminalização.⁴²⁵ Ainda, Winfried Hassemer vai além e elabora sua hipótese teórica a partir de uma concepção pessoal do bem jurídico, eis que, consoante afirma Ana Elisa Bechara, muito embora aquele afirme a possibilidade de conformação do conceito material de delito com a tutela de bens jurídicos, estes não poderiam ser objetos de mera leitura formal positivista de modo que a criminalização de determinada conduta depende, necessariamente, da valoração dos fins do direito penal a partir da análise das relações sociais e do limite do direito penal a partir da tutela dos direitos fundamentais necessários à autorrealização do indivíduo em sociedade⁴²⁶. Nesse sentido, com o aprofundamento e análise crítica dos critérios constitucionais⁴²⁷, se posiciona a mais acima referida autora, cujo posicionamento é seguido, e.g., por Helena Regina Lobo da Costa⁴²⁸.

A hipótese teórica de Winfried Hassemer, centrada em um direito criminal mínimo,⁴²⁹ é pauta de críticas cuja tônica reside na alegação de redução do direito

⁴²⁴ HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría de bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* p. 103.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 98

⁴²⁶ BECHARA, Ana Elisa. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 129. Afirma Juarez Tavares que “[...] o bem jurídico é um dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência e orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental. Nessa conceituação, incluem-se tanto os bens nitidamente pessoais – como a vida, a saúde e a integridade física, a liberdade em todos os seus matizes (liberdade individual, liberdade sexual), a honra, o patrimônio e direitos individuais – como também bens individuais que se projetam para além da pessoa e se inserem como de interesse geral (ambiente, fé pública, saúde pública, administração pública, administração da justiça). Integram ainda a categoria de bens pessoais os dados que façam parte da vida individual de relação, como legados culturais, por exemplo, a vida, a saúde e a integridade física dos animais domésticos” (TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 97).

⁴²⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. p. 88.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁴²⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni e Alessandro Baratta são outros dois autores que se destacam na defesa de um direito penal mínimo, mas de forma ainda mais contundente eis que laborado sob o arrimo da criminologia crítica e como um meio de transição ao abolicionismo diante da convicção pela deslegitimidade do sistema penal em si. Trata-se, como assevera Vera Regina Pereira de Andrade, da “[...] necessidade da mínima – e redefinida – intervenção penal ou na abolição do sistema penal e sua substituição por formas alternativas de resolução de conflitos como mediação e conciliação. De forma que se distribuem, centralmente, entre

penal à tutela de delitos, geralmente, identificados nas classes baixas. A limitação da intervenção penal a partir do conceito material de delito legitimado pelos fins do direito penal, os quais seriam identificados no substrato empírico demandado pela política criminal, isto é, pela danosidade social, mas limitados à autorrealização do sujeito e, logo, aos direitos fundamentais ao desenvolvimento humano, seria um óbice à tutela de bens difusos ou coletivos e que afetam, igualmente, o desenvolvimento individual e são identificados em classes econômicas diversas.⁴³⁰ Não obstante, como bem observa Renato Silveira, tal crítica incorre no equívoco da interpretação de direitos fundamentais como direitos individuais, uma vez que a proposição teórica tem como referencial o indivíduo e, por tal, não se mostra, a toque, contrária à tutela de bens jurídicos difusos, coletivos.⁴³¹ Tal equívoco resta expresso em obra de Roland Hefendehl, um dos expoentes da crítica em causa: “[a] teoria pessoal do bem jurídico reporta-se ao por ela chamado direito penal clássico e defende uma restrição do direito penal aos bens jurídicos imediatamente referidos a uma pessoa, dentre os quais se encontram, além da vida, da saúde e da liberdade, também a propriedade e o patrimônio”⁴³².

Assim, é também precisa a manifestação de Juarez Tavares que reputa como falsa a diferenciação entre bens jurídicos individuais e coletivos, eis que os últimos, invariavelmente, têm por referência o indivíduo, eis que olvidaria a mais singela racionalidade a ideia de um direito que não tenha, direta ou indiretamente, afetação personalíssima⁴³³. Juarez Tavares, igualmente, assume a hipótese teórica do conceito pessoal⁴³⁴ do bem jurídico como limite à intervenção penal e, para tanto, se debruça sobre critérios racionais, como será mais adiante aprofundado, a serem seguidos pelo legislador,

posturas minimalistas (FERRAJOLI, 1986 e 1989) e abolicionistas (HULSMAN, 1984 e 1986) ou posturas que, sem recusar a utopia abolicionista a longo prazo, reivindicam um Direito Penal mínimo baseado na reconstrução crítica e fortalecimento das garantias liberais a curto e médio prazo (ZAFFARONI, 1989 e 1991 e BARATTA, 1976, 1983b e 1991a)” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: Em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. 1994. 501 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994. p. 305).

⁴³⁰ Sobre a hipóteses teóricas que sustentam essas críticas, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 137.

⁴³¹ Idem.

⁴³² HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010. p. 109. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82512 . Acesso em: 23 fev. 2020.

⁴³³ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018. p. 98.

⁴³⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. p. 126.

quais sejam, o compromisso com o *prius* analítico, isto é, com a disposição lógica dos enunciados discursivos do procedimento legiferante e a demonstração de dados empíricos que identifiquem a situação fática, o corte temporal, eleito pelo legislador de modo a possibilitar a análise e valoração do sentido conferido pelo legislador a tal situação fática – rememore-se, aqui, o quanto já afirmado em 5.3 e em outras oportunidades deste trabalho: a produtividade do método empírico se encontra na identificação de um fato a partir da disposição de conceitos, igualmente, empíricos e daí não se retira a necessidade de concessão de tal fato como verdade, mas tão somente como um fato a partir das premissas eleitas pelo sujeito.

Antes que se avance na conclusão deste tópico que diz, essencialmente, com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, é preciso pontuar as propostas teóricas que se insurgem contra as teorias do bem jurídico – limitadas ou não à Constituição. O ponto nodal dessas proposições críticas se volta à crescente criminalização de condutas no âmbito das quais, em alguns casos, a abrangência fática da norma penal é de tal forma ampla que o bem jurídico ganha demasiada abstração ou tutelam-se variados bens jurídicos, circunstâncias estas que dificultam a valoração político-criminal do legislador, e, em outros casos, simplesmente, inexistente um bem jurídico certo e determinado tutelado pela norma.

Diante desse estado de coisas, as propostas de Günther Jakobs e Michael Pawlik tomaram relevância no âmbito da dogmática penal como teorias críticas ao bem jurídico limite à intervenção penal. Como alguns dos pontos em comum entre os referidos autores – ao passo que o segundo é discípulo do primeiro –, estes afirmam, no que toca ao primeiro grupo de casos, que esse estado de coisas seria responsabilidade da própria teoria do bem jurídico, tendo em vista que esta conferiria ao legislador ampla margem de deliberação⁴³⁵ sobre qual bem jurídico deve ser penalmente tutelado e – sem a existência de critérios ulteriores –, igualmente, não se limita como⁴³⁶ deve ser realizada tal tutela. No que toca ao segundo grupo de casos, as criminalizações no âmbito das quais nem

⁴³⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 143.

⁴³⁶ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 8. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

sequer se identifica um bem jurídico tutelado, afirma-se que se trataria de equívoco no enfoque valorativo crítico do observador ao se voltar à procura de um dado externo à norma – um bem jurídico – e não à sua aptidão de tutela das relações sociais refletidas na norma.⁴³⁷

Günther Jakobs formulou uma concepção dogmática penal funcional luhmanniana, mas essencialmente normativa, em oposição a Claus Roxin, uma vez que a função do direito penal, aqui, atende à finalidade de reafirmação da norma⁴³⁸, isto é, de tutela das expectativas de condutas estabilizadas pela norma. O conceito de delito deve ser aferido, exclusivamente, a partir das premissas internas do sistema jurídico penal positivo e tem como premissa valorativa a função da pena eleita pela política criminal do legislador. Assim, a função da pena é, igualmente, um “Dever Ser” condutor da expectativa de conduta e à luz da qual todos os elementos constitutivos do tipo penal devem ser valorados. Trata-se do intuito de sistematizar o direito penal em face dos óbices apresentados por concepções empiristas ou ontológicas do conceito de direito e, assim, retirar do próprio direito o sentido do direito. Como já se discorreu sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, mais acima, a petição de princípio e autorreferência não são contradições internas da teoria em causa, mas sim estão entre os seus principais fundamentos, uma vez que, de acordo com o referido sociólogo do direito, ao operar dessa maneira, o sistema não exclui nenhum ato comunicacional e, ao contrário, incorpora e desenvolve esse ato comunicacional dentro da relação lícito/ilícito.

Nesse sentido, alguns esclarecimentos dos seguintes conceitos nórdicos luhmannianos são necessários: o paradoxo e o pensamento complexo, e a diferença entre sistema e entorno.⁴³⁹ O paradoxo, tido como petição de princípio e epistemologia recursiva própria das ciências naturais – o que Martin Heidegger chamou de mundo da técnica⁴⁴⁰ como autorreferência em um círculo vicioso e *ad eternum* de

⁴³⁷ Cf. *Ibidem*; JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal *In*: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 101 et seq.

⁴³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral. v. 1. p. 123.

⁴³⁹ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007. p. 209 et seq.

⁴⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, parte I. Tradução Márcia de Sá Calvalcante. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 417.

justificativas causais –, é abraçado pela teoria sistêmica como base retórica indispensável, eis que o paradoxo é substrato do próprio sistema e exige deste a sua incorporação e o seu desenvolvimento.⁴⁴¹ Esse espectro de possibilidades complexas (ações, omissões, instituições etc.) se desenvolve dentro da diferença sistema e entorno: o próprio sistema forma seu limite e tudo é descrito a partir dele, eis que “nenhum sistema pode operar fora de seus limites”⁴⁴² e é esse limite que permite distinguir aquilo que lhe pertence, que jaz no entorno. Tal proposição contribuiu para o desmonte de uma concepção positivista que visava um mundo de vias únicas e descrições determinadas, mas gerou a imputação da crítica ao professor alemão do império da tecnocracia em suas ideias, isto é, a redução do mundo à noção do sistema que macula o sujeito e a subjetividade humana como propulsora da comunicação e do sentido.

No entanto, ao que importa ao presente tópico, sob o enfoque de Günther Jakobs a pena funciona como comunicação e reafirmação da validade da norma ou, em outros termos, como a motivação do sujeito à fidelidade ao direito. Ao fundamentar a pena na prevenção geral negativa e estabelecer a relação direta entre prevenção e culpabilidade em uma miríade de justificação da norma pela norma, confere-se, assim, ao direito penal a função de institucionalizar condutas e garantir, normativamente, a constituição e coesão social. Assim, Günther Jakobs assume um limiar racional claramente sistêmico ao descrever a pena como “processo de comunicação, e por ela seu conceito deverá estar orientado em atenção à comunicação”.⁴⁴³ Como ato comunicacional que é, a

⁴⁴¹ Nessa esteira epistemológica, o pensamento complexo, vai na contramão, por exemplo, da filosofia desconstrutivista e analítica de Jacques Derrida, eis que a opõe a tal marco teórico ao passo que encampa a ideia de que a imposição de limites epistemológicos ao objeto exclui uma observação de que é, *per se*, funcional ao sistema: “[...] a complexidade indeterminada do mundo transforma-se em problemas precisamente especificáveis relativos à automanutenção do sistema, a problemática relativa ao mundo desloca-se, por assim dizer, em parte, do exterior para o interior, onde pode ser melhor resolvida com métodos de elaboração de informações, mais exatamente correlatas ao escopo” (LUHMANN, Niklas. *Soziologie als Theorie sozialer Systeme*. In: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1973. p. 76 *apud* DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação*: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Tradução de Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 224). Cf. TEUBNER, Günther. Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. *Theory, Culture and Society*, n. 18, p. 29-47, 2001. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/8ed0/2d198c207bfdec02edf6d3e43ada4902aff.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Teoría de sistemas y Derecho penal: hacia una ciencia constructivista del Derecho Penal. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal*: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Colmares, 2005, como defesa da teoria sistêmica, p. 508.

pena teria como função estimular o sujeito objeto da norma a comportar-se em consonância com o direito e fielmente a ele.

O sentido é a expressão basilar da sociologia funcional sistêmica de Niklas Luhmann e figura-se na apreensão do mundo pela linguagem, em que a significação mundana (das ações, omissões, experiências, do direito, da justiça etc.) é configurada pela comunicação. Para o funcionalismo estrutural, a comunicação é momentânea e remete a uma seletividade⁴⁴⁴ de possibilidades que apenas existem na atualidade, e por tal razão é incapaz de repassar uma informação. Ademais, a comunicação se daria por um ato de observação de diferenciação – a aporia do pensamento complexo que está na base luhmanniana – entre a informação e o ato de dá-la a conhecer; ou seja, a comunicação limita-se a um ato de observação momentânea, que não depende do interlocutor, em que o sujeito é tomado pela informação e a repassa, e o sentido reside nesse *medium*⁴⁴⁵.

No entanto, conforme explicita Carlos Gomes-Jara Díez, a questão em torno da pena como ato comunicacional promovido pelo sistema em resposta à quebra da expectativa normativa enfrenta o questionamento que se a pena é apenas um ato comunicativo, então poderá ser qualquer tipo de ato comunicativo, como uma sentença, de modo que seria dispensável sua manifestação concreta, tal qual o encarceramento.⁴⁴⁶ Todavia, de acordo com Günther Jakobs, a pena se manifestaria sobre dois planos, um comunicativo, simbólico, e outro físico, externo. No plano comunicativo residiria o significado da pena – como resposta do sistema à quebra das expectativas de conduta – e, no

⁴⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 30 *apud* CRUZ, Flavio Antônio da. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

⁴⁴⁵ Esse *medium*, é o próprio método funcional, o qual Raffaele De Giorgi, notório sistêmico italiano, assim discrimina: “A identificação do sentido do sentido permite reunir, ter firme e presente por certo tempo, certa quantidade de tempo, certa quantidade de possibilidades de experiências, ou seja, de isolar, dentro da grande quantidade do possível, uma unidade, definida pelo sentido, que neutraliza temporariamente outras possibilidades, sem, porém excluí-las totalmente como possibilidades. [...] Desse modo é possível ordenar e subordinar uma série e atos de seleção e, assim, reforçar a seletividade de cada conjunto de sentidos, que orientam o comportamento mesmo quando o potencial de atenção é escasso e limitado, e não varia de fato” (DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 234).

⁴⁴⁶ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Teoría de sistemas y Derecho penal: hacia una ciencia constructivista del Derecho Penal. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Colmares, 2005, como defesa da teoria sistêmica, p. 508.

plano cognitivo, a manifestação física da pena como a imposição de um *dolor penal*⁴⁴⁷ a fim de figurar, também, como uma manifestação física de uma imposição de um castigo no mundo externo do agente delitivo.

A resposta dada pelo professor não encontra amparo na teoria sistêmica de Niklas Luhmann em razão da impossibilidade de comunicação direta entre os subsistemas, é dizer, o subsistema do Direito não recebe informação direta do subsistema psíquico, que está no entorno daquele primeiro, de modo que o contrário é igualmente acertado. Assim, a diferenciação que gera sentido, mediante atos comunicacionais, pertinente ao sistema jurídico- penal é unicamente o binário norma/dever ou lícito/ilícito, de modo autorreferencial na medida em que aquele desconhece a diferenciação própria do sistema psíquico satisfação/insatisfação, por exemplo, como reação humana à imposição da pena corporal. Daí a importância do que Jesús-María Silva Sánchez chamou de “giro comunicativo”⁴⁴⁸ na doutrina de Günther Jakobs, e a recepção de postulados da filosofia do direito de Georg W. F. Hegel, eis que, a partir do método hegeliano de aferição do sentido do mundo dos fatos, seria possível justificar a ideia de infligência de dor penal como ato, também, comunicacional, vez que não apenas a linguagem mas toda a conduta humana apenas é compreendida por estar inserida em um jogo semiótico dividido entre os interlocutores⁴⁴⁹. Assim, o aspecto fático da doutrina de Günther Jakobs que fundamentaria uma das funções pena e que, pela sua natureza fática, é uma contradição no cerne da teoria dos sistemas passou a encontrar um respaldo racional argumentativo cujo sentido é aferido pelo método hegeliano e não pelo consenso *habermasiano*.

Premissas nodais da filosofia do direito de Georg W. F. Hegel também foram utilizadas para aferir o conceito de delito por Michael Pawlik, mas de forma ainda mais essencial, isto é, com vistas à efetiva substituição da teoria do bem jurídico pela

⁴⁴⁷ DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo? *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008.

⁴⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante. *Indret – Revista para el análisis del derecho*, 1.2019. p. 10.

⁴⁴⁹ PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 19.

metodologia hegeliana, eis que, consoante afirma Renato Silveira⁴⁵⁰ e pontua Michael Pawlik⁴⁵¹, Günther Jakobs não se desvencilhou da referência a uma ideia de bem para a aferição do conceito de delito. Tal se dá diante da proposição teórica do último, que revisitou a teoria da danosidade social, como teorizada por Knut Amelung, isto é, como “[...] perturbação da estrutura normativa da sociedade”⁴⁵², e rejeitou a conformação dessa hipótese com a referência ao indivíduo, ou seja, do delito como prevenção à danosidade social cuja valoração deve ter por premissa permitir a autodeterminação do sujeito. Esse rechaço dá-se por se tratar de uma “teoria individual-monista”⁴⁵³ do bem jurídico que entende o sujeito como alguém isolado da sociedade, sistema no qual este, efetivamente, se manifesta como sujeito de direito, e no âmbito do qual se identifica o que se faz necessário para a perquirida autodeterminação.

Assim, de acordo com Günther Jakobs, mais acertada seria a renovação da aceção de uma “teoria dualista do bem jurídico”⁴⁵⁴, a qual retira do cotejo social os bens a serem penalmente tutelados, ou seja, não busca por bens referenciados ao sujeito, mais sim às relações sociais; a renovação pretendida volta-se à superação da busca por um bem social pelo método de identificação de “instituições sociais”⁴⁵⁵ que se desestruturam diante de determinadas condutas as quais, por tal, devem ser criminalizadas. A diferença essencial entre uma instituição social e um bem jurídico seria a condição de aquela derivar da identificação social na *práxis* de uma estrutura necessária à manutenção do tecido social, bem como da relevância e necessidade de tutela penal dessa instituição social. Não se trata de um bem espiritualizado, abstrato ou, mais precisamente, externo ao sistema jurídico e às relações interpessoais por este normativizadas. A hipótese teórica em causa, em síntese, se desenvolve sobre a ideia do sujeito como sujeito proprietário de um direito e não naturalmente dotado de um direito, tendo em vista que a existência de um direito depende que alguém o declare como tal, e daí residiria a sua característica social e

⁴⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 144.

⁴⁵¹ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 8. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁴⁵² JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 103.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 98 et seq.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 102.

não individual, bem como residiria, igualmente, a criação de um sujeito autorizado – com competência para usufruir de um direito – e de um obrigado – a respeitar os direitos do autorizado⁴⁵⁶.

Contudo, nota-se que tal proposição teórica, como já se disse, mantém-se vinculada ao mesmo método da teoria do bem jurídico que tem como arrimo racional a identificação de algo cuja criação de risco não permitido justificaria a reprimenda penal. Ainda que se fale em instituição social e em algo não externo ao sistema jurídico e ao sistema social, mantém-se o referencial a algo sem o qual a norma não seria legítima.⁴⁵⁷ Ademais, nem mesmo a Constituição é olvidada por Günther Jakobs, uma vez que o “espírito”⁴⁵⁸ – social – que manifesta a necessidade de tutela de determinada instituição social é incorporado ao direito por intermédio da Constituição, que funciona como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico.⁴⁵⁹ Nesse ponto, compete um breve parêntese: é interessante observar, pela clareza conceitual, o sincretismo entre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na ideia da Constituição como acoplamento estrutural, e a filosofia do direito de Georg W. F. Hegel, com a menção ao “espírito” social que diz com o “espírito objetivo”, isto é, o conjunto de práticas sociais que se manifestam em um espaço dinâmico como a razão prática social⁴⁶⁰.

De volta ao mérito, é diante da manutenção da hipótese normativa de que o autor do delito é aquele que cria um risco não permitido a uma instituição social tutelada pela norma que Michael Pawlik procurou aprofundar a ideia de danosidade social e merecimento de pena como conceito de delito a partir da compreensão da perturbação da estrutura normativa da sociedade como a perturbação, precisamente, das relações entre os sujeitos no Direito - “Rechspersonen”⁴⁶¹ - com a exclusão da remissão a qualquer dado externo a tal relação para a identificação dessa perturbação social⁴⁶². No esteio do quanto

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 102-103.

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 105.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 106.

⁴⁵⁹ Ibidem, p. 106.

⁴⁶⁰ PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 19.

⁴⁶¹ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 9. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁴⁶² Idem.

já afirmado, a determinação do mundo dos fatos viola a essência do que fora determinado; conceituar ou delimitar é conferir sentido ao que se observa a partir da linguagem e, assim, a partir de regras práticas que tão somente existem naquele determinado jogo linguístico. O agir humano, igualmente, não escapa a tal violência. Esse é, essencialmente, o esteio nodal da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.

O método hegeliano de aferição do sentido do mundo dos fatos, contudo, já utilizara os efeitos da determinação para trilhar a dialética da negação: determinar algo é negar algo; o sentido é a negação dos sentidos que ele exclui. Trata-se, contudo, diferentemente do quanto perquirido pelo filósofo austríaco, cujo interesse era, tão somente, compreender como se afere o sentido da práxis, de um princípio ontológico que busca conferir objetividade a um agir humano, ou seja, torná-lo passível de compreensão objetiva por intermédio da dialética da negação. Michael Pawlik uniu essas duas racionalidades para aferir o conceito de delito a partir da análise da práxis como produto da linguagem e o sentido da práxis pelo método da dialética da negação.

Contudo, é essencialmente nessa última racionalidade que o aludido professor perfila o seu caminho da crítica às teorias do bem jurídico, seja em face daquelas de característica individual ou dualista, e tal se dá diante da negação do sujeito como indivíduo ou como detentor da propriedade de um direito, mas sim como um sujeito no direito (*Rechspersonen*) tendo em vista que é em razão da existência de uma sociedade, isto é, de uma “[...] comunidad normativamente constituida [...]”⁴⁶³, que o sujeito é reconhecido como tal, eis que depende de premissas axiomáticas sociais para a sua identificação como sujeito para o qual e em face do qual são identificados espaços de liberdades⁴⁶⁴. De acordo com a metodologia hegeliana, juízos e condutas são identificáveis, tal qual ocorre com a própria noção de sujeito, a partir da análise daquilo que negam, ou seja, daquilo que o objeto ou sujeito da análise não é. O sujeito é aferido como ser-no-mundo – *Dasein* – cuja identificação é possível em razão da sua determinação em face do

⁴⁶³ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 10. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 9.

todo, do Ser, e como ser com a negação de “ser de otro modo”⁴⁶⁵. É por tal razão que para Hegel o Ser é um ser não espiritualizado, eis que se distanciou de sua essência, o todo, para que fosse determinado. Juízos e condutas, de outra sorte, encontram o já mencionado espírito objetivo, eis que operam dentro de uma “[...] autorreferencialidad negativa”⁴⁶⁶; o agir humano – e, logo, as manifestações linguísticas ou semióticas (i.e., conceitos, valores morais etc.) e a ação humana –, diferentemente de outras manifestações do mundo dos fatos, utiliza a si mesmo como referencial da didática de negação, isto é, suas próprias valorações para concluir que $A = \text{não } A$.

A ação humana é manifestada como a conclusão da operação de um método de escolha entre variantes de sentido, isto é, de vontade por determinada decisão.⁴⁶⁷ Essa manifestação é compreendida como um querer ou finalidade objetiva, eis que ao se manifestar no mundo dos fatos o sujeito abriria mão de sua subjetividade, isto é, pública o seu racional que A é A porque $A = \text{não } A$. O ato de manifestar-se no mundo dos fatos é dotado da intenção do sujeito de ser compreendido e, para tanto, faz uso de regras práticas apreensíveis pelo seu interlocutor, ou seja, são regras todas de pretensão de universalidade,⁴⁶⁸ e dentro de um espectro social essas regras são ou têm como referência o direito posto⁴⁶⁹.

Assim, o conceito de ação hegeliano, tal qual sentido por Michael Pawlik, é a tomada de posição de atuar de determinada forma ao passo que, asseverar-se, esse atuar, na concepção de Hegel, é compreendido objetivamente como um atuar de escolha a partir da observação do outro da manifestação desse atuar⁴⁷⁰. Essas manifestações no mundo dos fatos que constituem a práxis e são objeto da razão prática, diante de sua potencialidade objetiva, constituem o chamado “espírito objetivo”,⁴⁷¹ que retrata, ao que aqui importa, os limites de liberdade de atuação do sujeito ou, para Günther Jakobs, a instituição social que carece de tutela. No entanto, como já adiantado, é em face

⁴⁶⁵ PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 21.

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 21.

⁴⁶⁷ Ibidem, p. 22.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 25.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 26.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 26.

⁴⁷¹ Ibidem, p. 19.

dessa última assertiva que Michael Pawlik se distancia de Günther Jakobs: o último, apesar de igualmente partir da premissa hegeliana do sujeito como sujeito socialmente reconhecido como tal, entende o sujeito como um sujeito no direito, mas o qual usufrui de uma propriedade, isto é, de algo que é conferido ao sujeito e logo aferido fora da relação interpessoal comunicativa⁴⁷². No esteio do segundo Ludwig Wittgenstein, contudo, não há como um aferir o sentido do mundo dos fatos – o sentido do sujeito como sujeito de direitos – fora da linguagem, ou seja, do sentido aferido por um terceiro observador de uma relação comunicativa interpessoal. Tudo existe, tão somente, na relação linguística entre sujeitos.

Em assim sendo, Michael Pawlik, também recorrendo a Knut Amelung, afirma que a vida social dos sujeitos não demanda o resguardo mútuo de valores objetivos e quantificáveis, mas sim a delimitação de espaços de liberdades⁴⁷³. Note-se, contudo, que a despeito da insurgência contra os fundamentos da teoria do bem jurídico, a crítica da presente proposição teórica se volta, precisamente, com a escassez constitucional da dialética penal que afere os bens jurídicos como um rol de valores paralelos e superiores⁴⁷⁴ ao sujeito, ao passo que essa olvida que a discussão constitucional deve estar inserida no revolvimento das práticas sociais.

Assim, a Constituição confere ao legislador penal os limites dos seus espaços de liberdade e, com remissão a Appel, afirma Michael Pawlik que o que faz de um Estado um Estado de direito é a limitação deste e a vinculação do parlamento à Constituição⁴⁷⁵. Ademais, faça-se nota que a própria ideia do espírito objetivo hegeliano, tal qual trabalhada pelo professor da Albert-Ludwig-Universität Freiburg, se constrói, como aquele espaço dinâmico onde se manifestam as práticas sociais, parte do método de determinação dos conceitos para se aferir o sentido do mundos dos fatos de forma objetiva, em oposição ao método de abstração, de modo que todas as manifestações mundanas,

⁴⁷² JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 103.

⁴⁷³ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 9. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

⁴⁷⁴ PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 52.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 21.

como as normas constitucionais, são aferidas como um todo concreto e no âmbito do qual opera-se a determinação e individualização de conceitos sem que se excluam ou se sobreponham conceitos⁴⁷⁶.

Nota-se que o arrimo racional do último referido autor é, essencialmente, comunicativo. Contudo, a despeito da parcial convergência da epistemologia de tal hipótese teórica com a racionalidade prática assumida neste trabalho, o quanto já exposto ao início deste trabalho⁴⁷⁷, sobre os vícios da racionalidade argumentativa do parlamento⁴⁷⁸ e da compreensão dos contornos político-criminais da Constituição na aplicação da lei penal impugna a legitimidade da decisão do poder legislativo. Em assim sendo, a fim de que se assegure o direito, efetivamente, como prática social e não, tão somente, imposição arbitrária do Estado, outros atores encontram espaço no Estado Democrático de Direito a fim de que o referencial à Constituição e, principalmente, à demanda prática da política criminal, não se percam.

Assim emerge a importância da assunção dos axiomas normativos que já estão presentes nos variados discursos dogmáticos aqui percorridos e da estruturação de um conceito material de delito⁴⁷⁹ cujas estruturas formais, uma vez aferidas, direta ou indiretamente, da Constituição, funcionem como limites cognitivos formais à atividade legiferante e, logo, ao controle de constitucionalidade, eis que operam como meio de inclusão da práxis no direito. Essa inclusão dá-se pela conformação da dogmática constitucional com a dogmática penal e, logo, mediante o reconhecimento da força

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 21.

⁴⁷⁷ Cf., Capítulo “1”, primeira parte.

⁴⁷⁸ Conforme afirma Renato Silveira “[...] Não se pode, quanto mais em uma realidade como a brasileira, abandonar o fundamento legitimante do arcabouço penal, qual se mostra o bem jurídico. Entrementes, como lidar com o fato de que existem situações criminalizantes em que não se visualiza um determinado objeto de tutela? Seria essa construção absolutamente vazia? Teria ela unicamente ligação com o que Hirsch chama de princípio do dano? [...] Nesse sentido, e sempre em prol de uma contenção de onda criminalizante, parece, ainda, ser necessário o conceito basilar de bem jurídico. A explicação se dá, assim, a partir dele, e além, na própria estrutura do tecido penal. Ele se mostra, pois, em essência, mesmo que abalado sob o peso de tantas novas leituras, como alicerce de um Direito Penal racional, não devendo ser flexibilizado, sob pena da formação de uma expansão penal tão ao gosto da modernidade. O Brasil, tão prolixo em teses penais não raro desvinculadas de qualquer sorte de logicidade, legitimidade ou cientificidade, não pode ceder o espaço de contenção que o instituto do bem jurídico assumiu ao longo dos tempos” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 146-147).

⁴⁷⁹ Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 297. Disponível em: http://www.buscaintegrada.usp.br/primo_library/. Último acesso em 18 de março de 2020.

normativa dos postulados da dogmática jurídica ao passo que a ignorância de tal vinculação implica em negar o direito como ato cognitivo socialmente construído⁴⁸⁰.

5.3. Proporcionalidade sob o enfoque penal e estrutura formal do conceito material de delito: necessária conformação entre a dogmática penal e constitucional

De acordo com a dogmática constitucional versada na hipótese teórica de Robert Alexy, o instituto da proporcionalidade é constituído pelos axiomas idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido *strico*, os quais devem ser valorados nessa ordem⁴⁸¹. Preliminarmente, deve-se esclarecer que Robert Alexy identifica o primeiro axioma pela palavra *Eignung*⁴⁸², a qual, consoante se afere a partir de uma interpretação gramatical da palavra, pode ser entendida como aptidão⁴⁸³. Alguns dos principais tradutores e estudiosos do trabalho do aludido professor da *Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* em língua portuguesa, no âmbito do direito constitucional, operam o axioma que inaugura a proporcionalidade pela palavra *adequação*⁴⁸⁴. Por outro lado, na língua espanhola, por exemplo, alguns doutrinadores que se debruçam sobre a obra de Robert Alexy identificam o axioma em causa a partir da palavra *idoneidad*⁴⁸⁵.

Contudo, a aproximação do axioma idoneidade ou adequação à dogmática penal dá-se pelo princípio da idoneidade, o qual já há muito foi teorizado no bojo da teoria do delito, consoante será mais adiante discorrido. Esse fato, somado à

⁴⁸⁰ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002. p. 34.

⁴⁸² ALEXY, Robert. Juristische Grundlagenforschung: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 In Kiel Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, p. 105 (Tradução nossa).

⁴⁸³ Cf. LANGENSCHIEDT Online Wörterbücher, Disponível em <https://de.langenscheidt.com/deutsch-portugiesisch/eignung>. Acesso em; 29 fev. 2020.

⁴⁸⁴ Cf., por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros 2011, e SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002.

⁴⁸⁵ Cf., por todos, ATIENZA, Manuel. A vueltas con la ponderación. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, 2016. p. 15. PULIDO, Carlos Bernal. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española? *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 30, p. 273-291, 2007. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

posição doutrinária penal especializada – nos termos da bibliografia referenciada ao longo deste tópico –, a qual labora a ideia de adequação sob a ótica do axioma proporcionalidade em sentido *stricto*, tendo em vista a pergunta da adequação do direito penal na tutela de determinado bem jurídico e a ideia de idoneidade, foi o arrimo para a tomada de posição deste trabalho em identificar o primeiro axioma do trinômio que constitui o instituto da proporcionalidade pela palavra idoneidade.

De acordo com Robert Alexy, a idoneidade – ou adequação –, tal como ocorre com o axioma necessidade, trata de um exercício de ponderação entre variantes e possibilidades fáticas que deve ser operado pelo legislador e será valorado, igualmente, pelo intérprete da lei ao perquirir o controle de constitucionalidade. A prerrogativa do legislador, logo, como uma prerrogativa de eleição da política criminal, repassa à discricionariedade epistêmica da idoneidade, isto é, à ponderação entre possibilidades jurídicas entre princípios, o dever de justificar a eleição de determinada variante fática. A idoneidade, nesta linha dogmática constitucional, de uma medida interventiva do Estado deve ser aferida pela análise da idoneidade de tal medida em alcançar a tutela de determinado bem jurídico. Em outros termos, consoante afirma Carlos Bernal Pulido, deve ser analisada a legitimidade constitucional do objetivo tutelado pela norma, bem como deve ser encontrada alguma relação fática que demonstre a idoneidade da medida em “[...] contribuir de alguma maneira à proteção de outro direito ou de outro bem jurídico relevante”⁴⁸⁶.

O axioma idoneidade encontra, na dogmática penal, alcance mais amplo do que a estrita e positiva ponderação entre direitos fundamentais. Identifica-se, no âmbito dos posicionamentos especializados na matéria, a assertiva segundo a qual a idoneidade da medida penal não se trata do mero cotejo da previsão constitucional do bem jurídico tutelado pela lei e da idoneidade da medida restritiva valorada, esta última, a partir da análise de dados empíricos aptos a demonstrar a capacidade de realização do objetivo perquirido por tal medida⁴⁸⁷ – a relação meio-fim⁴⁸⁸ –, mas da efetividade prática de

⁴⁸⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 129.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 591. Sobre tal relação, explicita Humberto Ávila: “[...] A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do

proteção do bem jurídico tutelado e da prevenção à ofensa àquele. Em primeiro lugar, uma vez que não está no escopo das competências do poder judiciário o revolvimento empírico, ao intérprete da lei resta a análise de justificação para a escolha do legislador e, em assim sendo, bastará a análise da existência de um bem jurídico tutelado pela norma e a análise da contribuição da norma na tutela de outro bem jurídico relevante para que se declare a norma idônea.

Nota-se, logo, que o revolvimento político-criminal do legislador é absoluto, muito embora encontre limites na existência de um bem jurídico tutelado pela norma. No entanto, em segundo lugar e em decorrência daquele primeiro ponto, registre-se que o método empírico de aferição do sentido do mundo dos fatos, ao se manter restrito à relação sujeito-objeto, não supera a inferência das idiossincrasias subjetivas na valoração do dado pelo sujeito e a petição de princípio inerente à ideia de escalonamento de conceitos, igualmente empíricos, para se alcançar o objeto – eis que na relação sujeito-objeto sustenta-se que a linguagem seria apenas um meio pelo qual se organizam aqueles conceitos até se chegar ao objeto⁴⁸⁹.

Daí que a aferição do sentido de um estado de coisas, isto é, ao que aqui concerne, das demandas político-criminais práticas, carece de um método racional de aferição do sentido do dado empírico objeto de análise. Tal se dá, eis que não há que se falar em descolamento da realidade prática, mas apenas na racional compreensão desta, vez que a valoração do conceito material de delito e, mais concretamente, da conduta proibida objeto de análise visa a superação do direito como um ato descritivo do mundo dos fatos e o reconhecimento do agir prescritivo e racional do direito e, por tal, produto de um ato de valoração humana. No âmbito da teoria do delito, a primeira aproximação àquela superação verifica-se já nas obras de Franz Von Liszt e Max Ernst Mayer os quais, a partir do racional neokantiano, conforme leciona Teresa Aguado Correa, se debruçaram sobre o axioma da idoneidade ora em análise, mas sob a alcunha de princípio da idoneidade e

Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver uma relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Hartmut Maurer – cai o exame de proporcionalidade, pela falta de pontos de referência, no vazio. O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174.

⁴⁸⁹ Cf. Capítulo “3”, primeira parte.

entendido como a necessária aferição do bem jurídico a partir das hipóteses de merecimento de pena, necessidade de proteção e capacidade de proteção⁴⁹⁰.

O merecimento de proteção ou de pena e a necessidade de proteção seriam conformados pela capacidade de proteção que assinala o ponto nodal do axioma idoneidade. Trata-se da valoração da hipótese delitiva como capaz de atingir os fins do direito penal,⁴⁹¹ em especial quando este é erigido dentro de determinado ordenamento jurídico como meio de tutela de bens jurídicos positivados na Constituição ou desta derivados. Assim, a idoneidade exige da lei penal a efetiva capacidade de prevenção à ofensa ao bem jurídico tutelado, isto é, à criação de risco não permitido. Conforme afirma Gloria Lopera Mesa, essa capacidade deve ser lida em seu aspecto positivo, ou seja, como concretização da tutela preventiva, e não sob o seu aspecto negativo de análise da indiferença ou diminuta capacidade de lograr aqueles fins preventivos⁴⁹². Nesse sentido, o axioma idoneidade vincula-se ao princípio da ofensividade – ou lesividade –, ao passo que exige o compromisso do legislador no que toca à norma primária, à descrição clara, certa e determinada da ação comissiva ou omissiva de modo que seja possível identificar e valorar a capacidade de tais condutas de ofender ao bem jurídico tutelado⁴⁹³.

Essa relação com o princípio da ofensividade constringe à exclusão da criminalização de juízos morais e de condutas relevantes tão somente o subjetivo do agente.⁴⁹⁴ No âmbito da norma secundária, de aplicação da sanção penal, a idoneidade vincula diretamente o fundamento da pena.⁴⁹⁵ Essa, como reflexo da norma primária, a norma de conduta, assume o caráter preventivo da ofensividade ao bem jurídico tutelado,

⁴⁹⁰ Nesse sentido, afirma Teresa Aguado Correta que “[e]s a partir de esta capacidad de protección cuando se suele hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho Penal, capacidad que habrá que valorar teniendo en cuenta todas las condiciones reales del sistema penal” (AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 151).

⁴⁹¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal *In*: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 214.

⁴⁹² AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 151 e LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 276.

⁴⁹³ LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 275.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 276.

⁴⁹⁵ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 151-152.

isto é, da criação de risco não permitido, de modo que devem ser rechaçadas as teorias absolutas da pena, eis que estas fundamentam a pena a partir do mérito justo ou injusto dos juízos morais tutelados, isto é, dos bens jurídicos e da conduta perpetrada, a qual será moralmente certa ou errada, de modo que a pena passa a ser uma retribuição moral justa⁴⁹⁶. Contudo, a teor do quanto asseverado por Norberto J. De La Mata Barranco, para que exista uma natureza preventiva – especial ou geral – da pena, esta deve ter um dado paradigma que deverá ser prevenido, ou seja, um determinado comportamento definido que altera o mundo dos fatos e que, por tal razão, carece de prevenção a fim de assegurar a idoneidade do bem jurídico.⁴⁹⁷

Muito embora sejam, no todo, pertinentes as três hipóteses estruturantes do princípio da idoneidade ofertada pelos já mencionados juristas versados sob a racionalidade neokantiana, a partir do instituto da proporcionalidade tal qual estruturado neste trabalho, seja sob o enfoque constitucional ou penal, tem-se a necessidade de proteção como o segundo axioma daquele instituto, de modo que aquele será tratado de forma individual mais adiante. Ademais, conforme será explicitado, a valoração do axioma necessidade em momento posterior à análise do merecimento de pena propõe uma estruturação argumentativa mais eficaz em prol do quanto perquirido pela proporcionalidade de resguardo dos direitos fundamentais afetados pela norma penal,⁴⁹⁸ eis que uma vez identificada a necessidade de tutela penal do bem jurídico tutelado, desnecessária seria a análise do merecimento de pena. No entanto, como bem afirma Jesús-

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 151-152.

⁴⁹⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal in LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 221. Nesse sentido, compete atenção ao quanto asseverado por Gloria Lopera Mesa no que toca à idoneidade e cuja explicação aplica-se às normas primárias e secundárias: “Conforme a este criterio, la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo. Satisfecha la anterior exigencia, a continuación se trata de establecer si la conducta prohibida representa al menos un peligro abstracto para el bien jurídico que fundamenta la intervención”. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 276. Ainda, sobre os delitos de perigo abstrato compete singular atenção à obra AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.

⁴⁹⁸ Cf., assertivamente, ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 130 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho pPenal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 43.

María Silva Sánchez, há bem jurídicos que necessitam de tutela mas, pelas circunstâncias práticas, não são merecedores de pena.

Entende-se, então, o axioma idoneidade como conformação do merecimento da pena com a efetiva capacidade de tutela do bem jurídico, isto é, da imposição da norma secundária em razão da capacidade de proteção ao bem jurídico tutelado da norma secundária. Desse modo, de acordo com Tereza Aguado Correa, poder-se-ia dizer que o princípio da idoneidade encontra amparo na ideia político-criminal de merecimento de pena e, notadamente, diferencia-se sensivelmente do axioma idoneidade tal qual propugnado por uma teoria de estrita ponderação entre direitos fundamentais. Ao passo que se fundamenta o merecimento de pena a partir do princípio da ofensividade – ou lesividade –, pressupõe-se, também, o atendimento do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, muito embora parte da doutrina aloque tal princípio no axioma necessidade como segunda estrutura do instituto da proporcionalidade.⁴⁹⁹ Contudo, como assevera Norberto J. De La Mata Barranco, uma vez que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos opera como limite político-criminal ao legislador e, por tal, é pressuposto do instituto da idoneidade, é possível entender a idoneidade como um axioma positivo⁵⁰⁰ que exige o compromisso com as finalidades do direito penal e a necessidade como um axioma negativo que opera como limite intransponível ao legislador⁵⁰¹.

Não obstante, a considerar a ideia de merecimento de pena como a leitura simultânea do princípio da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos, mais precisas parecem as posições doutrinárias que alocam tal hipótese político-criminal no terceiro axioma que estrutura o instituto da proporcionalidade *latu sensu*, qual seja, a proporcionalidade em sentido stricto,⁵⁰² eis que esta tem por escopo a análise da

⁴⁹⁹ Cf. AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Madrid: EDERSA, 1999. p. 159 et seq., e SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 525 et seq.

⁵⁰⁰ Nesse sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

⁵⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 217 et seq.

⁵⁰² Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 42-43, e KUDLICH, Hans. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal: contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 92. Para uma compreensão ampla da controvérsia

proporcionalidade entre o grau de afetação dos direitos fundamentais e o grau de satisfação do fim perquirido pela norma penal. Em outros termos, questiona-se se a imposição de pena é o meio adequado à tutela do bem jurídico em face do grau de afetação aos direitos fundamentais. Assim, a análise do merecimento de pena abarca não só a questão do princípio da ofensividade e, logo, do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, mas, também, a análise quanto à adequação da imposição de pena a fim de tutelar o bem jurídico e prevenir a prática da conduta delitativa; é preciso que se valore, após a análise e valoração dos dois primeiros princípios, se o direito penal é o único meio adequado à tutela perquirida.

Nota-se um esvaziamento no axioma idoneidade, por um lado, pelas propostas teóricas que alocam o seu ponto nodal, qual seja, o merecimento de pena, na proporcionalidade em sentido *stricto* – ou adequação – e, por outro lado, pelas hipóteses teóricas que mantêm o merecimento de pena dentro da idoneidade, mas retiram dessa os princípios da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos. Nesse sentido, contudo, é possível afirmar que a idoneidade penal diz, precisamente, com a exigência de que o direito penal esteja atrelado, de forma efetiva, a um fim, muito embora as construções normativas da dogmática penal sobre a idoneidade – isto é, os instrumentais formais para se analisar e valorar a lei penal – estejam alocadas em outras estruturas do instituto da proporcionalidade.⁵⁰³ Essas estruturas, já no âmbito do controle de constitucionalidade formal da lei penal, operam como elementos normativos contrafáticos para a análise do compromisso do legislador com a valoração da idoneidade da norma penal, eis que, como já se disse, o labor da dogmática penal demonstra que o revolvimento de dados empíricos e mera análise da existência de um bem jurídico tutelado pela lei, tal qual é o conceito de tal axioma identificado nas propostas doutrinárias de Robert Alexy⁵⁰⁴,

conceitual das estruturas do instituto da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal, DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.

⁵⁰³ KUDLICH, Hans. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal: contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales 2018. p. 93.

⁵⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 592.

não são suficientes para conferir a efetividade do fim de tutela de direitos fundamentais buscado pela Constituição⁵⁰⁵.

Tal quadro não difere no âmbito do axioma necessidade. De acordo com Carlos Bernal Pulido, o direito penal apenas se faz necessário quando não houver outros meios, dotados da mesma idoneidade, para a tutela do bem jurídico.⁵⁰⁶ Assim, seria inconstitucional a imposição de pena desnecessária à tutela de determinado bem jurídico diante do desproporcional grau de afetação do direito fundamental do sujeito objeto da norma. Nesse sentido manifesta-se Robert Alexy, para quem, assim como ocorre com a máxima da idoneidade, a necessidade estrutura-se em uma relação meio-fim,⁵⁰⁷ de modo que a valoração quanto à necessidade – e a idoneidade – de determinada norma penal demanda a análise do grau de afetação do direito fundamental a partir do fim perquirido pelo legislador, isto é, de tutela de determinado bem jurídico penal.

Contudo, aqui, novamente, consoante já asseverado, se trata de uma escolha de variantes ou possibilidades fáticas por parte do legislador; o fim perquirido pelo legislador estaria atrelado à reserva legal do parlamento o qual, em tese, exerce um trabalho de revolvimento empírico e prático (pela linguagem) sobre a necessidade de se tutelar determinado direito fundamental a partir de determinado meio estatal. Assim, cria-se um limite ao controle de constitucionalidade da lei penal que é o de operar dentro da análise das possibilidades epistêmicas da decisão do legislador, ou seja, da análise da existência de uma justificativa jurídica para a escolha do legislador. Assim, a valoração quanto a necessidade da utilização ou não do direito penal para a tutela do bem jurídico fica restrita à deliberação do legislador.

⁵⁰⁵ É pertinente a observação de Mariângela Gama de Magalhães Gomes segundo a qual o juízo de prognóstico e efeitos *ex post* da norma penal não podem ser integralmente previstos no processo de aferição *ex ante* do direito uma vez que o legislador, ainda que pautado por premissas empíricas, está atrelado ao corte fático temporal presente de modo que demandas práticas político-criminais podem mudar a compreensão, isto é, a aferição do sentido de determinado dado empírico. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 132.

⁵⁰⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante e colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 130.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 591.

E quanto ao revolvimento empírico que seria por ele realizado, consoante já afirmado, tal método carece de outro método racional de compreensão do dado empírico o qual, por sua vez, deve ser aferido a partir do revolvimento de demandas político criminais que vão além de um dado isolado que demande criminalização. É por essa razão a importância da criação de axiomas normativos que funcionem na diminuição das lacunas deixadas pelos métodos empíricos e, nesse sentido, é acertada a posição de Ricardo Robles Planas ao afirmar que a criminalização de condutas não diz com a demanda empírica do direito penal em face a outras alternativas de meios sancionatórios, mas sim com a valoração axiológica da relevância penal da conduta⁵⁰⁸. Ademais, como já se disse, o revolvimento empírico, não encontra espaço na competência da atividade judiciária; porém, pode ser laborado pela dogmática penal no que toca ao controle constitucional material mediante a construção de elementos normativos os quais, seguidamente, podem operar como controle de constitucionalidade formal da lei penal. Ao que importa neste momento, o controle de constitucionalidade formal da lei penal exige, tão somente, a descrição e a demonstração da necessidade da intervenção penal no direito fundamental do sujeito. Essa exigência fundamenta-se no princípio da intervenção mínima do direito penal⁵⁰⁹, o qual pode ser compreendido, mais precisamente, a partir das suas resoluções nos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal⁵¹⁰.

O primeiro assevera que o direito penal tão somente pode intervir quando seja estritamente necessário à “utilidade social geral”⁵¹¹, isto é, mais precisamente, à prevenção da criação de risco proibido ao bem jurídico. Assim, muito embora reconheça-

⁵⁰⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 124.

⁵⁰⁹ Cf., por todos, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 159; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 215; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 44 et seq.

⁵¹⁰ Cf., por todos, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999. p. 159, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 83, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379 e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14 – ainda que o professor brasileiro não rotule a exigência de gravidade da lesão pela característica de fragmentariedade do direito penal, a subdivisão do princípio da intervenção mínima na obra em causa é clara.

⁵¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

se a solidez da norma primária, a qual identifica o bem jurídico a ser tutelado e descreve a conduta passível de criação de risco àquele, tem-se que em face da existência de outros meios menos lesivos aos direitos fundamentais, como sanções administrativas ou civis, deve-se dar a essas a preferência⁵¹². Esses são, conforme assevera Jesús-María Silva Sánchez, os efeitos externos do referido princípio e dizem com o conceito comum identificado na doutrina penal do princípio da subsidiariedade – ou *ultima ratio* – do direito penal⁵¹³. Contudo, há, igualmente, efeitos internos de singular relevância que dizem com a exigência de que se escolha, dentro do espectro das sanções de natureza penal, a sanção menos gravosa.⁵¹⁴ O princípio da fragmentariedade do direito penal, por sua vez, dispõe que a intervenção penal deve estar atrelada à gravidade da lesão ao bem jurídico⁵¹⁵.

A exigência da gravidade da lesão ao bem jurídico faz com que o princípio da fragmentariedade tenha como escopo assegurar que o direito penal tenha como fundamento um fim preventivo e, por tal, constitui parte da ideia de merecimento de pena e não, precisamente, da necessidade de pena. Tal se dá, eis que a necessidade é um axioma que se sustenta sob uma lógica mais utilitarista do que preventiva.⁵¹⁶ Isso, contudo, não ocorre com os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade – *ultima ratio* – do direito penal vez que, aqui, opera-se com um limite negativo ao legislador: diante da existência de meios menos gravosos aos direitos fundamentais afetados pela norma penal, o direito criminal deve ser dispensado. Contudo, essa característica mínima do direito penal leva a uma lógica utilitarista eis que, uma vez alçada na ideia segundo a qual o direito penal apenas poderá intervir de forma subsidiária diante da gravidade de sua ofensa aos direitos fundamentais ou, mais amplamente, de todos os princípios afetados pela norma, é crescente a utilização desse conceito para impor a sanção criminal a condutas cuja tutela por outros meios se mostrou ineficiente. O princípio da fragmentariedade do direito penal, por sua vez, ao exigir a gravidade da lesão ao bem jurídico pela conduta,

⁵¹² Ibidem, p. 379.

⁵¹³ Cf., por todos, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 84 e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

⁵¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379-380.

⁵¹⁵ Cf., por todos, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 84, BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral. v. 1. p. 53, e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 14.

⁵¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 379.

igualmente, exige a identificação desta no tipo penal de modo que aquele, contingencialmente, deve ser compreendido em conformidade com o princípio da ofensividade – ou lesividade – do direito penal.

Neste ponto, é possível assinalar algumas premissas para a segura estruturação do instituto da proporcionalidade sob o enfoque a dogmática penal. A idoneidade exige que o direito criminal se justifique a partir de um fim; esse fim pode ser formatado pelos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da fragmentariedade do direito penal e da ofensividade. Tais princípios dizem com a ideia de merecimento de pena e tratam, mais precisamente, da valoração da adequação da sanção criminal à tutela do bem jurídico tendo em vista o grau de afetação dos direitos fundamentais pela norma penal. Por sua vez, a necessidade reponde ao princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal de modo que responde a uma lógica utilitarista de criminalização de condutas. Tem-se, portanto, a pertinência das propostas teóricas que estruturam o instituto da proporcionalidade, sob o enfoque do direito penal, com o merecimento de pena como primeiro axioma normativo e a necessidade o segundo.

Tal se dá eis que a necessidade, consoante já afirmado, é um racional de construção do direito essencialmente utilitário e, por tal, possui uma força imediata de afetação do discurso político-criminal imediatista: ao asseverar-se que determinado bem jurídico necessita de tutela penal, o passo seguinte de análise do merecimento de pena perderia eficácia e violaria o princípio de vedação da proteção deficitária dos direitos fundamentais⁵¹⁷ – note-se que, aqui, não se fala de mandados de criminalização, implícitos ou explícitos, mas sim do efetivo reconhecimento do Estado da necessidade de tutela do bem jurídico de modo que, se assim é, o seu resguardo seria medida imperiosa – e é a negativa de valoração do direito penal qual laborado pela dogmática penal, vez que todas as construções dessas deixam de ser consideradas⁵¹⁸. Ademais, alocar o axioma merecimento de pena como exame primordial no instituto da proporcionalidade não significa adentrar o controle de constitucionalidade material da lei, vez que se trata de primado básico da filosofia analítica e, mais precisamente, da lógica

⁵¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*: mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 45.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

formal dedutiva⁵¹⁹. Se a *ultima ratio* do direito penal – isto é, o princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade do direito penal – é o conceito penal do axioma necessidade, há um pressuposto abstrato anterior, necessário, do qual decorrem tais princípios: a existência de um bem jurídico penalmente tutelável. Em assim sendo, o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico é, *per se*, o pressuposto lógico da necessidade e, por tal, são os demais princípios que conformam a ideia de merecimento de pena.

Como produto do quanto asseverado até aqui, compete assentar a seguinte hipótese teórica: o processo de criminalização deve considerar, em primeiro lugar, se a conduta merece a imposição de uma pena; seguidamente, em caso positivo, se há a necessidade da imposição da pena e, em caso negativo, deve-se prescindir da hipótese de criminalização, eis que desproporcional e, logo, inconstitucional⁵²⁰. Ademais, é por essa razão, qual seja, a valoração da adequação da imposição de pena na tutela do bem jurídico, isto é, na prevenção da criação de risco não permitido, que o merecimento de pena cumpre ser alocado no axioma proporcionalidade em sentido *stricto*. Consoante posição de Hans Kudlich, se a pergunta que o axioma proporcionalidade em sentido *stricto* faz à lei penal é quanto à adequação – e razão pela qual é comum a identificação deste terceiro axioma pela palavra adequação⁵²¹ – da norma para alcançar seus objetivos sem o menor custo aos direitos fundamentais dos afetados, a questão diz, precisamente, com a valoração se a tutela do bem jurídico deve ser feita pelo direito criminal.

Sem embargo, aqui é importante ressaltar um preciso alerta de Hans Kudlich sobre os efeitos da crescente tomada de posição doutrinária penal no tratamento diferenciado entre a normas de conduta – preceito primário – e a norma de sanção – preceito secundário: é preciso que não se perca a ideia de que essas normas devem ser valoradas em conjunto na análise da legitimidade da hipótese delitiva⁵²². Tal se dá, eis que a hipótese teórica que identifica os fins do direito penal pelo fim da pena, igualmente, identifica o fim da norma de conduta com o fim da pena. Mas, para que as

⁵¹⁹ Cf. Capítulo “2”, Seção “ 2.1.”, primeira parte.

⁵²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis*: mitigar el dolor del Derecho penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018. p. 44-45.

⁵²¹ Cf. KUDLICH, Hans. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal*: contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018. p. 91.

⁵²² *Ibidem*, p. 92.

normas constitucionais não percam força normativa, é possível e necessário a manutenção dessa cisão e, igualmente, a manutenção da valoração de um dos principais componentes que estrutura as normas de condutas, qual seja, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e os demais princípios deste decorrentes, pelo menos em sede de valoração da adequação (proporcionalidade em sentido stricto) da norma penal⁵²³.

Nesse sentido, uma vez que para a dogmática constitucional, versada no racional teórico de Robert Alexy, o último elemento do instituto da proporcionalidade consiste, tão somente, no exercício de comparação entre o grau de afetação do direito fundamental tutelado e o grau de efetiva realização do objetivo da intervenção estatal⁵²⁴, tal hipótese leva a uma justificação utilitarista e consequencialista⁵²⁵ da lei penal. Como será a seguir discorrido, a fundamentação da proporcionalidade em sentido *stricto* no arrimo da dogmática penal aqui defendida encontra maior efetividade no controle de constitucionalidade formal da lei penal, isto é, na análise do compromisso do legislador penal com as estruturas formais do conceito material de delito, quando aferida a partir da ideia de merecimento pena já discorrida.

Preliminarmente à análise deste último ponto, é indispensável que se esclareça que há posições variantes na dogmática constitucional que propõem a exclusão da proporcionalidade em sentido stricto ou a adição de uma quarta estrutura, qual seja, a legitimidade dos fins perquiridos pela norma que deveria ser valorada antes das outras três⁵²⁶. A primeira posição dogmática carece de relevância sob o enfoque da dogmática penal aqui delineada, tendo em vista a conformação entre o princípio da proporcionalidade em sentido *stricto* com o axioma idoneidade e a remodelação integral do instituto da proporcionalidade; e a segunda, igualmente, não demanda digressões neste trabalho, uma vez que o controle de constitucionalidade formal visa a análise e a valoração do cumprimento de princípios formais na construção e interpretação da lei penal de modo que

⁵²³ Ibidem, p. 92.

⁵²⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 130.

⁵²⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 125.

⁵²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002. p. 35.

esse é o limite, aqui em foco, da análise da legitimidade da política criminal do legislador penal.

Já ao mérito, note-se que o método de ponderação entre princípios, em especial, penais, está presente em todos os três axiomas⁵²⁷, mas na análise da proporcionalidade em sentido *stricto* à ponderação, isto é, a discricionariedade do legislador penal não se dá mais no âmbito das variantes e das possibilidades fáticas, mas sim jurídicas⁵²⁸. Esse exercício de ponderação é elaborado por Robert Alexy a partir da lei do sopesamento, estruturada em três momentos: “[...] [n]o primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio”⁵²⁹. Nesse sentido, muito embora o legislador seja detentor de um juízo de discricionariedade sobre variáveis empíricas no âmbito dos axiomas idoneidade e necessidade, a análise da proporcionalidade da lei no que toca à proporcionalidade em sentido *stricto* opera dentro de um espectro de possibilidades jurídicas, ou seja, apenas normativo de ponderação de direitos fundamentais.

Isso ocorre porque o teste de sopesamento acima descrito é, essencialmente, uma tríade de estruturas normativas de justificação, ou seja, é essencialmente um critério que demanda ao legislador e ao intérprete penal a justificação da hipótese delitiva que se mostre idônea e necessária quando houver, ainda, conflito entre direitos fundamentais, seja com a aparição de um outro direito fundamental suscitado, por exemplo, pelo controle de constitucionalidade em razão de alguma hipótese político-criminal fundamental⁵³⁰ ou, simplesmente, pela manutenção da existência do conflito

⁵²⁷ Cf. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal *In*: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014. p. 529 et seq.

⁵²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 593. De forma pormenorizada, por todos, CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad (*Idea, validation and criticism of the principle of balancing*). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 47, n. 139, jan./abr. 2014. p. 77-79.

⁵²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 594.

⁵³⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 592 et seq.

originário entre os direitos fundamentais mesmo após ultrapassados os dois primeiros passos da estrutura analítica da proporcionalidade⁵³¹.

Conforme explicita Virgílio Afonso da Silva, para que uma medida estatal seja “[...] considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”⁵³². Por tal razão, é neste momento que a crítica à hipótese teórica alexyana encontra seu ponto incisivo em face do instituto da proporcionalidade, e tal se dá diante da ausência de critérios de compreensão do subjetivismo inerente à aferição do grau, ou peso, de afetação “como leve, médio ou intenso”⁵³³ do legislador penal e, em especial, do intérprete e aplicador da norma penal em sede de controle de constitucionalidade⁵³⁴. Jaime Cárdenas Gracia, inclusive, assinala que se trata da análise do peso abstrato de cada princípio a partir da análise dos valores sociais de uma sociedade concreta⁵³⁵; essa valoração abstrata – normativa – deve se dar sob o enfoque das variantes fáticas já eleitas pelo legislador e que justificaram a idoneidade e a necessidade da medida sob análise.

Assim, para Robert Alexy, a proporcionalidade em sentido *stricto* seria o método racional de compreensão dos dados empíricos sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio⁵³⁶. Contudo, esses seriam critérios racionais desenvolvidos, tão somente, sob o enfoque de satisfação de mandamentos constitucionais, uma vez que tais critérios são estritamente formais e não conferem um limite material ao subjetivismo do legislador e do intérprete da lei penal. Quando se limita o direito criminal ao direito constitucional, como já se disse, olvida-se a possibilidade de integração da práxis ao direito posto, isto é, da

⁵³¹ De acordo com o Jaime Cárdenas Gracia, “[...] las cargas argumentativas funcionan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula de peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos, el empate en principio favorece la intervención del legislador a menos de que se trate de intervenciones en la libertad o igualdad jurídica”. CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad (*Idea, validation and criticism of the principle of balancing*). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 47, n. 139, jan./abr. 2014. p. 79.

⁵³² SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002. p. 42.

⁵³³ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 131.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁵³⁵ CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad (*Idea, validation and criticism of the principle of balancing*). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 47, n. 139, jan./abr. 2014. p. 78.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 79.

política criminal laborada sob o arrimo de axiomas normativos como se empenha a dogmática penal. Assim, como afirma Ricardo Robles Planas, a proporcionalidade em sentido *stricto*, com a mera ponderação entre direitos fundamentais na análise entre o grau de efetividade da norma penal e o custo aos direitos afetados, convalida uma lógica utilitária que opera como fonte de expansão penal uma vez que o bem estar de muitos passa a ser argumento de justificação do sacrifício do direito de poucos⁵³⁷. Como bem afirma Jürgen Habermas, é um princípio racional constituído para a justificação de juízos morais, mas não pode ser tido como um axioma normativo de construção – ou reconstrução – do agir humano, vez que tem como fundamento, precisamente, a não percepção do indivíduo como tal, uma vez que não tem como escopo a construção normativa de aferição do sentido de um juízo moral que integre a todos⁵³⁸.

A já mencionada relação meio-fim na qual se fundamenta a ponderação trata, essencialmente, da exigência de critérios “intersubjetivos”⁵³⁹ aptos a controlar e justificar uma estrutura concreta como legítima a perquirir os seus fins. Trata-se, assim, de um método racional de justificação do sentido de um direito quando direitos fundamentais colidirem, não a partir da simples valoração destes pelo legislador ou intérprete do direito, mas a partir do produto da lei do sopesamento, isto é, a partir da ideia da identificação do interesse de maior peso. Essa ideia, como bem assinala Ricardo Robles Planas, está no ponto nodal da crítica aqui desenvolvida sob análise: primeiro, a proporcionalidade confia no decisionismo do ato legiferante na eleição do direito fundamental de maior peso e, em segundo lugar, trabalha essa questão sob a lógica da pretensão de universalidade⁵⁴⁰ com a afeição dos direitos fundamentais como algo externo ao sujeito ou, mais precisamente, às relações sociais que conferem sentido àqueles⁵⁴¹.

⁵³⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 125.

⁵³⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora UNESP, 2018. p. 47.

⁵³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174.

⁵⁴⁰ Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. p. 169.

⁵⁴¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 127 - 128.

Esses são os dois dos principais pontos da hipótese teórica defendida neste trabalho e dizem, precisamente, com a problemática do objetivismo moral⁵⁴² e do método de aferição do sentido da práxis. Consoante já afirmado, o sentido dos direitos fundamentais, quando buscado por um racional argumentativo, tal qual propõe Robert Alexy, não pode olvidar que o sentido do agir humano e, logo, da proposição normativa que enuncia e sintetiza um direito fundamental, é aferido por um terceiro observador e produzido a partir de relações comunicativas intersubjetivas. Nesse sentido, ao buscar-se o sentido da lei penal em um catálogo de valores⁵⁴³ que está fora da prática em que se desenvolve o sujeito, nega-se ao direito o seu sentido como prática social; ao conferir aos direitos fundamentais a característica de um juízo moral, isto é, com pretensão de universalidade em razão de seu conteúdo e não de sua forma, a hipótese teórica em causa abandona a relação sujeito-sujeito e retorna à relação sujeito-objeto.

É por essa razão que a proporcionalidade em sentido *stricto* sob o enfoque penal, isto é, da dogmática penal que traz o racional doutrinário deste trabalho, é estruturada a partir do conceito material de delito e a ideia de merecimento de pena. Assim, em substituição à tríade da lei do sopesamento alexyana, a estruturação formal do presente axioma dá-se pelos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade e da intervenção mínima sob a ótica da subsidiariedade. São, contudo, declaradamente, requisitos formais, em especial, para o controle de constitucionalidade da lei penal de modo que a identificação do compromisso, por parte do legislador, da consideração e valoração desses princípios não afasta a necessidade do controle de constitucionalidade material da lei penal, cujos postulados deverão ser laborados na conformação dos demais direitos fundamentais e, em especial, os princípios penais, com os postulados da dogmática penal a fim de aferir o sentido daqueles a partir da práxis.

⁵⁴² Sobre esse ponto, é importante a análise da crítica de Jürgen Habermas a Robert Alexy, em especial no que toca ao objetivismo ético. SANTOS, Fernando Ferreira dos Santos. *Direitos fundamentais e democracia: O Debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010.

⁵⁴³ Cf. PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019. p. 52.

5.4. Dogmática penal como meio de inclusão da política criminal e fonte de valoração da lei penal

A teor do quanto discorrido na primeira parte desta pesquisa, ao tomar por esteio epistemológico o giro linguístico e a evolução da filosofia da consciência à filosofia da linguagem – trata-se da razão como cerne do conhecimento humano; não a razão kantiana da relação sujeito-objeto, mas a razão prática produto da relação sujeito-sujeito –, não é possível afastar a premissa segundo a qual a valoração é inerente à compreensão do direito ao passo que se mostra imperiosa a tomada de posição quanto à fonte de valoração da norma penal.

Muito embora não se possa olvidar que as incursões sobre a função e a existência ou não de força vinculante da dogmática penal em face da produção legislativa estão no cerne da fundamentação e diferenciação das teorias do delito, em especial na análise comparativa entre propostas de cariz ontológico e normativo, tais discussões tomaram novo fôlego com os efeitos do segundo pós-guerra e da globalização⁵⁴⁴ com a emergência de um “Estado-Nação”⁵⁴⁵ após a queda do muro de Berlim. Com olhos postos no crescimento da demanda por um direito penal comunitário, em especial no âmbito da União Europeia, bem como na proliferação de regulamentações internacionais, alguns autores expressaram preocupação com possíveis divergências entre esse amplo compilado normativo e a dogmática penal alemã com suas propostas de conceito analítico de delito e, em especial, de conceito material de delito.

Primeiramente, a hipótese da crítica volta-se à dogmática penal lastreada na racionalidade argumentativa diante da ausência de idôneo consenso argumentativo em razão da complexidade das posposições teóricas da dogmática e, por tal, da dificuldade de internacionalização da teoria do delito. Em segundo lugar, argumenta-se contra a dogmática penal normativa eis que esta, tanto sobre o enfoque do incremento de

⁵⁴⁴ Cf. ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76., mai./jun. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=79706. Acesso em: 22 fev. 2020.

⁵⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 40.

elemento normativo no conceito analítico de delito, como na sua proposta de um conceito material de delito, igualmente normativo, formularia conceitos que não se adéquam ao compilado legislativo produzido no cenário transnacional – comunitário – e internacional. Sem pretensão de exaustividade, identifica-se, ainda, um terceira hipótese crítica quanto à capacidade de rendimento da teoria do delito desenvolvida pela dogmática penal germânica *latu sensu* ou, mais precisamente, conforme conceituou Bernd Schünemann, do *mapci*⁵⁴⁶ alemão – racionalidade jurídica – no revolvimento da política criminal nacional, internacional ou comunitária.

Antes de adentrar a análise de mérito da primeira hipótese de aporia, é preciso delimitar de qual dogmática penal se trata. Consoante já discorrido ao início do presente trabalho, as teorias do delito que sustentam a ideia segundo a qual o legislador delimita o conteúdo da norma primária e da norma secundária e, assim, veda a ocorrência de um resultado naturalístico, descartam a necessidade não apenas da valoração do texto do tipo penal pelo seu intérprete⁵⁴⁷, mas, igualmente, da própria valoração do conceito de crime. São teorias de cariz causalista que partem da cisão entre direito e moral já no âmbito da produção legislativa diante da suposta capacidade descritiva do mundo dos fatos e trabalho empírico do legislador.

Teorias do delito pautadas em uma racionalidade neokantiana, a despeito de concederem ao direito penal uma racionalidade analítica de construção de elementos normativos, partiriam da aferição do delito a partir do estudo determinista-causal da política criminal. Em assim sendo, nessa última hipótese delitiva, não há vazão a aferição de um conceito de delito mediante hipóteses normativas. Ainda, as teorias do delito de cariz finalista conferem ao desvalor do resultado a possibilidade de valoração, mas limitam o desvalor da ação ao método descritivo/positivista da conduta humana e razão pela qual tais teorias, igualmente, apontam um óbice ao conceito material de delito tendo em vista que a abertura valorativa da norma é voltada ao *Ser*. No cenário da dogmática penal alemã, então, é a emergência do normativismo pelo funcionalismo

⁵⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 48.

⁵⁴⁷ Cf. VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra : Thomson Aranzadi, 2007.

sistêmico, em especial, e a metodologia hegeliana que se encontram, essencialmente, no foco da crítica aqui debatida.

Em destaque na dialética europeia sobre a temática em causa, Joachim Vogel se debruçou sobre o que chamou de “teoria da legisilación penal” em trabalho amplamente traduzido e republicado sobre a política criminal e a dogmática penal europeia,⁵⁴⁸ e no bojo do qual, a toque, afastou a possibilidade de imiscuir a política criminal na dogmática, eis que aquela tratar-se-ia de uma disciplina dotada de premissas científicas próprias, de autonomia com assentado reconhecimento e, igualmente, voltar-se-ia a questões materiais, isto é, ao conteúdo das leis penais. De outra sorte, uma teoria da legislação penal deveria se atrelar ao desenvolvimento de parâmetros formais para a constituição legislativa, isto é, aos contornos do “procedimento legislativo” e da “forma de la ley”⁵⁴⁹.

A despeito da acentuada formalidade de tal proposta, ao adentrar na análise da racionalidade daqueles dois axiomas, o professor da Universität Tübingen discorre, mediante estreita ligação com a Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas, sobre os critérios nodais de uma racionalidade legislativa, quais sejam, o revolvimento empírico das propostas legislativas, a valoração dos critérios utilizados pelos estudos empíricos, a higidez dos cânones constitucionais, eis que limites hermenêuticos intransponíveis, e a convergência com os postulados da política criminal manifestados pela opinião pública. Por sua vez, a dogmática penal deveria se pautar nos limites constitucionais e nos anseios políticos criminais inseridos naquela racionalidade legislativa cujo sentido seria aferido do cotejo analítico em busca do *melhor argumento*⁵⁵⁰ – axioma analítico central da teoria *habbermasiana*. Não se trata da razão iluminista pautada na pretensão da verdade de valores morais objetivos – o que se mostra insustentável,

⁵⁴⁸ VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal.) *Revista de Derecho Penal Y Criminología*, n. 11, p. 249-265, 2003. p. 252.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 252.

⁵⁵⁰ Cf. VOGEL, Joachim. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. *Revista Penal*, n. 11, p. 138-150, 2003. p. 150. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>.

inclusive, em face da União Europeia – mas sim da razão prática obtida por intermédio da linguagem⁵⁵¹.

Contudo, após 2012, Joachim Vogel assumiu severa postura crítica em face do ideal vinculante da dogmática, posteriormente aderida, entre outros, pelo autor germânico amplamente traduzido e republicado, em especial no Brasil, Kai Ambos⁵⁵². Essa linha epistemológica objurga a capacidade de rendimento da dogmática jurídica alemã, dominante no cenário internacional europeu do *civil law*, diante da ausência de compromisso com os requisitos próprios de uma teoria argumentativa do consenso; reputa-se às teorias que traçam as linhas mestras da referida dogmática um empenho laboratorial acadêmico, demasiadamente complexo, e fechado à análise prévia das condições culturais e político-criminais dos diversos ordenamentos jurídicos ao passo que tal cenário se agrava no âmbito do direito penal internacional e transnacional⁵⁵³.

Contudo, quanto à alegação da demasiada hermeticidade dos postulados da dogmática alemã, em especial a de cariz normativo, Bernd Schünemann oferece precisas contrarrazões que trazem como argumento nodal o fato de que a racionalidade jurídica alemã se volta à ampla discussão e ao debate crítico das fontes

⁵⁵¹ Nesse sentido, assevera Joachim Vogel que: “[...] el giro de la nueva filosofía hacia el lenguaje: razón y racionalidad ya no son entendidas como categorías apriorísticas, sino como categorías transmitidas a través del lenguaje y su uso, como razón «comunicativa» o racionalidad «comunicativa». El más reciente y, a mi juicio, importante intento de elaborar una teoría de la democracia y el Derecho sobre este fundamento debe agradecerse a Jürgen Habermas. VOGEL, Joachim. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal.) *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, p. 249-265, 2003. p. 255.

⁵⁵² Segundo Bernd Schünemann, Kai Ambos seguiu a posição tomada por Joachim Vogel quem, “em 2012, enfileirou-se àqueles que se queixaram de ‘pastores de uma comunidade de fé’, bem como de uma ‘perturbadora distância democrática’”. Kai Ambos recentemente repetiu isso múltiplas vezes e clamou por uma (percebida por ele como ainda ausente) “abertura e pela adoção de uma metodologia discursiva”, e ainda buscou acentuar o significado global de sua diatribe através de uma dupla publicação na Alemanha e outras em línguas espanhola e portuguesa. SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional*. Tradução e coord. Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 22. Nesse sentido, a exemplo, AMBOS, Kai. El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, p. 141-174., jul./set. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=120936. Acesso em: 2 nov. 2019.

⁵⁵³ Cf. VOGEL, Joachim. La internalización del Derecho Penal y del Proceso Penal. *Revista Penal*, n. 22, Jul. 2008. VOGEL, Joachim. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. *Revista Penal*, n. 11 p. 138-150, 2003. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/>. Último acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

jurídicas até às decisões judiciais⁵⁵⁴, bem como há uma intensa discussão sobre recortes fáticos e, mais precisamente, casos práticos⁵⁵⁵ cujo debate visa constranger as proposições normativas vigentes a evoluir de modo a incorporar o que se manifesta como uma nova demanda político-criminal ou rechaçar o que se mostra como expansionismo penal desmedido. Ademais, a teor do quanto discorrido, o modo de manifestação da práxis no funcionalismo de Niklas Luhmann é, precisamente, pela incorporação da complexidade de modo que nenhum ato comunicativo é excluído no esquema lícito/ilícito de aferição do sentido do direito, ao passo que a metodologia hegeliana, igualmente, incorpora todas as manifestações práticas em um todo concreto a partir do qual os sentidos são objetos de determinação e individualização e, logo, sem exclusão prévia de atos comunicativos.

No que toca à suposta não adequação da dogmática penal alemã aos sistemas normativos internacionais e comunitários, note-se, como igualmente já se disse, que em paralelo a tal crítica corre, igualmente, a crítica da escassez democrática de tais compilados legais normativos diante da falta de revolvimento argumentativo, eis que a fonte de elaboração são composições burocráticas e instâncias administrativas, e, igualmente, da falta de compromisso com princípios político-criminais basilares à autodeterminação do sujeito⁵⁵⁶.

Por fim, no que toca à crítica quanto à falta de empenho laboral empírico em torno das premissas da dogmática penal, são necessárias duas frentes de análise. A primeira, de fundamento epistemológico, diz com o fato de que a dogmática penal com pretensão de universalidade da teoria do delito, quando laborada sob a racionalidade argumentativa, trabalha o elemento normativo como elemento contrafático no cotejo analítico do recorte empírico da realidade⁵⁵⁷. Por uma segunda frente de análise, no que concerne à alegada ausência de revolvimento da demanda prática da política criminal, seja ela analisada no contexto nacional, comunitário ou internacional, como já se disse, a

⁵⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional. Tradução e coord. Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 49 et seq.

⁵⁵⁵ Como exemplo, o método *Gutachtenstil* visa o estudo da parte geral do direito penal a partir da estruturação de casos práticos a partir de axiomas teóricos. Nesse sentido, HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 69 et seq.

⁵⁵⁶ Cf. Capítulo “1”, primeira parte.

⁵⁵⁷ Cf. Capítulo “5”, Seção “5.1.”, segunda parte.

dogmática penal alemã de cariz normativo fundamenta-se, precisamente, na necessidade de construção da teoria do delito como um sistema aberto com vistas à incorporação do valor na construção e na interpretação da norma penal⁵⁵⁸. Em sede de *lege ferenda*, o conceito de delito – analítico e material – trata-se da elaboração de axiomas normativos com pretensão de universalidade, isto é, elaborados sobre o arrimo de uma racionalidade argumentativa e, também, sistêmica. Já em sede de *lege lata*, o conceito de delito, em especial sobre o enfoque analítico, e seus axiomas normativos permitem a interpretação e aplicação da lei penal com a valoração dos elementos constitutivos do tipo penal a partir da práxis, ou seja, da política criminal demandada por determinada sociedade.

Do quanto exposto até aqui, revela-se que a busca pela uniformização e harmonização do direito penal, em sedes comunitárias, e, também, ainda que sobre outra vinculação jurídica, em sede internacional, poderá ser efetivada mediante a eleição de um critério racional analítico de axiomas normativos dotados de pretensão de universalidade, a fim de unificar-se o que se entende por delito, em seu aspecto formal e material. A dogmática penal, quando trabalhada sob o espeque de um agir comunicativo sério, com busca pela otimização dos meios de elaboração dos consensos argumentativos, atenta à valoração *contrafática* de elementos empíricos, é a porta para a sistematização do conceito de delito.

⁵⁵⁸ Nesse sentido, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018 e SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 87 et seq.

6. APROXIMAÇÃO À UMA HIPÓTESE PRÁTICA: A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º, §1º, DA LEI Nº 13.254 DE 13 DE JANEIRO DE 2016, COM A ALTERAÇÃO PARCIAL DA REDAÇÃO PELO ARTIGO 1º DA LEI Nº 13.428, DE 30 DE MARÇO DE 2017, SOB O ENFOQUE DA PROPORCIONALIDADE COMO PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA

A partir da conformação entre a primeira parte e a segunda parte deste trabalho, é possível aferir que o maniqueísmo entre as teorias descritivas e justificadoras do direito ou, como comumente identificadas, entre as teorias versadas no positivismo jurídico e suas variadas vertentes e as teorias que emergiriam paradigma constitucional do segundo pós-guerra, centralizou-se em uma retórica disfônica de debate sobre a neutralidade do direito ao passo que se olvida a necessária divisão entre a neutralidade moral e a neutralidade valorativa do direito. Se a primeira se mostra admissível, essa última é tarefa inócua e, ademais, é que bom que assim seja tendo em vista que a pluralidade dos sentidos da linguagem é o meio que possibilita o desenvolvimento humano. Identifica-se essa diafonia, no que toca ao instituto da proporcionalidade, quando utiliza-se esse, para além do seu caráter de método de construção do direito ou, mais precisamente, de aferição do sentido do direito, como justificação - paradoxalmente, positivista⁵⁵⁹ - da existência de obrigações constitucionais de criminalização de condutas e, ainda, como princípio impeditivo da descriminalização de condutas.

Essas duas últimas assertivas giram em torno dos pontos ofuscados das teorias que sustentam variações de um objetivismo ético e a limitação do direito constitucional pelo direito penal e, em assim sendo, necessitam enfrentar sensíveis questões teóricas que retratam problemas práticos.

A utilização do direito penal como meio estrito de operacionalização de mandados constitucionais implica em deixar de reconhecer o direito

⁵⁵⁹ Cf. ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 120.

como prática social uma vez que emprega um recorte fático passado para regular, politicamente, o presente com a imposição de limitações materiais à atividade do legislador ordinário na eleição da política criminal. Nesse mesmo sentido, a reclamação por juízos morais objetivamente compartilhado por todos procura fora das relações sociais os referenciais político-criminais que deveriam ser a manifestação da prática social.

Ademais, a amplitude fática das normas constitucionais não deixa dúvida que o legislador ordinário, como intérprete, preencherá o vazio do conteúdo normativo e limitará a abertura fática daquelas. Em assim sendo, a pretensão de segurança jurídica com a limitação *ex ante* do legislador ordinário pelas normas constitucionais, em especial, pelos direitos fundamentais, sem o desenvolvimento de estruturas racionais do discurso de justificação da norma infraconstitucional finda na ausência de qualquer efetividade limitativa da Constituição. A falta de uma atividade dogmática apta a apreender as demandas político-criminais dentro de um discurso dotado de publicidade, racionalidade, isto é, disposto de forma lógica a partir de critério cognitivos claros, e acompanhado de dados empíricos, os quais permitem a ampliação do debate público ao conferirem referenciais para o desenvolvimento da contra-argumentação, abandona o discurso jurídico na arbitrariedade. Isso porque, se renegada uma compreensão indutiva do mundos dos fatos, o método dedutivo que toma o espaço carece de legitimidade diante do subjetivismo latente e dos limites próprios do método empírico.

Assim, se a política criminal encerrada na Constituição não reflete, *per se*, a demanda prática pela relevância penal de determinada conduta e o método dedutivo, empírico, não escapa à pluralidade de sentidos da linguagem e olvida a análise histórica que conformou o objeto da análise, a doutrina constitucional limitada, e.g., à ponderação entre variantes fáticas e jurídicas, como a proporcionalidade sob o racional de Robert Alexy, ou à determinação *ex ante* do sentido do direito a partir da aferição do princípios como juízos morais, tal qual propugnado por Ronald Dworkin, carece, igualmente, de critérios cognitivos aptos a aferir o sentido da práxis penal.

Mostra-se, então, a relevância do papel da dogmática penal que identifica cenários político-criminais complexos e se debruça sobre métodos de análise e valoração de grupos de fatos a fim de aferir axiomas normativos aptos a integralizar a

prática ao direito posto. Aqueles cenários se tornam ainda mais complexos quando as condutas que são reputadas como causa de desestabilização social têm como referência bens jurídicos difusos de difícil precisão prática ou não fazem referência direta a uma circunstância fática abstrata certa e determinada. Essas formas de criminalização são recorrentes no direito penal econômico, no âmbito do qual, contudo, as crises econômicas ampliam a racionalidade penal e provocam o desenvolvimento de medidas de tutela das relações sociais fundamentadas não apenas no racional repressivo, mas também preventivo e arrecadatório. O trabalho da dogmática passa a ser sensivelmente desafiado e os seus critérios, em face de cenários de crise que, por vezes, levam aos vícios da racionalidade dos atos legiferantes e judiciais, mostram-se ainda mais essenciais na limitação da expansão penal.

Como bem assinala Renato Silveira, para cada paradigma de crise econômica é possível verificar uma movimentação circunstancial do direito penal, o que não causa espécie uma vez que esse já tem como base axiológica os atritos entre direitos fundamentais e os atritos sociais⁵⁶⁰. A crise financeira de 2008 demonstrou os vícios dos já comeditos programas de regulação do mercado financeiro de compra e venda de ações norte-americano e a importância de medidas preventivas sistematizadas em programas de *compliances*⁵⁶¹. Contudo, prossegue o professor da Universidade de São Paulo, os efeitos da referida crise igualmente provocaram respostas com naturezas arrecadatórias, tal qual percebido em programas de benefícios penais em troca da regularização e repatriação de valores a fim de amortizar as máculas do sistema econômico nacional correspondente. Trata-se de uma política criminal assumida, também⁵⁶², pelo ordenamento jurídico brasileiro com o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, originariamente objeto da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016 (RERCT), a partir da assimilação de repostas internacionais ao colapso econômico de 2008 cujos efeitos acometerem a economia pátria de forma tal que a crise econômica foi a pauta declarada do parlamento para o provimento do processo de *impeachment* da Presidente da República em 2016⁵⁶³.

⁵⁶⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 21 e seguintes.

⁵⁶¹ Ibidem, p. 26 - 27.

⁵⁶² Ibidem, p. 27.

⁵⁶³ Ibidem, p. 18.

Aqui, portanto, identifica-se o exemplo da problemática utilização da proporcionalidade ou, mais precisamente, do princípio da proibição de insuficiência, como meio de obrigação de criminalização e de não descriminalização de condutas que então tutelavam, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, diante do descolamento dessa proposição teórica, mais adiante discorrida, da *práxis* penal.

Como aproximação de uma hipótese prática, aqui será feita a análise da constitucionalidade do artigo 5º, §1º, da mais acima referida Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016, a qual dispõe sobre o “[...] Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País”⁵⁶⁴ e pode ser identificada como “[...] lei de regularização cambial e tributária de ativos não declarados no exterior [...]”⁵⁶⁵ tendo em vista o sentido preciso que tal definição oferece. Aquele dispositivo legal, com a alteração parcial da sua redação pelo artigo 1º da Lei nº 13.428, de 30 de março de 2017, extingui a punibilidade dos delitos previstos no artigo 1º e no artigo 2º, I, II e V da Lei nº 8.137/90, na Lei nº 4.729/65, nos artigos 297, 298, 299 e 337-A do Código Penal, no artigo 22 da Lei nº 7.942/86 e no artigo 1º da Lei nº 9.613/98, em contrapartida à repatriação ou à regularização de ativos mantidos no exterior nos termos dos demais dispositivos da referida lei. Tratam-se de crimes tributários e das falsidades utilizadas como crimes-meios quando a “potencialidade lesiva”⁵⁶⁶ desses encerrar no *iter criminis* daqueles primeiros delitos, do delito de evasão de divisas e dos delitos de lavagem de capitais, na hipótese do crime antecedente se tratar dos antes mencionados, isto é, previstos nos demais incisos do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254/2016.

Antes de adentrar à descrição dos bens jurídicos tutelados pelas hipóteses delitivas objetos de descriminalização, compete esclarecer que o artigo 1º da Lei nº 13.428 de 30 de março de 2017 alterou a redação do mencionado artigo 5º, §1º, para a complementação da norma com os seguintes elementos objetivos descritivos: “[...]”

⁵⁶⁴ Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016. Publicada no Diário Oficial da União em 14 de janeiro de 2016. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm#art5%C2%A71. Último acesso em 04 de março de 2020.

⁵⁶⁵ Cf., SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 48.

⁵⁶⁶ Ibidem, artigo 5º, §1º, IV, da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016.

recursos, bens e direitos a serem regularizados nos termos desta Lei [...]”⁵⁶⁷ e “[...] praticados até a data de adesão ao RERCT [...]”⁵⁶⁸ a fim de clarear que a extinção da punibilidade tem como limite os delitos previstos no inciso nos incisos dispositivo legal em causa e praticado até a adesão efetiva ao RERCT, a qual se dá, a teor do quanto disposto no artigo 5º, *caput*, da Lei nº 13.254/2016, com as entregas das declarações e pagamento integral dos impostos e da multa previstos, respectivamente, nos artigos 6º e 8º da referida lei⁵⁶⁹.

Já ao mérito, as condutas que foram objetos de descriminalização tutelam bens jurídicos afetados, direta ou indiretamente, da Constituição da República. Os tipos penais previstos nos artigos da Lei nº 8.137/90 e na Lei nº 4.729/65 encontram em parte da doutrina especializada a ideia de arrecadação tributária⁵⁷⁰ como bem jurídico-penal tutelado pela norma e, sem que se olvide a existência de posições diversas, nota-se, contudo, que se trata de uma abstração fática aferida a partir da valoração da práxis, isto é, de atos comunicacionais – trata-se de claro indicativo da insuficiência do método empírico para aferir o sentido único do mundo dos fatos ao passo que não mais se pode negar, seriamente, que tal sorte de abstração fática não gere efeitos práticos – e que tem como referencial cognitivo a regulamentação do sistema tributário nacional pela Constituição da República, essencialmente a partir do artigo 145 e seguintes. O delito de sonegação de contribuição previdenciária, previsto no artigo 337-A do Código Penal é, igualmente, um crime tributário⁵⁷¹, isto é, que visa, ainda que também indiretamente, a tutela do sistema tributário nacional - apesar do legislador penal ter inserido tal hipótese delitiva no

⁵⁶⁷ Artigo 1º da Lei nº 13.428 de 30 de março de 2017. Publicada no Diário Oficial da União em 31 de março de 2017. Disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=3&data=31/03/2017>. Último acesso em 04 de março de 2020.

⁵⁶⁸ Idem.

⁵⁶⁹ Artigo 5º, *caput*, da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016. Publicada no Diário Oficial da União em 14 de janeiro de 2016. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm#art5%C2%A71. Último acesso em 04 de março de 2020.

⁵⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Extinção de punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas In Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos. (Coord.) Aldo de Paulo Junior, Eduardo Perez Salusse e Heloisa Estellita. 1. Ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016, p. 249.

⁵⁷¹ Cf., SOUZA, Luciano Anderson de. Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral (arts. 328 a 337-A) In Código Penal Comentado. Miguel Real Júnior (Coord.). 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 996, e TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Crimes tributários e Anistia: aspectos práticos In Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos. (Coord.) Aldo de Paulo Junior, Eduardo Perez Salusse e Heloisa Estellita. 1. Ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016, p. 249.

“Capítulo II”⁵⁷² do Código Penal como suposta tutela da administração em geral fato que, acertadamente, Luciano Anderson Souza configurou como “medida atécnica por parte do legislador, verdadeiramente lastimável (...)”⁵⁷³ – e que tutela, também, o direito social à previdência, previsto no artigo 6º da Constituição da República.

O mesmo se dá no que toca ao delito de evasão de divisas, no âmbito do qual é, inclusive, mais sensível a dificuldade da doutrina em identificar qual é o bem jurídico tutelado. Hipóteses teóricas com singular relevo na discussão pública da matéria, ao assumirem o compromisso em dar uma resposta a um estado de coisas, empenharam-se com afincos e aprofundamento científico para talhar a abstração fática que se mostraria carente de tutela e afirmam, a exemplo, que o bem jurídico-penal tutelado pelo delito de evasão divisas seriam as “[...] reservas cambiais brasileiras e o controle das informações cambiárias pelo Estado [...]”⁵⁷⁴. Não obstante, consoante afirma Flavio Antônio da Cruz⁵⁷⁵, a despeito das particularidades dos diversos bens jurídico-penais tutelados pela Lei nº 7.492/1986, há uma convergência entre todas as figuras típicas ali constantes, dentre elas a evasão de divisas, que diz com o referencial cognitivo de tutela do sistema financeiro nacional, assentado no artigo 192 da Constituição da República.

No que toca à lavagem de capitais, igualmente, verifica-se a posição de parte da doutrina especializada em identificar o bem jurídico tutelado pela norma na referência a determinada abstração fática que se manifesta, tão somente, nos atos comunicativos identificados no âmbito de relações intersubjetivas, tal qual a administração

⁵⁷² Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Publicado no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Último acesso em 04 de março de 2020.

⁵⁷³ SOUZA, Luciano Anderson de. Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral (arts. 328 a 337-A) In Código Penal Comentado. Miguel Real Júnior (Coord.). 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 996.

⁵⁷⁴ ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes contra o sistema financeiro nacional In Direito Penal Econômico: leis penais especiais. 1. Vol. Luciano Anderson de Souza e Marina Pinhão Coelho Araújo (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 164. Nesse sentido, por todos, FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. O crime de evasão de divisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; BRENDA, Juliano; BITENCOURT, Cezar Roberto. Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010 e TAVARES, Fábio Antônio. O crime de evasão de divisas sob a ótica do direito penal mínimo. 1. Ed. São Paulo: LiberArs, 2015. Em sentido contrário, em razão da posição pela inconstitucionalidade da tutela penal de controles estatais. TÓRTIMA, Fernanda Lara; TÓRTIMA, José Carlos. Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da lei 7.492. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

⁵⁷⁵ CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão Temerária, evasão de divisas e aporias In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 18, n. 86, set-out/2010, p. 106.

da justiça⁵⁷⁶. Tal se dá eis que a hipótese teórica da administração da justiça como objeto de tutela da norma visa vincular o delito antecedente da lavagem de capitais não apenas como elemento normativo objetivo constitutivo do tipo penal, mas como requisito à conformação da tipicidade material tendo em vista que um dos fins da norma é, precisamente, “[...] garantir os instrumentos para a apuração e julgamento dos delitos anteriores e a recuperação de seu produto”⁵⁷⁷. Contudo, mostra-se igualmente como objeto da norma ou, mais precisamente, a teor do quanto afirmam Pierpaolo Cruz Bottini e Gustavo Badaró, como “centro gravitacional”⁵⁷⁸ da norma, a tutela a um direito fundamental previsto no artigo 170 da Constituição da República, qual seja, a ordem econômica, tendo em vista o propósito de evitar a integração de valores ilícitos naquela norma e, assim, assegurar a equidade das relações sociais na participação da economia formal⁵⁷⁹.

Quantos os delitos pela práticas de falsos, previstos nos artigos 297, 298 e 299 do Código Penal, o legislador inseriu tais práticas no “Título X”⁵⁸⁰ como tutela da fé pública; muito embora não haja uma vinculação clara com a Constituição da República, vislumbra-se o interesse do legislador de tutelar a idoneidade de documentos, públicos ou privados, que geram direitos e obrigações em face da Administração Pública ou de terceiros no âmbito privado. De qualquer forma, uma vez que tais delitos apenas são objeto de extinção da punibilidade para fins do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.256/2016 quando forem crimes-meios para as práticas das demais hipóteses delitivas já discorridas, compete limitar-se à análise dessas últimas em razão, inclusive, da maior relevância constitucional das condutas reprovadas.

⁵⁷⁶ Nesse sentido, por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/2012, com alteração da Lei 12.683/2012. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 81 e seguintes; PODVAL, Roberto. O Bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 209-222., out./dez. 1998. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17208. Último acesso em 04 de março de 2020.

⁵⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/2012, com alteração da Lei 12.683/2012. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 81.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 83.

⁵⁷⁹ Ibidem, p. 82 e seguintes.

⁵⁸⁰ Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Publicado no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Último acesso em 04 de março de 2020.

Muito embora seja possível aferir para cada um dos tipos penais passível de descriminalização pela lei de regularização de ativos, com suas alterações, em comento, referências, diretas ou indiretas, à Constituição da República, como bem assevera Renato Silveira, a relevância das condutas tuteladas no âmbito da ordem tributária e financeira se inserem no racional do direito penal econômico tendo em vista o foco na tutela na ordem econômica, prevista no artigo 170 da Constituição da República. A identificação dessa relação não se presta a conferir o sentido da lei penal, isto é, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, da lei penal tendo em vista o demasiada abrangência fática do que se entende por ordem econômica e a limitação a observância desse bem jurídico na análise do primeiro axioma da proporcionalidade, por exemplo, seria confirmar a crítica que vê no princípio da exclusiva proteção do bem jurídico ferramenta de expansão do direito penal. Note-se, contudo, que a utilização da ordem econômica como limiar cognitivo na construção da norma criminalizante de natureza tributária ou financeira – entre outras⁵⁸¹ – permite, como afirma o mais acima referenciado professor da Universidade de São Paulo, criar uma sistematicidade, atualidade e coerência na construção da norma. Notadamente, acrescenta-se um referencial como elemento cognitivo e contrafático no momento de aferir o sentido da práxis.

A preocupação com a sistematicidade apontada por Renato Silveira muito embora tenha como objeto de referência, essencialmente, a percepção do estado de coisas vigente, é bem explicitada Karl-Heinz Ladeur em sua crítica, a partir da sua racionalidade sistêmica, inclusive fundamentada por assertivas de Gunther Teubner⁵⁸², à consideração dos direitos fundamentais como mandados de otimização cujo objetivo final é aferir o sentido final da norma constitucional a partir de valoração de possibilidades empíricas e jurídicas *ad-hoc*, o que torna ineficaz a consideração da Constituição como limite cognitivo na construção de norma. Note-se que há um breve paralelo funcional que pode ser feito entre uma racionalidade argumentativa voltada ao consenso e uma racionalidade versada na teoria dos sistemas: ao passo que a primeira, como já se disse, trabalha como elementos contrafáticos para a análise de dados empíricos para a valoração

⁵⁸¹ Cf., SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 48.

⁵⁸² Cf., TEUBNER, Gunther. La constitucionalización de la sociedad global. Trad. Manuel Cancio Melía. In: TEUBNER, Gunther. El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005.

o sentido do mundo dos fatos, a teoria dos sistemas utiliza-se da relação binária entre lícito/ilícito.

Preliminarmente, não se trata da crítica da atividade valorativa do legislador ordinário, mas do esvaziamento da leitura sistemática entre todos os direitos fundamentais uma vez que ao final do método de ponderação tratam-se de escolhas subjetivas entre as normas constitucionais. Nesse sentido, consoante hipótese teórica de Karl-Heinz Ladeur, o Estado Social teve como objetivo formador originário assentar as demandas de grandes grupos sociais, contudo, essas demandas se multiplicaram geometricamente a partir de interesses de pequenos, muitos e variados grupos sociais com alta capacidade de influir na decisão e fragmentação política⁵⁸³. Tal fenômeno é impulsionado quando se busca o sentido dos direitos fundamentais em uma análise circunstancial que, por tal, olvida os efeitos a longo prazo da decisão legiferante e a afetação dessa decisão dentro de uma análise global da sociedade. Em crítica ao Estado intervencionista hipertrofiado, Karl-Heinz Ladeur alerta que o desmedido alargamento das funções daquele demanda uma ampla produção normativa a fim de regulamentar essas funções⁵⁸⁴ que não encontram pronta satisfação executória pelos óbices da já mencionada crise de governabilidade⁵⁸⁵.

Aquela posição sobre a teoria política do Estado, não visa a redução da atuação estatal, mas a utilização dos direitos fundamentais como “[...] parâmetros de orientações [...]”⁵⁸⁶, sistematicamente valorados uma vez existiriam manifestações políticas práticas transsubjetivas como a “[...] auto-organização social da economia, dos meios de comunicação e etc [...]”⁵⁸⁷ que encontram referências em variados direitos fundamentais e que poderiam ser excluídas da tutela estatal em face de uma valoração voltada as possibilidades fáticas e jurídicas incidentes no momento da

⁵⁸³ LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. Tradução de Ricardo Campos e Pedro Henrique Ribeiro In Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 139.

⁵⁸⁴ Ibidem, p. 138.

⁵⁸⁵ Cf. Capítulo “1”, primeira parte.

⁵⁸⁶ LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais. Tradução de Ricardo Campos e Pedro Henrique Ribeiro In Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 139.

⁵⁸⁷ Idem.

construção e interpretação daqueles direitos. Daqui, ademais, retira-se a problemática da ausência dos efeitos deontológicos dos mandados de otimização, tal qual laborados por Robert Alexy. Esses, uma vez entendido como valores morais carentes de concretização, permite que se afaste a relevância de um direito fundamental na análise do caso prático o que demonstra a ausência efeitos deontológicos, isto é, de dedução de deveres inerentes a partir da compreensão do direito fundamental⁵⁸⁸.

Sem embargo, como afirma Renato Silveira, apenas assistiria razão à alegação que a referência à ordem econômica como objeto de tutela do direito penal econômico excluiria a relevância jurídica de “[...] da produção, distribuição e consumo de bens e serviços (sentido amplo) [...]”⁵⁸⁹ em caso de limitação da aferição do bem jurídico a partir dos interesses positivados na Constituição. Consoante discorrido mais acima, em especial no que toca ao delitos objetos de descriminalização pela de regularização de ativos, o fim da lei penal deve ser identificada a partir de demandas concretas, indiferentemente do método racional do conhecimento humano, tendo em visa a amplitude fática do bem jurídico ordem econômica e dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição. Essa limitação do direito penal pelo direito constitucional, por um lado, promove a expansão do direito penal e, por outro lado, o descolamento da funções do estado diante das demandas sociais. Por tal razão é acertado a hipótese teórica de Renato Silveira afirma que existem bens jurídicos mediatos e imediatos tutelado pela norma; os primeiros dizem com os interesses supraindividuais específico, o qual se afere da demanda

⁵⁸⁸ Nesse sentido, conforme afirma Ricardo Robles Planas: “En mi opinión, es necesaria una reformulación en clave deontológica del principio de proporcionalidad penal que cierre la puerta a aquellas facultades del legislador penal para disponer según convenga de los derechos de los ciudadanos, algo que la actual configuración del principio de la proporcionalidad no presta, sino todo lo contrario.”. ROBLES PLANAS, Ricardo. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019. p. 129). Registre, contudo, que a lógica deontológica não encontra fundamento na teoria do sistemas de modo que é necessário cautela para não operar-se uma confusão metodológica do conhecimento humano. No entanto, a teoria do sistemas, igualmente, rechaça a noção de sentido *prima facie* do direito uma vez que o sentido da práxis é aferido a partir da relação binária lícito/ilícito que reduz a complexidade do sistema sem excluir nenhum ato comocional, ou seja, sem a exclusão das manifestações concretas sobre os direitos fundamentais. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Prevención y garantías: conflicto y síntesis. In *Doxa*. N. 25 (2002). ISSN 0214-8876, pp. 139-175, p. 163. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2002-n25-prevencion-y-garantias-conflicto-y-sintesis>. Último acesso em 05 de março de 2020.

⁵⁸⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 49.

da prática social, e os segundo com interesses supraindividuais encontrados em sua forma genérica na Constituição⁵⁹⁰.

Nesse sentido, sem que se mostre necessário, para o quanto perquirido neste tópico, o aprofundamento e análise crítica⁵⁹¹ da legitimidade dos bens jurídicos supraindividuais e assumindo o posicionamento de que as figuras típicas ora abordadas tutelam essa espécie de bem jurídico, compete, contudo, reiterar o quando já discorrido anteriormente⁵⁹², isto é, que os nodais arrimos racionais que sustentam a legitimidade desses bens ou mesmo pela insuficiência da teoria do bem jurídico em face da existência de normas penais no âmbito das quais sequer é possível a identificação certa e determinada de um bem jurídico, não descolam da Constituição como referencial cognitivo, seja no momento de valorar a legalidade ou a proporcionalidade da lei penal sob o enfoque dos direitos fundamentais tutelados pela norma ou dos direitos fundamentais afetados pela norma.

Se não se nega a vinculação, direta ou indireta, com a Constituição da República pelos delitos, em especial, de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, sonegação fiscal e outras hipóteses delitivas tributárias, algumas posições teóricas versadas, especialmente, no paradigma Constitucional do segundo pós-guerra, poderiam questionar a constitucionalidade do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254/2016 em face do princípio da proteção deficiente dos bens jurídicos – e, logo, dos direitos fundamentais incidentes - , a outra face da proporcionalidade, mais precisamente, sob o enfoque da suposta impossibilidade de descriminalizar conduta que tutelam aqueles bens jurídicos. A esse questionamento, a teor do quanto discorrido em todas as páginas desta pesquisa, a resposta aqui construída afirma a constitucionalidade do referido dispositivo.

Preliminarmente, faz-se necessário esclarecer que muito embora a proporcionalidade opere como meio de controle e proibição de excesso (*Übermaßverbot*) na interferência dos atos estatais na vida privada, aquela não pode ser identificada, tão

⁵⁹⁰ Idem.

⁵⁹¹ Para conhecimento da análise crítica, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; _____. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁹² Cf. Capítulo “5”, Seção “5.2.”, primeira parte.

somente, como tal uma vez que se trata de uma estrutura analítica que tem por objetivo a concessão de limites cognitivos para a deliberação material do legislador ordinário. A lógica formal da proporcionalidade, seja sob o enfoque estritamente constitucional pelo trinômio idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido *stricto*, seja sob o enfoque da dogmática penal, é dedutiva, ou seja, os critérios deverão ser aplicados de forma subsidiária e em sequência e o produto final poderá ser verdadeiro ou falso dentro desse arrimo racional. Em outros termos, consoante afirma Virgílio Afonso da Silva, o fato da proporcionalidade ser aplicada em casos nos quais não se conclui pelo excesso estatal, mas sim pela legalidade da lei objeto de análise, é suficiente para evidenciar a impossibilidade de identificar a proporcionalidade com a proibição de excesso⁵⁹³.

A questão, contudo, gira em torno dos efeitos do que seria a outra face da proporcionalidade, qual seja, a proibição de insuficiência⁵⁹⁴ ou *Untermaßverbot* e a legitimidade da utilização da proporcionalidade como meio de imposição de tutela, em especial penal, aos bens jurídicos que figuram na Constituição ou que são desses decorrentes. Em decorrência dessas imposições de tutela, as quais estariam implícitas ou explícitas na Constituição, a violação à proibição de insuficiência identificar-se-ia na omissão estatal ou na insuficiência da ação estatal na tutela a determinado bem jurídico. Para além dessas duas consequências, e ao que toca mais sensivelmente este tópico, a violação à proibição de insuficiência, igualmente, identificar-se-ia na descriminalização de condutas então tipificadas pelo ordenamento jurídico em atendimento à uma imposição de tutela⁵⁹⁵.

Assinala Carlos Bernal Pulido que a evolução do Estado liberal ao Estado Social em suas diferentes variantes resultou não apenas na ampliação significativa dos direitos fundamentais, mas, essencialmente, em uma ampliação conformada por direitos de defesa do cidadão contra o Estado e de proteção, os quais demandam a tutela

⁵⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável in *Revista dos Tribunais*. volume 798, 2002, p. 29.

⁵⁹⁴ Apesar da tradução de *Untermaßverbot* ser comumente descrita como proteção de insuficiência, como bem afirma Ingor Sarlet, há outros conceitos presentes na doutrina nacional associados ao *Untermaßverbot* como “proibição de omissão” e “proibição por defeito”. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99-100.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 99.

Estado⁵⁹⁶. Essa concepção teórica diacrônica encontra em Claus-Wilhelm Canaris um sensível aprofundamento crítico que, mais precisamente, trabalhou as hipótese em que esses direitos de proteção se manifestam como imperativos de tutela⁵⁹⁷; a partir dessa proposição, o referido teórico alemão conferiu os contornos da ideia de proibição de insuficiência, princípio esse que foi, posteriormente, assumido pelo Tribunal Constitucional Alemão⁵⁹⁸. A despeito da ciência que a obra de Claus-Wilhelm Canaris, “Direitos Fundamentais e Direitos Privados”, tenha como escopo talhar uma hipótese teórica apta a vincular, com singular aprofundamento, o direito privado aos direitos fundamentais, a sua concepção de proibição de insuficiência como vedação pela Constituição “[...] que se desça abaixo de um certo nível de proteção”⁵⁹⁹ é utilizada por parte da doutrina constitucional, em especial a brasileira⁶⁰⁰, como referência à segunda função da proporcionalidade.

Como estrutura analítica que é, o resultado da aplicação da proporcionalidade poderá concluir que a lei objeto de análise é constitucional quando atendidos, sob o enfoque constitucional, o trinômio adequação (idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido stricto, ou, sob enfoque penal, o merecimento e necessidade de pena. Por outro lado, o objeto da análise poderá ser inconstitucional em face do não atendimento de algum desses critérios formais. Nesse caso, a inconstitucionalidade poderá ser verificada na desproporcionalidade em razão do excesso ou da insuficiência. Ora, notadamente, como bem afirma Jesús-María Silva Sánchez, quando se afere, sob o arrimo

⁵⁹⁶ PULIDO, Carlos Bernal. O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosa Bustamante e colaboração de Bruno Stiegert. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 111.

⁵⁹⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 58.

⁵⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 60. Ingo Wolfgang Sarlet ressalta, ainda, a importância da proposição teórica de Joseph Isensee. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos "fundamentalismos" hermenêuticos. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos "fundamentalismos" hermenêuticos, p. 54. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=98977 . Último acesso em 08 de março de 2020.

⁵⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 59-60.

⁶⁰⁰ Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99-100 e FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

da dogmática constitucional, o desvalor de uma conduta como criminalização idônea (adequação) e necessária, a análise da adequação da pena (proporcionalidade em sentido *stricto*) ou, mais precisamente, do merecimento de pena mediante a ponderação com o grau de afetação dos demais direitos fundamentais, perde a razão de ser eis que a não aplicação da pena macularia o princípio da proibição de insuficiência.⁶⁰¹

Em assim sendo, se por um lado, a problemática de aplicação da proporcionalidade pela leitura estritamente constitucional se manifesta já nesse momento uma vez que impede a valoração político-criminal da pena a partir da práxis penal, circunstância essa que apenas demonstra a necessidade da releitura crítica da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal⁶⁰², por outro lado verifica-se que a problemática, sob a ótica estritamente constitucional, não diz com a proibição de insuficiência em si, mas com os efeitos dessa identificação de inconstitucionalidade e, ao que aqui importa, com a aproximação da noção de proibição de insuficiência aos imperativos de tutela e os efeitos desses últimos.

A violação à proporcionalidade por insuficiência só encontra fundamento da causa de pedir, no caso brasileiro, no mandado de injunção⁶⁰³, previsto no artigo 5º, LXXI, da Constituição da República e regulamentado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho e 2016, ou na ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁶⁰⁴, a qual configura-se a partir da combinação entre o artigo 102, I, “a”, e o artigo 103, *caput* e §2º, todos daquele documento constitucional. Em ambo os casos, os objetos das ações são a omissão ou a insuficiência da ação estatal – omissão integral ou parcial - na tutela dos direitos fundamentais, mas, igualmente, em ambos os casos a decisão judicial que prover as

⁶⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 45.

⁶⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho Penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 44-45.

⁶⁰³ No que toca ao mandado de injunção, afirma o referido dispositivo legal que “[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Conforme assinalam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, a toque se evidenciam duas impropriedades no texto de lei: a liberdade é um direito fundamental e todos aqueles que detêm nacionalidade brasileira são destinatários de todos os direitos fundamentais positivados na Constituição de modo que não se trata de prerrogativas. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019, p. 426.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 145 e seguintes.

ações penais não encontra meios legais de impor a reparação dessa insuficiência ou omissão ao parlamento.

Afirma o artigo 102, §3º, da Constituição da República que uma vez identificada a inconstitucionalidade por omissão, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o poder legislativo será cientificado para que toma as providências cabíveis e, no que toca aos órgãos administrativos, a esses é concedido o prazo de 30 (trinta) dias para a regularização da omissão. Assim, como bem assinala Dimitri Dimoulis, o agente público da administração pública direta ou indireta ou o agente político que descumpra uma decisão judicial são passível de responsabilização disciplinar e criminal⁶⁰⁵. Não obstante, dessa posição não decorre a imposição ao poder legislativo, executivo e, inclusive, das próprias instâncias administrativas do próprio poder judiciário, de elaborar, editar e publicar atos legiferantes uma vez que se trata, apenas, de responsabilização individual do agentes públicos e políticos destinatários da decisão judicial⁶⁰⁶.

O artigo 8º da Lei nº 13.300, de 23 de junho e 2016, por sua vez, traz em seus três incisos os efeitos legais da injunção declarada pela decisão judicial, são eles: “ I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.”⁶⁰⁷. O aludido dispositivo acrescenta, ainda, em seu parágrafo único o que segue: “ Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma”.⁶⁰⁸ Aqui, vez mais, identifica-se a ausência de qualquer consequência prática da decisão judicial em face dos órgão

⁶⁰⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019, p. 161.

⁶⁰⁶ Utilizar-se, contudo, dessas formas de responsabilização viola o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República eis que suprime a deliberalidade política de ambos os poderes.

⁶⁰⁷ Artigo 8º da Lei nº 13.300 de 23 de junho de 2016. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm . Último acesso em 08 de março de 2020.

⁶⁰⁸ Idem.

competentes, do poder legislativo ou da administração pública em geral, editar a norma regulamentadora.

Não se pode olvidar, contudo, que o agir criativo e legiferante da jurisprudência pátria encontrou meios de contradizer aquelas últimas assertivas⁶⁰⁹. Contudo, adianta-se que esses meios adotado desbordam dos limites do compilado legal mais acima discorrido e, ademais, violam o princípio da legalidade, da reserva legal, da separação de poderes e o artigo 1º do Código Penal. Não obstante, ao que importa ao presente tópico, a ausência de meios de imposição pelo poder judiciário de criminalização de condutas pelo legislador, isto é, de efetiva edição de normas penais, é a primeira problemática dos efeitos da proibição de insuficiência ou, mais precisamente, dos efeitos práticos dessa última. Outra problemática diz com a arguição de inconstitucionalidade da lei que descriminaliza condutas então tuteladas pelos legislador originário em atendimento a um imperativo de tutela⁶¹⁰. Esse é o ponto que toca, diretamente, o questionamento quanto à constitucionalidade do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254/2016 diante das causas de extinção de punibilidade ali constantes. Tal problemática não se dá em razão do princípio da proibição insuficiente, mas da aproximação desse com os chamados imperativos de tutela e os efeitos desses sobre o discurso jurídico.

Algumas posições doutrinárias afirmam que seria inconstitucional a lei que descriminaliza uma conduta que tutela, direta ou indiretamente, um direito fundamental de proteção diante da imposição de tutela incidente. O respaldo teórico a esses imperativos, em regra, encontra referências nas proposições do já mencionado autor alemão, Claus-Wilhelm Canaris⁶¹¹. Esse último, afirma que os imperativos de tutela não se

⁶⁰⁹ Cf., como exemplo recente, o acórdão do Supremo Tribunal Federal que proveu, conjuntamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e o mandado de injunção nº 4733, em julgamento ocorrido em 13 de junho de 2019, e criminalizou a homofobia e transfobia mediante a equiparação de tais condutas ao crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei 7.716/1989 e utilizou-se como fundamentação, também, a violação ao princípio da proteção deficiente.

⁶¹⁰ Cf., STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 80, p. 303-345., 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78850. Último acesso em 8 de março de 2020.

⁶¹¹ Cf., por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In Revista Brasileira de Ciências Criminas. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 e FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

limitariam aos dispositivos constitucionais que, expressamente, indicam ou mesmo determinam a criminalização de condutas ou a tutela penal de determinados bens jurídicos, mas se aplicariam a todos os direitos de proteção positivados na Constituição. Daqui se extrai uma primeira hipótese teórica: o imperativo de tutela é uma característica externa concedida a determinado direito fundamental interno, isto é, a partir de critérios externos à Constituição. A questão, então, é saber qual é a natureza desse critério, isto é, qual é a sua força normativa.

Poder-se-ia suscitar, em incauta e prévia análise, que se trataria de um critério aferido pela dogmática constitucional – doutrina e jurisprudência – e, logo, dentro da própria posição teórica assumida neste trabalho quanto à força normativa da dogmática jurídica, ter-se-ia que assumir o imperativo de tutela como um axioma dotado de força normativa. Contudo, duas objeções, já discutidas neste trabalho, se impõem. A primeira diz com a condição que a *práxis* a ser valorada para fins de construção e interpretação do direito penal é a da política criminal a qual, por sua vez, é elaborada pela dogmática penal; de qualquer forma, ainda que se confira à dogmática constitucional esse papel, essa terá que se pautar, assim como a dogmática penal, em um racional comunicativo – sistêmico ou argumentativo – e empírico a fim de mostrar a pertinência de tal axioma dogmático. A segunda trata da percepção que a ideia de um imperativo de tutela é um axioma material, isto é, trata-se de uma escolha por determinada teoria material dos direitos fundamentais – aproxima-se de uma teoria social ou comunitária, mas passível de ruir esses objetivos diante da ausência de conteúdo crítico e compromisso valorativo da realidade prática.

Não se trata, assim, de um axioma formal. A releitura da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal visa a possibilidade de elaborar limites cognitivos formais ao legislador ordinário sem que, para tanto, seja necessário imiscuir-se no campo de deliberalidade político-criminal do parlamento. Não se trata de impugnar a legalidade do controle de constitucionalidade material da lei penal, mas de fornecer uma estrutura argumentativa formal no âmbito da qual aquela atividade material será desenvolvida e atividade essa que está, igualmente, sob o crivo da jurisdição constitucional. Esse crivo, contudo, demandará a valoração dos atos comunicacionais da

práxis a fim de aferir o sentido da norma constitucional e da norma objeto de análise para, ao depois, aferir-se pela constitucionalidade ou não da última.

Não obstante, uma segunda hipótese poderia extrair-se dos imperativos de tutela: essa característica, apesar de ser um elemento externo ao direito posto, não seria externo ao direito uma vez que os direitos fundamentais seriam valores, juízos morais, constitucionalmente tutelados e, por tal, além de serem dados morais objetivos são, igualmente, dados morais objetivos e jurídicos⁶¹². Tratar-se-iam de verdadeiras morais públicas, oponíveis aos sujeitos e ao Estado. Afirmo Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais são normas subjetivas de defesa do sujeito em face do Estado e normas objetivas de proteção, derivadas daquelas normas subjetivas, mas autônomas a essas eis que dotadas de conteúdo normativo. Assim, a objetividade do direito fundamental emergiria a partir de dois aspectos diacrônicos e complementares.

O primeiro diz com a característica axiológica ou como um conjunto de valores⁶¹³ do direito fundamental eis que esse seria um juízo moral ou um conjunto de juízos morais passíveis, em ambos os casos, de serem compreendidos e compartilhados de forma objetiva por todos os sujeitos⁶¹⁴. Os efeitos desse aspecto axiológico ou de pluralidade valorativa dos direitos fundamentais poderiam ser assim sintetizado: auxílio na compreensão do conteúdo, do sentido, dessas normas uma vez que se contribuiria com a limitação do seu conteúdo e do seu alcance, muito embora não se pudesse descolar do “[...] núcleo essencial destes”⁶¹⁵; constituição de uma eficácia diretiva genérica e vinculante em face do Estado, isto é, de um dever absoluto de concretização dos direitos fundamentais por todos os atos estatais ao passo que se incluem aqui tanto as normas que positivam um direito fundamental, como as chamadas normas programáticas que determinam condutas específicas ao legislador ordinário, e, como último efeito, a

⁶¹² Cf., SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁶¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

⁶¹⁴ Ibidem, p. 86-87.

⁶¹⁵ Ibidem, p. 87

objetividade valorativa dos direitos fundamentais opera como fonte objetiva de valoração em sede de controle de constitucionalidade⁶¹⁶.

O segundo aspecto é a compreensão dos direitos fundamentais como uma “[...] mais-valia jurídica [...]”⁶¹⁷ diante de seu conteúdo normativo próprio e autônomo ao direitos fundamentais de defesa⁶¹⁸ e tem como objetivo assinalar a força normativa dos imperativos de tutela mediante a conformação entre o aspecto axiológico-valorativo, externo ao direito, com o aspecto jurídico dos direitos de proteção. Dentre os efeitos desse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza os seguintes: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais na aplicação de interpretação das normas infraconstitucionais – fundamento, também, do chamado método hermenêutico de interpretação conforme à Constituição; a constitucionalização de todo o direito – ou aquilo que Riccardo Guastini identificou como uma invasão das normas constitucionais em todos os aspectos da vida pública e privada⁶¹⁹ - e a criação dos direitos de proteção como a face objetiva dos direitos de defesa que estão positivados na Constituição e que trata de um dever geral e absoluto de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais em face dos sujeitos, entidades e, inclusive, outros Estados⁶²⁰. Desse último efeito decorreria, contingencialmente, a utilidade objetiva-jurídica dos direitos fundamentais em sede de controle de constitucionalidade pela análise da proibição de insuficiência.

Com facilidade evidencia-se que todos os efeitos do primeiro e do segundo aspectos estão umbilicalmente ligados ao passo que o segundo depende da existência do primeiro. Em assim sendo, nota-se que a busca é, precisamente, pela justificação da força normativa de juízos morais, aferidos externamente ao direito, ao passo que, contudo, essa justificativa limita-se ao objetivismo ético, isto é, à retomada do sujeito que se volta sobre si para apontar um dado subjetivo como objetivo. Exemplos dessa posição são a aferição dos direitos fundamentais como deveres-ser ideais, de acordo com Robert Alexy, seguidamente transformados em deveres-ser reais ou, simplesmente, a

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 87 – 90.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁶¹⁸ *Idem*.

⁶¹⁹ GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 175.

⁶²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 90- 93.

compreensão do direito fundamental como um juízo moral objetivo aferido *ex ante* e *ex post* positivado pelo direito, conforme proposição teórica de Ronald Dworkin. Ademais, compete pontuar, ainda, que essas hipóteses teóricas são, igualmente, identificadas na doutrina constitucional a partir da classificação entre direitos fundamentais externos e direitos internos⁶²¹; os primeiros dizem com o direito em si – o dever-ser ideal ou o princípio *ex ante* – e os segundos com as limitações conferidas pelo dispositivo de lei – o dever-ser real ou a determinação principiológica *ex post*.

Os óbices teóricos apontados na primeira parte deste trabalho com base da filosofia da linguagem e as decorrências teóricas cumprem o papel de impugnar a existência em si de um objetivismo ético e a pretensão de objetificação de um juízo moral que é, essencialmente, produto comunicativo intersubjetivo. Ao compreender um agir humano, um ato de fala, o sujeito não cinde o seu pensamento entre a sua atividade cognitiva subjetivada e um premissa objetiva eis que essa será, invariavelmente, violada em sua essência na compreensão e determinação pelo sujeito⁶²². O agir comunicativo é o meio pelo qual o mundo dos fatos toma forma, mas essa forma é o que se apresenta: uma forma⁶²³. A prática das regras que constituem os jogos linguísticos permite ao terceiro observador a compreensão das estruturas formais que, colocadas em prática, conferem sentido ao mundo dos fatos. Essas estruturas formais não carregam as suas histórias, os seus contextos e a concordância prática dos participantes da relação comunicativa, que constitui o ato comunicativo, provem de uma atitude performativa de um sujeito que não é autor do mundo dos fatos, mas produto dos jogos linguísticos em que está inserido⁶²⁴. Elevar um direito fundamental ao patamar de um juízo moral implica em afirmar que esse pode ser verdadeiro ou falso, mas esse maniqueísmo apenas se desenvolveria se se pudesse retirar do sujeito um dado objetivo, isto é, que esse pudesse agir como autor do mundos fatos. O mesmo se aplica ao afetado pelo objetivismo.

⁶²¹ Cf., SOUZA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade da leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 157.

⁶²² Cf., HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 436.

⁶²³ HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. Doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 417.

⁶²⁴ Idem.

Ademais, o dado objetivo refere-se sempre a um corte temporal e enclausurar o direito nesse dado é negar a sua condição de prática social. Como afirma Andreas-Fischer Lescano, a concordância prática não pode ser reduzida a um processo de otimização circunstancial de valores que se encontram em um patamar estático e superior ao sujeito e à sociedade⁶²⁵. A concordância prática que procura conferir o sentido do mundo dos fatos pela racionalidade argumentativa não pode buscar esses valores fora da relação intersubjetiva, precisamente, porque deve se tratar da efetiva manifestação de uma prática, isto é, como produto da dialética no âmbito do qual se manifestam variados juízos morais, sempre em evolução e nunca estáticos.

Os imperativos de tutela fundamentam-se na pretensa objetividade moral dos direitos fundamentais com vistas a conferir conteúdo normativo vinculante desses em face dos sujeitos e do Estado. A força normativa da Constituição, contudo, não carece da compreensão dessa como um valor objetivo ao passo que decorre da sua condição de norma positivada; a aferição do sentido da norma, muito embora não possa encontrar a neutralidade valorativa, pode buscar a neutralidade moral.

Ademais, os imperativos de tutela não se confundem com o princípio da proibição insuficiente. Para além desse último ser uma dedução lógica da aplicação da proporcionalidade como estrutura analítica, de acordo com o próprio Claus-Wilhelm Canaris a sua diferenciação dos imperativos de tutela é feita por contornos claros e necessários. Para o referido autor, um imperativo de tutela é o “se”, isto é, o questionamento se há um dever de proteção, e o princípio da proibição de insuficiência é o “como”, como deve ser empreendida essa tutela. Essas assertivas se justificam em duas singularidades da tese de Claus-Wilhelm Canaris - as quais não podem ser olvidadas do debate por aqueles que utilizam o conceito de proibição de insuficiência e de imperativo de tutela para refutar a constitucionalidade de toda e qualquer lei descriminalizadora sob pena de tergiversação da fundamentação científica da hipótese teórica - quais sejam, os requisitos para a identificação do “se” e do “como”.

⁶²⁵ FISCHER-LESCANO. Andreas. Crítica da concordância prática. Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. (Org.) Ricardo Campos. (Coord.) Ronaldo Porto Macedo Junior e José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 56.

Quanto ao “se”, o primeiro requisito reside na incidência de um direito fundamental na hipótese normativa à qual se reclame um imperativo de tutela⁶²⁶. Seguidamente, como segundo requisito, afirma-se que não basta que o direito constitucional tenha sido “tocado” pela hipótese normativa, deve haver uma necessidade de proteção estatal do direito fundamental valorada a partir elementos fáticos. Essa necessidade, contudo, poderia emergir, também, de elementos normativos nos casos, por exemplo, em que a Constituição antecipa uma conduta como ilícita ou nos casos em que o legislador ordinário positiva a ilicitude de uma conduta. Nessa última hipótese, contudo, Claus-Wilhelm Canaris faz uma importante ressalva que toca ao cerne deste tópico que discorre sobre a suposta inconstitucionalidade das normas que descriminalizam condutas até então vedada pelo legislador ordinário, qual seja, que o juízo de ilícito do legislador ordinário não diz com um “[...] dever jurídico-constitucional de protecção”⁶²⁷. Outros dois critérios complementares à ilicitude, então, seriam necessários: a dependência e o risco.

O primeiro diz com a identificação se a higidez do direito fundamental do outro depende da tutela do direito fundamental tocado pela hipótese normativa e o segundo trata da verificação do risco que a não intervenção estatal geraria ou direito fundamental circunstância essa que, contudo, levanta a questão que ao Estado não poderia ser liminarmente negado o direito de balizar se esse risco é lícito ou ilícito, ou seja, se pode ou não ser aceito⁶²⁸. O último critério, contudo, deságua na ponderação entre os direitos fundamentais incidentes na hipótese normativa sob análise de modo que, por um lado, o imperativo de tutela dependeria, para além dos requisitos acima discorridos, da valoração da natureza, da hierarquia, do grau de ameaça, da capacidade autotutela do sujeito e do peso direito fundamental “tocado” pela hipótese normativa – corte da realidade fática abstratamente considerado e aferido conteúdo normativo – e, por outro lado, dependeria da ponderação entre os pesos dos direitos fundamentais tutelado e afetado pela norma.

A existência de um direito fundamental não gera, de *sponte propria*, uma imposição de tutela e tal assertiva não decorre apenas da refutação da tese do

⁶²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 105.

⁶²⁷ Ibidem, p. 109 – 111.

⁶²⁸ Ibidem, p. 110.

objetivismo ético, mas também da simples percepção que a lei penal é a positivação de um desvalor de conduta pelo resultado finalístico, pelo risco não permitido a um bem jurídico ou, no racional sistêmico mais radical da teoria do delito, de cariz *luhmaniana* ou *hegeliana*, pela desestabilização de expectativas de condutas ou das competências jurídico-penais⁶²⁹. De acordo com Claus-Wilhelm Canaris, o imperativo de tutela se manifesta em face da identificação de uma conduta apta a ofender um direito fundamental e depende do revolvimento fático e jurídico para a sua incidência. Do contrário, ter-se-ia uma ordem genérica de tutela de todas as condutas que se relacionam, direta ou indiretamente, a uma norma constitucional circunstância essa que levaria não à tomada dos espaços públicos e privados pela Constituição, mas à supressão da autodeterminação do sujeito e daqueles espaços pelo Estado.

Quanto ao princípio da proibição de insuficiência, segundo Claus-Wilhelm Canaris, esse figura no “como” atender ao imperativo de tutela eis que a Constituição impõe uma proteção, mas não o modo como esse será alcançado⁶³⁰. Com isso, a hipótese teórica ora em análise, conclui que aquele princípio e os imperativos de tutela são institutos autônomos ao passo que o primeiro consiste na valoração se a hipótese normativa é eficaz e apropriada aos fins que se propõe⁶³¹. Não se trataria, assim, de regular a omissão do legislador ou a insuficiência da tutela, mas de verificar se a hipótese normativa é proporcional aos fins que se propõe. Ainda, afirma o referido autor, que apenas nos casos em que o “[...] conteúdo da protecccção estiver inteiramente determinado pela Constituição [...]”⁶³² não caberia afirmar a autonomia da proibição de insuficiência em face do imperativo de tutela; no entanto, para além da raridade dessa normas⁶³³, ainda nesses casos não haveria que se falar em obrigatoriedade de criminalização de determinada conduta eis que seria necessário o ajustamento com as demandas do direito ordinário⁶³⁴.

⁶²⁹ PAWLIK, Michael. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? In InDret: Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2016, p. 2. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409> . Último acesso: 08 de março de 2020, p. 12.

⁶³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 122 – 123.

⁶³¹ Ibidem, p. 123.

⁶³² Ibidem, p. 125.

⁶³³ Ibidem, p. 125.

⁶³⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009, p. 125.

Assim, da análise da hipótese do teórico alemão em comento, retira-se que o princípio da proibição de proteção insuficiente, decorre da existência de uma hipótese normativa e da valoração de variantes empíricas e normativas de modo que não é ele, *per se*, um imperativo de tutela. Esse que, ademais, igualmente, apenas se manifesta diante da existência de uma hipótese normativa, de um direito fundamental tocado por essa e de outros requisitos valorativos e, por tal, nada mais diz que a confirmação da legalidade, sob o ponto de vista estritamente constitucional, da própria hipótese normativa diante do atendimento de um direito de proteção.

Nesse sentido, a ordem econômica, o sistema financeiro e o sistema tributário, como bens jurídicos, apenas seriam violados quando a hipótese normativa for desproporcional e, para tanto, deve haver excesso na tutela de um bem jurídico e insuficiência na tutela de outro bem jurídico, i.e., excesso na tutela do direito fundamental tocado pela hipótese normativa e insuficiência da tutela do direito fundamental afetado pela medida. Em assim sendo, a ausência de criminalização ou a descriminalização de uma conduta que então tutelava algum daqueles bens não são condições autônomas para a averiguação da omissão ou ação estatal inconstitucional diante da necessidade da existência prévia de um desvalor de conduta. Esse desvalor, contudo, deverá ser configurado pelo legislador penal diante da inexistência da previsão constitucional, no caso brasileiro, da hipótese normativa.

Aliás, a necessidade da conformação da hipótese normativa pelo legislador é a condição que vincula todas as indicações de tutela e, mais precisamente, de criminalização existentes na Constituição da República brasileira de 1988. Nesta, o artigo 5º, *caput*, determina expressamente a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Notadamente, apesar da existência de elementos normativos nos referidos dispositivos constitucionais que indicam que a violação aos direitos fundamentais ali tutelados será passível de intervenção estatal, a peculiaridade na redação desses textos legais não afasta a conclusão que se trata, primeiro, de um excesso tendo em vista que todos os direitos fundamentais positivados na Constituição são passíveis de intervenção estatal para a sua proteção.

Já o artigo 5º, XLI, afirma que o legislador ordinário punirá a conduta discriminatória que ofenda direitos e liberdades individuais. Este dispositivo constitucional, contudo, não traz o conteúdo da hipótese normativa, ou seja, o desvalor de conduta que deverá ser considerada discriminatória de modo que a deliberação politico-criminal concreta é de competência do legislador ordinário. O mesmo ocorre com os artigos 5º, XLII, XLIII, XLIV que expressamente designam condutas que, abstratamente consideradas, constituem crimes, quais seja, o racismo, a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo, os crimes hediondos, a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, e com o artigo 255, §3º, cuja norma determina que qualquer conduta lesiva ao meio ambiente serão sujeitas às responsabilizações criminal e administrativa⁶³⁵.

Não obstante, a ordem econômica, o sistema financeiro e o sistema tributário são bens jurídicos que conformam a tutela de variados direitos fundamentais tutelados na Constituição e cujos dispositivos, referidos ao início desta Seção, nos quais estão assentados não trazem elementos normativos de inviolabilidade ou determinantes da criminalização de condutas, certas ou abstratas, que ofendam aqueles bens jurídicos. As suas positivamente, contudo, vinculam o ordenamento jurídico e as relações públicas e privadas de modo tal que a política legislativa detêm um limite material definido: a não disposição do direito fundamental pela hipótese normativa. O conflito material surgirá, indelevelmente, uma vez que para a tutela de determinado direito fundamental outro será afetado – no limite, a liberdade. Portanto, os direitos fundamentais não são absolutos. É preciso, então, a utilização de um método racional cujos critérios apontem se houve ou não violação aos direitos fundamentais concorrentes.

Dentre algumas hipóteses teóricas, a proporcionalidade, sob o aspecto penal, como estrutura formal argumentativa, dispõe que a hipótese normativa deve atender não apenas ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, mas, igualmente, aos princípios da ofensividade, da intervenção mínima e da subsidiariedade. A violação a um direito fundamental ou da expressão desse por intermédio de um bem jurídico mediato, identifica-se quando um desses princípios, conformados nos critérios abstratos de

⁶³⁵ Cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. Constituição, criminalização e direito penal mínimo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

merecimento e necessidade de pena, for violado. Nesse caso, a hipótese normativa será inconstitucional pela violação da proibição de excesso ou pela violação da proibição de insuficiência, em ambos em caso, pela desproporcionalidade ao exceder-se na tutela de determinado bem jurídico em desfavor de outro bem jurídico.

A proibição de insuficiência, seja sob o enfoque da dogmática penal - nos termos da doutrina discorrida ao longo desta segunda parte -, seja sob o enfoque constitucional, não implica na obrigatoriedade da criminalização ou da não descriminalização de condutas que tutelam, direta ou indiretamente, um direito fundamental. Sob o enfoque constitucional, tal sorte de obrigatoriedade apenas decorre de hipóteses teóricas que aproximam a proibição de insuficiência dos chamados imperativos de tutela e compreendem esses como uma obrigação axiológica inerente a todos os direitos de proteção assentados na constituição em razão da objetividade moral desses direitos. Contudo, o presente trabalho não apenas demonstrou os óbices teóricos do objetivismo ético, mas também os óbices legais, na amplitude fática dos direitos fundamentais, e os óbices práticos diante da mutante pluralidade da política criminal que hoje não se desenvolve apenas sob um racional repressivo, mas também preventivo ou, ainda, arrecadatário tal qual foi a opção política do legislador ordinário no caso brasileiro com a o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). A racionalidade do método de aferição do sentido do mundo dos fatos, então, não pode buscar em um rol de valores externos às relações intersubjetivas, nas quais o direito se desenvolve pela linguagem – ou pela semiótica -, o sentido do direito penal diante da inefetividade prática de tal postura.

7. CONCLUSÃO

Por intermédio da jurisdição constitucional a democracia ganha *status* de democracia substancial. O princípio democrático da soberania popular conformado com a força normativa dos direitos fundamentais operam como a fonte de aprimoramento da racionalidade dos atos estatais mediante a inclusão contínua do dissenso pela oposição de elementos contrafáticos e empíricos ao consenso dos atos legiferaste oriundos do executivo e do parlamento. O controle de constitucionalidade da lei penal, contudo, não pode se limitar a um juízo de ponderação de direitos fundamentais limitado a uma compreensão estrita daqueles direitos e descolada da política criminal, isto é, da práxis penal.

Hipóteses teóricas do conceito de direito se dividem entre teorias descritivas e justificativas a fim de trilhar o método mais seguro de aferição do direito e, para tanto, se debruçam sobre a problemática relação entre direito e moral. A evolução do conhecimento humano propiciado pelo giro linguístico demonstrou que a manifestação do real ocorre dentro e nos limites da manifestação da linguagem ou dos símbolos e, por tal, é produto da relação intersubjetiva cujos participantes se articulam com vistas ao mútuo entendimento. Em assim sendo, não mais pode-se negar o direito como prática social e, assim, como discurso, ou seja, como justificação. Do reconhecimento dessa condição, mostra-se contingente a superação da neutralidade valorativa do direito ao passo que se abre o caminho para a neutralidade moral do direito.

Figura-se, então, a aporética relação entre a jurisdição constitucional e a reserva legal do parlamento e essa aporia se manifesta concretamente no princípio da legalidade. A adequada preocupação volta-se ao resguardo da função primordial da legalidade como fonte da autodeterminação do sujeito eis que à legalidade se tributa a liberdade e a igualdade. Nesse sentido, o questionamento residiria na falta de certeza, isto é, de segurança jurídica que o agir valorativo da jurisdição constitucional poderia criar. Contudo, em primeiro lugar, uma vez tomada a posição de assunção do direito como prática social, ou seja, como produto da linguagem, a determinação *ex ante* não exaure o sentido da lei tal qual será aplicada pelo intérprete de modo que não se pode

olvidar a determinação *ex post*. A segurança jurídica, logo, não reside na estrita determinação *ex ante* do texto legal, mas na racionalidade da sua interpretação, isto é, da racionalidade do discurso e justificação do intérprete. Em segundo lugar, é justamente em razão da inafastável existência de uma determinação *ex post* que a legalidade apenas funciona como uma efetiva fonte de autodeterminação do sujeito quando for capaz de incorporar ao direito posto a práxis de forma racional, ou seja, não a partir de um arbítrio subjetivo, mas por intermédio de um discurso racionalmente fundamentado.

A proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal se mostra como uma idônea estrutura formal argumentativa por intermédio de critérios que funcionam, a um só tempo, como limites cognitivos ao legislador penal e como axiomas de estruturação racional da justificação do intérprete da lei penal, em especial, em sede de controle de constitucionalidade formal. Tal se dá eis que esse controle formal se desenvolve a partir de dois critérios: o primeiro analisa o estrito cumprimento da legalidade mediante a descrição certa e determinada da lei penal e o segundo o compromisso e a valoração, pelo legislador, da proporcionalidade da intervenção penal sob o enfoque do merecimento e necessidade de pena. Nessa hipótese, não se adentra à política criminal eleita pela legislador vez essa análise deverá ser feita pelo controle de constitucionalidade material da lei penal por intermédio da valoração da fundamentação das estruturas do conceito material de delito a teor das demais normas constitucionais, dos princípios penais dessas decorrentes e da práxis penal.

No que toca à legalidade, exige-se a completa descrição da conduta proibida e do bem jurídico tutelado. Para que seja possível a compreensão do conteúdo normativo, a lei penal deve erigir-se a partir de uma discurso jurídico dotado de publicidade e racionalidade, isto é, elaborado a partir de premissas estruturais formais dotadas de pretensão de validade, ou seja, voltadas ao entendimento mutuo ente os interlocutores. A proporcionalidade, por sua vez, figura como o segundo critério que exige do legislador o compromisso na análise e valoração das estruturas formais do conceito material de delito a fim de estruturar o discurso valorativo dos direitos fundamentais tutelados e afetados pela norma. A ideia de merecimento de pena é a conformação dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da ofensividade e da fragmentariedade

do direito penal ao passo que a necessidade diz com a o princípio da subsidiariedade do direito penal.

A releitura da proporcionalidade sob o enfoque penal se mostrou necessária diante dos óbices teóricos e práticos apresentados pela doutrina constitucional versada na hipótese teórica de Robert Alexy. Essas duas espécies de óbices se encontram no conceito de mandado de otimização o principal problema vez que se trata de elevar as normas constitucionais ao patamar de juízos morais e, ademais, trata-se de exigir a ponderação de possibilidades empíricas e jurídicas para a aferição do conteúdo o direito fundamental. Para além da problemática fundamentação do objetivismo ético, ou seja, da sustentação de um juízo moral objetivamente compartilhado por todos e que prescinde, para tanto, do sujeito que se volta sobre si, o revolvimento empírico desborda dos limites da competência jurisdicional e a ponderação entre variantes jurídicas é colocada em movimento sem nenhum critério cognitivo.

As limitações da teoria *alexiana* são algumas das premissas identificadas pela presente pesquisa para a fundamentação da problemática limitação do direito penal pelo direito constitucional. Essa metodologia de aferição do sentido do direito penal, qual seja, a mera ponderação entre direitos fundamentais e compreensão estrita e dedutiva do sentido desses, desconsidera as proposições normativas da dogmática penal e, logo, promove uma compreensão (interpretação) dos direitos fundamentais e da norma objeto do controle de constitucionalidade descolada da realidade do sistema penal, isto é, da práxis. Essa exclusão é sensivelmente mais problemática no que toca ao intérprete da lei penal em sede de controle de constitucionalidade. O revolvimento empírico e contrafático da práxis penal são limitações inerentes às atribuições jurisdicionais, mas são promovidos pela dogmática penal desenvolvida sob o espeque de uma racionalidade argumentativa, sistêmica ou integradora desses dois métodos de aferição sentido do mundo dos fatos. Nessas hipóteses, a dogmática penal funciona como o meio de integração da política criminal na construção e interpretação do direito.

A importância da releitura da proporcionalidade sob o enfoque da dogmática penal pode ser aferida a partir de uma aproximação prática na análise da constitucionalidade do artigo 5º, §1º, da Lei nº 13.254 de 13 de janeiro de 2016, cujos

incisos possibilitam a extinção da punibilidade das condutas delitivas previstas nos seguintes dispositivos legais: no artigo 1º e no artigo 2º, I, II e V da Lei nº 8.137/90, na Lei nº 4.729/65, nos artigos 297, 298, 299 e 337-A do Código Penal, no artigo 22 da Lei nº 7.942/86 e no artigo 1º da Lei nº 9.613/98. Algumas hipóteses teóricas impugnariam a constitucionalidade daquele primeiro referido dispositivo legal diante da suposta inconstitucionalidade da lei que descriminaliza condutas que tutelam, direta ou indiretamente, direitos fundamentais em razão da violação ao princípio da proibição de insuficiência, a outra face da proporcionalidade. Contudo, esse entendimento não encontra respaldo legal uma vez que decorre, tão somente, de uma indevida identificação da proibição de insuficiência com os chamados imperativos de tutela e da elevação dos direitos fundamentais à condição de juízos morais objetivos, externos e superiores, ao sujeito e, por tal, oponíveis ao sujeito e ao Estado.

8. BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? E outros ensaios*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2010.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: EDERSA, 1999.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional In: MIR PUIG, Santiago; QUERALT KIMÉNEZ, Joan J. (dir.). BAUTISTA, Silvia Fernández (coord.). *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. Previsión y garantías: conflicto y síntesis. In *Doxa*. N. 25 (2002). ISSN 0214-8876, pp. 139-175, p. 163. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2002-n25-prevencion-y-garantias-conflicto-y-sintesis>. Último acesso em 05 de março de 2020.

ALCHOURRÓN, Carlos Alberto. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. New York-Wien: Editorial Springer-Verlag, 1971.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 37 e seguintes.

_____. Juristische Grundlagenforschung: *Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR)* vom 23. bis 25. September 2004 In Kiel Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria discursiva do direito*. Organização e tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisomo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 5. reimp. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 2, p. 136-150, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6188004.pdf> . Acesso em: 16 jan. 2020.

AMBOS, Kai. ¿Es posible el desarrollo de un derecho penal sustantivo común para Europa?: algunas reflexiones preliminares. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 88, 2006. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58493. Acesso em: 6 jan. 2020.

_____. El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 38, jul./set. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=120936. Acesso em: 2 nov. 2019.

AMELUNG, Knut. El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roldand (ed.). *La teoría del bien jurídico: Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática e Sistema Penal: Em Busca da Segurança Jurídica Prometida*. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.
ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes contra o sistema financeiro nacional In *Direito Penal Econômico: leis penais especiais*. 1. Vol. Luciano Anderson de Souza e Marina Pinhão Coelho Araújo (Coord.). São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

ARROYO ZAPATERO, Luis. A harmonização internacional do direito penal: idéias e processos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, p. 49-76., mai./jun. 2010. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=79706. Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. *Derecho penal económico y constitución*. Revista Penal, ano 1, n. 1, 1997.

ASÚA, Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*. Concepto del derecho penal y de la Criminología, Historia y Legislación penal comparada. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1950. tomo 1.

ATIENZA, Manuel. A vueltas con la ponderación. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra, 2016.

_____. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ATRIA, Fernando. *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AYER, Alfred Jules. *Language, truth and logic*. Londres: Penguin Books, 1971.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

_____. *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/2012, com alteração da Lei 12.683/2012. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: RAMÍREZ, Juan Bustos. (Org.). *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. 1. ed. Santiago de Chile: Editora Jurídica ConoSur Ltda., 1995, p. 37-57.

BARBERIS, Mauro. *Giuristi e filosofi: una storia della filosofia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2016.

_____. Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale. *Ragion Pratica*, n. 14, p. 147-162, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese (Livre-Docência) –Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

_____. *Valor, norma e injusto penal: Considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BENNINGTON, Geoffrey. Entrevista com Geoffrey Bennington. [Entrevista cedida ao] Núcleo de Estudos em Ética e Desconstrução. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar (org.). *Desconstrução e ética: ecos de Jacques Derrida*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36 n. 142, abr./jun. 1999.

_____. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Democracia, Inclusão Social e Igualdade. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, XIV, 2006, Fortaleza, CE. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/043.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Tradução e notas do professor José da Costa Júnior e do magistrado Alberto Silva Franco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v.1.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Tradução José Luiz Gusmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de f, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Parte Geral. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra. Madri: Editorial Debate S.A., 1993.

_____. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*. Trad. Michele Nicoletti e Omar Brino. Milão: Giuffrè, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed.São Paulo:Malheiros. 2005.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, jul.-ago. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. Extinção de punibilidade no RERCT: figuras penais contempladas e (algumas das) excluídas In Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos. (Coord.) Aldo de Paulo Junior, Eduardo Perez Salusse e Heloisa Estellita. 1. Ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

BREDA, Juliano; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra o sistema financeiro nacional & contra o mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2010.

BUCHARD, Christoph. Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. O princípio de proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. Trad. Fabíola Girão de Monteconrado. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CÂMARA, Edna Torres Felício. *Robert Alexy e o argumento de injustiça: teoria, aplicação e debate*. Dissertação apresentada na Universidade Federal do Paraná. 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/>. Acesso em 16 de março de 2020.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Ed. Coimbra: Almedina. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad (*Idea, validation and criticism of the principle of balancing*). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, ano 47, n. 139, jan./abr. 2014.

CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramon. Three strikes. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. In: CARBONELL, Miguel; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010.

CHARLES, Taylor (org.). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Trad. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.

_____. Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premissa sobre la *grundphilosophie*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI Giovanni B. (eds.). *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. Un baluarte de la modernidad: notas defensivas sobre el constitucionalismo garantista. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 34, p. 101-120, 2011.

CHOMSKY, Noam. *Problemas do conhecimento e da liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. (Edição digital a partir de *Isonomía*, n. 16, p. 90-112, 2002.

_____. Il neocostituzionalismo ideológico. In: FANLO CORTÉS, I.; MARRA, R. (eds.). *Filosofia e realtà del diritto*. Studi in onore di Silvana Castignone. Torino: Giappichelli, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Brasil: verso e reverso constitucional. *Cadernos IHU ideias*, ano 11, n. 197, 2013. p. 14. Disponível em: <https://cpalsocial.org/documentos/420.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018 . Acesso em: 20 mar. 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70o aniversário em 2 de setembro de*

2002. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese (Livre-Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CRUZ, Flavio Antônio da. Gestão temerária, evasão de divisas e aporias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 99-147, set./out. 2010. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=81871 . Acesso em: 8 jan. 2020.

_____. *O confronto entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas penais no direito brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do Direito e Legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução de Pedro Jimenez Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 2. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DÍAZ, Elías. *Ética contra política: los intelectuales y el poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990. (tradução nossa).

DIETER, Maurício Stegemann. *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*. Tradução Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo? *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008.

_____. Teoría de sistemas y Derecho penal: hacia una ciencia constructivista del Derecho Penal. In: DÍEZ, Carlos Gómez-Jara (org.). *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Colmares, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico . p. 6-7. Acesso em: 19 jan. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda, 2019.

DONINI, Massimo. La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, n. 4. 2004. Disponível em: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Metodo%20democratico-Donnini%20_9_.pdf. Acesso em: 23 fev. 2020.

_____. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. In: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*. Madrid: La Ley, 2010.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim F. Alves; Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 5. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O crime de evasão de divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. *Principia Iuris*. Una discusión teórica. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 31, pp. 393-434, 2008.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *A constituição do crime: da substancial constitucionalidade do direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas*. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 48, p. 811-830, 1992. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=41471 . Acesso em: 6 jan. 2020.

FISCHER-LESCANO, Andreas. *Crítica da concordância prática*. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organização Pierre Fruchon. Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá:

Universidad Externado de Colombia, 1997.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid. Editorial Trotta, 2009.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. Incidencia de las Normas Internacionales y Comunitarias en la Protección Penal de los derechos laborales del menor de edad. Especial referencia a la medida de “Prestaciones en beneficio de la comunidad”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 14, 2012. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-03.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2020.

GOODMAN, Nelson. *Maneras de hacer mundos*. Madrid: Machado Libros, 1990.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194., jan./fev. 2006. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923 . Acesso em: 8 jan. 2020.

_____. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Coordenação e tradução Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

_____. Dogmática e ciência do direito penal: a Bernd Schünemann, por ocasião de seus 70 anos em 1º de novembro de 2014. In: GRECO, Luis. *As razões do direito penal*. Quatro estudos. Coordenação e tradução Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 e ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

_____. *Conhecimento e interesse*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

_____. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. Doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.). *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995.

_____. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

_____. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010. p. 109. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82512 . Acesso em: 23 fev. 2020.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem* . 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Ser e tempo*, parte I. Tradução Márcia de Sá Calvalcante. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito penal: parte geral*. Tradução Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e o conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o elemento extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HRUSCHKA, Joachim. Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 57, p. 5-17, 2004.

INNERARITY, Daniel. *The Future and Its Enemies: In Defense of Political Hope*. Translated by Sandra Kingery. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 3. ed. rev. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010.

_____. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (orgs.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

_____. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, v. 5, n. 9A, p. 19-58, 1999.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Polaino. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal, parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

KAUFMAN, Whitley R. P.; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do*

direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Retribución de culpabilidad y pena. Trad. Nuria Pastor. In: KINDHÄUSER, Urs; Mañalich, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2011.

KUDLICH, Hans. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del Derecho penal: contribuciones a la teoría del método y a la imputación en el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2018.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LANGENSCHIEDT Online Wörterbücher, Disponível em <https://de.langenscheidt.com/deutsch-portugiesisch/eignung> . Acesso em; 29 fev. 2020.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2014.

LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIEL. *Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933 – 1945)*. Tradução de Paulo César Busato. São Paulo: Tirant lo Blanch Teoria, 2019.

LOPERA MESA. Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do Direito como prática. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 53, n. 212, p. 203-226, out./dez. 2016.

LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 43-59, 2006.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2007. p. 209

_____. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. 3. ed. México-DF: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANES, Vittorio. As Garantias Fundamentais em Matéria Penal. Entre a Constituição e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 82-118. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=698337>. Acesso em: 6 jan. 2020.

_____. Método e limites da interpretação conforme as fontes supranacionais em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 20, n. 97, 2012.

MANN, Thomas. *Doutor Fausto: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 99.

MARANHÃO, Juliano. *Estudos sobre lógica e direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARTÍN, Adán Nieto. Derecho Penal Económico y de la Empresa europeo e internacional. In: MATA BARRANCO, Norberto J. de la et al. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

MARTIN, Luis Gracia (org.). *Fundamentos del sistema del Derecho Penal: una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la. Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español. *Revista Penal*, Valencia, n. 33, p. 32-65, jan. 2014. p. 2. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=103533 . Acesso em: 6 jan. 2020.

_____. Derecho Penal comunitario y Derecho Penal estatal en la tutela penal del ambiente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, n. 2, 2000. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html#II. Acesso em: 7 jan. 2020.

_____. La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del derecho penal In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. A Política Criminal dos Tratados Internacionais. In: D'AVILA, Fabio Roberto (org.). *Direito Penal e Política Criminal no Terceiro Milênio: Perspectivas e Tendências*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 145-166. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=698337>. Acesso em: 3 jan. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado apresentada perante a Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MENDONÇA, Daniel (ed.). *Compendio de una teoría analítica del derecho: Alchourrón y Bulygin em sus textos*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MOCCIA, Sergio. Legalità e flessibilità dell'intervento penale. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 42 Esp, v. 11, p. 133-147, 2003.

MOREIRA, Raquel Ribeiro. Filosofia da linguagem: a intencionalidade em Austin e Searle. *Revista Entrelinhas*, v. 6, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/entrelinhas/article/viewFile/2458/1032> . Acesso em: 16 jan. 2020.

MORESO, Juan José. Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, n. 19, p. 267-282, oct. 2003. Disponível em:

https://www.academia.edu/1579658/Comanducci_sobre_neoconstitucionalismo. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Princípio de legalidade y causas de justificación: sobre el alcance de la taxatividad. *Doxa*, n. 24, p. 525-545, 2001. Disponível em: <https://upf.academia.edu/>. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. Teoría del Derecho y neutralidad valorativa. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 177-200, 2008. p. 188-189.

MORESO, J.J.; VILAJOSANA, J. M. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2004. p. 198 e NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 140.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires, Montevideu: Editorial B de F, 2001.

NARVÁEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho: Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2004. p. 53.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

NAVARRETE, Miguel Polaino. Para onde sopram atualmente os ventos do direito penal? In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Trad. Antonio Martins. Revista de Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 71, p. 205-232, mar.-abr., 2008.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980.

NOJIRI, Sergio. *Neoconstitucionalismo versus Democracia: um olhar positivista*. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, RS, 2013.

OLMO, Rosa del. *A América Latina e a sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2004.

PALAZZO, Francesco. O princípio de determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (orgs.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: sobre la legitimación de la pena estatal*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz e Ivó Coca Vila. Barcelona: Atelier Livros Jurídicos, 2019.

_____. El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n. 2, 2016. p. 9. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>. Acesso em: 12 fev. 2020.

PODVAL, Roberto. O Bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 209-222., out./dez. 1998. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17208 . Último acesso em 04 de março de 2020.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca na teoria dos princípios pelo seu objeto. In: CAMPOS, Ricardo (org.). MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da Ponderação: Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

POZZOLO, Susana. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Bologna: Giappichelli, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Principia Iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 325-354, 2008.

PRITWITZ, Cornelius. La función del derecho penal en la sociedad del riesgo – defensa de um rol necesariamente modesto. In: AMBOS, Kai (dir.); BÖHM, María Laura (coord.). *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. Bogotá: Editorial Temis, 2012.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: parte general*. 10. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2015.

_____. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal. In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal: Concepto y Método*. Barcelona: BOSCH, 1976.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

_____. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española? *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 30, p. 273-291, 2007. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf . Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução Thomas da Rosa Bustamante. Colaboração Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Tradução de María Isabel Azareto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Necesidad de la pena función, simbólica y bien jurídico medio ambiente. In: _____. *Pena y Estado: función simbólica de la pena*. 1. ed. Santiago de Chile: Editora Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

_____. Política criminal e injusto (política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado). Tradução Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, n. 30, p. 38-54, jul./set. 1980. p. 39 et seq

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

RATTI, Giovanni Battista. Neoconstitucionalismo Negativo y Neoconstitucionalismo Positivo: Negative and Positive Neo-Constitutionalism. *Ius Humani. Revista de Derecho*. v. 14, p. 227-261, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.31207/ih.v4i0.75>. Acesso em: 14 jul. 2018.

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução Vadim Nikitin. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal, parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RISTROPH, Alice. *Proportionality as a principle of limited government*. Duke Law Journal , Durham: Duke University School of Law, 2005, vol. 55.

ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Trad. Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2015

_____. La tiranía de la proporcionalidad. In: GARCÍA CAVERO, Percy; CHINGUEL RIVERA, Alejandro Ignacio. *Derecho penal y persona. Libro Homenaje a Jesús-María Silva Sánchez*. Lima: Ideas Solución, 2019.

ROTSCH, Thomas. Tempos modernos: ortodoxia e heterodoxia no direito penal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto (org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências*. CONGRESSO INTERNACIONAL EM DIREITO PENAL, 8. CONGRESSO TRANSDISCIPLINAR DE ESTUDOS CRIMINAIS. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Tradução do alemão para o espanhol por Manuel Cancio Meliá. RECPC 15-01-2013. ISSN 1695-0194. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>. Último acesso em 18 de março de 2020.

RUSSELL, Bertrand. *Bertrand Russell's Dictionary of Mind, Matter and Morals*. Philosophical Library/Open Road, 2014. p. 98. Disponível em: <https://pt.scribd.com/read/242466047/Bertrand-Russell-s-Dictionary-of-Mind-Matter-and-Morals#>. Acesso em: 27 dez. 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Regras de proporcionalidade e oportunidade na interpretação penal. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 297. Disponível em: http://www.buscaintegrada.usp.br/primo_library/. Último acesso em 18 de março de 2020.

_____. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Sobre la proporcionalidad y el “principio” de proporcionalidad en derecho penal In: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; RUSCONI, Maximiliano (dir.). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2014.

SANTA CRUZ, Felipe; BREDA, Juliano (coords). *Análise do projeto de lei anticrime*: OAB Nacional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019. p. 6. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Direitos fundamentais e democracia: O Debate Habermas – Alexy*. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e insuficiência In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 47. Março/Abril de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual – ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Franco e Antônio Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd. Dez teses sobre a relação da dogmática penal com a política criminal e com a prática do sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coordenação e tradução Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática: Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional*. Tradução e coord. Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SEARLE, John R. *Consciência e linguagem*. Tradução Plínio Junqueira Smith. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. O que é a linguagem: algumas observações preliminares. In: TSOHATZIDIS, Savas L. (org.). *A filosofia da linguagem de John Searle*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

SERRANO-PIEDecasAS FERNÁNDEZ, José Ramón. El conocimiento científico del derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (coords.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2001. v. I.

SGUBBI, Filippo. Derecho penal comunitario. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 58, p. 89-123, 1996. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=15893 . Último acesso em 14 de março de 2020.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4811705>. Acesso em: 3 jan. 2020.

_____. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial B de f, 2012;

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

_____. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas? Aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. Tradução de Alamiro Velludo Salvador Netto e Renato de Mello Jorge Silveira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 79, v. 17, p. 134-157, 2009.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

_____. La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante. *Indret – Revista para el análisis del derecho*, 1.2019.

_____. *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2018.

_____. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 23, p. 9-23, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A segurança como critério de estipulação de crimes. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel. *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 131.

_____. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade da leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral (arts. 328 a 337-A)* In Código Penal Comentado. Miguel Real Júnior (Coord.). 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. 80, p. 303-345., 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=78850 .

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÜB, Frank. El trato actual del mandato de determinación. In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Crimes tributários e Anistia: aspectos práticos In: *Regime especial de regularização cambial e tributária (RERCT): aspectos práticos*. (Coord.) Aldo de Paulo Junior, Eduardo Perez Salusse e Heloisa Estellita. 1. Ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016

_____. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Fábio Antônio. O crime de evasão de divisas sob a ótica do direito penal mínimo. 1. Ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Os objetos simbólicos da proibição: o que que se desvenda a partir da presunção de evidência. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 19/20, p. 89-101, jan./jun. 2012.

_____. *Teoria do Injusto penal*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAYLOR, Charles. A Política de Reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org.). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Los principios de lesividad y proporcionalidad como límites al poder punitivo In: MARIS MARTÍNEZ, Stella (comp.). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. I. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2009. p. 65-98.

TEUBNER, Günther. Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann. *Theory, Culture and Society*, n. 18, p. 29-47, 2001. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/8ed0/2d198c207bfdec02edf6d3e43ada4902afff.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

_____. La constitucionalización de la sociedad global. Trad. Manuel Cancio Melía. In: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Trad. Manuel Cancio Melía e Carlos Gómez-Jara Díez (ed.). Lima: ARA Editores, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TÓRTIMA, Fernanda Lara; TÓRTIMA, José Carlos. *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no paragrafo único do art. 22 da lei 7.492*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

URQUIZO OLAECHEA, José. Límites a la intervención penal: el principio de proporcionalidad. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008.

VARGAS PINTO, Tatiana. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra : Thomson Aranzadi, 2007.

VÁZQUEZ, José Antonio Ramos. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Banch, 2011.

VOGEL, Joachim. Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea. *Revista Penal*, Valencia, n. 10, p. 112-129, jul. 2002. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39233 . Acesso em: 9 jan. 2020.

_____. Evaluación de los sistemas penales: contribución a una política criminal racional. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; PRIETO DEL PINO, Ana María; SOTO NAVARRO, Suzana (eds.). *La política legislativa penal en occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. (Tirant criminología y educación social. Serie mayor

_____. La internalización del Derecho Penal y del Proceso Penal. *Revista Penal*, n. 22, Jul. 2008. VOGEL, Joachim. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. *Revista Penal*, n. 11 p. 138-150, 2003. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/> . Último acesso em: 22 de fevereiro de 2020.

_____. Legislación penal y ciencia del derecho penal. (Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal.) *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, p. 249-265, 2003.

_____. Política Criminal y Dogmática Penal Europeas. *Revista Penal*, n. 11, p. 138-150, 2003. p. 150. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>.

VON HIRSCH, Andrew. *Proportionality in the philosophy of punishment. Crime and Justice*, Chicago: The University of Chicago Press, vol. 16, 1992.

VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Introducción. ¿Qué son los “mediating principles”? Trad. Ricardo Robles Planas. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução do alemão para o espanhol por Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas* (edição conjunta). 2. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

WOHLERS, Wolfgang. Derecho penal como ultima ratio. ¿Principio fundamental del derecho penal de um Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio? Trad. Núria Pastor Muñoz. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Edição espanhola a cargo de Ricardo Robles Planas. Barcelona: Atelier, 2012.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.