

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NO CAMPO DA
EXCEÇÃO: A PARADOXAL PROVIDÊNCIA JURÍDICA NO
CAMPO DO DIREITO PENAL COMO FORMA LEGAL
DAQUILO QUE NÃO TEM AMPARO NORMATIVO**

PAOLA FERNANDA DE SOUZA CUNHA

Itajaí-SC, agosto de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NO CAMPO DA
EXCEÇÃO: A PARADOXAL PROVIDÊNCIA JURÍDICA NO
CAMPO DO DIREITO PENAL COMO FORMA LEGAL
DAQUILO QUE NÃO TEM AMPARO NORMATIVO**

PAOLA FERNANDA DE SOUZA CUNHA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador(a): Professor(a) Doutor(a) Marcos Leite Garcia

Itajaí-SC, agosto de 2017

AGRADECIMENTOS

À Deus.

Ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, pelo incentivo e pelo Programa de Bolsa, possibilitou o desenvolvimento da pesquisa e a realização deste sonho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí, em especial ao Professor Coordenador Paulo Márcio Cruz e aos funcionários, principalmente, a sempre tão atenciosa Jaqueline Moretti.

Agradeço, em especial, ao meu orientador Dr. Marcos Leite Garcia, pela permanente atitude estimuladora e solidária para a concretização deste sonho, pelas conversas e pelo aprendizado que me oportunizou e, sobretudo, pela confiança em mim depositada.

Não posso, ainda, deixar de agradecer aqui, com boas recordações que me evocam, a outras pessoas que fizeram parte dessa trajetória, auxiliando de alguma forma nesta árdua, mas gratificante experiência de Mestrado: a minha mãe Marisa Eliane de Souza, ao Aírto Chaves Júnior, aos meus tios Roberto Fernando de Souza e Tânia Regina Silva Porto de Souza (*in memorian*) e a minha prima Cláudia Regina de Souza Pereira.

Igualmente, ao meu avô Silvestre João de Souza e ao meu tio Silvestre João de Souza Júnior (ambos *in memorian*), duas pessoas muito especiais, que seguiram sua jornada espiritual no início deste curso e que não podem ficar de fora, por serem meu exemplo de inspiração, de vida e por terem vibrado comigo pela aprovação na seleção para o curso de mestrado.

Agradeço também à magistrada Dra. Patrícia Nolli e a todos os colegas

de trabalho, que faço em nome da minha amiga Betina Pires Miranda.

Especial agradecimento aos amigos que este curso me oportunizou conhecer, Aline, Bruna, Camila, Chimelly, Kaira, Sílvia, Sirio e Yasmine, pelas contribuições e desafios traçados na incessante busca ao conhecimento, pelos momentos, ou simplesmente por serem quem e como são e que estão coordenados em meu coração.

Por fim, agradeço a todos que me permitiram trocas acadêmicas e existenciais singulares, e os quais deixo de nominar para não cometer injustiças, dada a extensão temporal em que se desenvolveram os estudos.

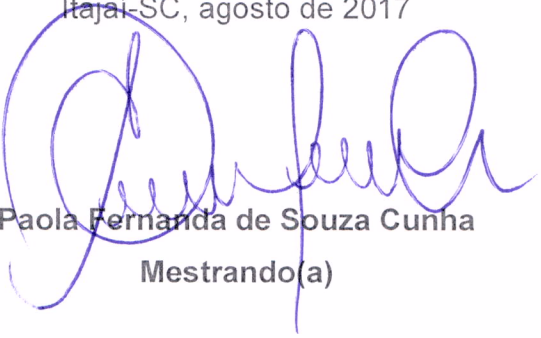
DEDICATÓRIA

À minha mãe Marisa Eliane de Souza, meu exemplo, pelo amor incondicional e também ao incentivo à continuidade dos estudos.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

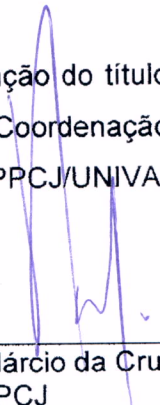
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, agosto de 2017



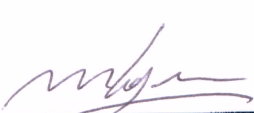
Paola Fernanda de Souza Cunha
Mestrando(a)

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

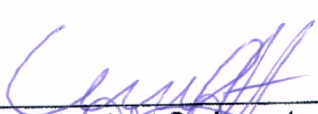


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

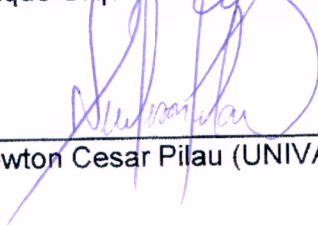
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI) – Presidente



Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori (UFSC) – Membro



Doutor Newton Cesar Pilau (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 26 de setembro de 2017

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.

Artigo

CRFB/1988

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores

ROL DE CATEGORIAS

Campo: a noção de campo será utilizada para demonstrar o espaço ou a forma em que se dará a Interpretação da norma ou a sua aplicação. De toda sorte, o campo jurídico constituir-se-á de um conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos lhe dão dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais disposições são traçadas através de disputas do Campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o *habitus* desse Campo¹.

Campo da Exceção: Nesse contexto, o Campo será a estrutura na qual o Estado de Exceção, sobre cuja decisão se funda o poder, vem a se realizar de forma estável. Logo, o campo move-se em uma zona cinzenta entre interior e exterior, exceção e Regra, lícito e ilícito, no qual toda proteção jurídica é minimizada².

Democracia Constitucional: É um modelo de democracia que tem como essência o constitucionalismo e o Garantismo; em razão do conjunto de limites impostos pelas constituições a todo os poderes³. As dimensões da democracia, a formal e a substancial, resultam assim anuladas, pelo paradigma constitucional, a outras tantas classes de Direitos Fundamentais: os que podemos chamar de autonomia formal – os direitos políticos na esfera pública da política e os direitos civis na esfera privada de mercado – que asseguram a forma democrática das decisões; e os que se denominou de direitos substanciais – os direitos de liberdade e os direitos sociais – que asseguram a substancia democrática das mesmas. Assim, resulta uma

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 926-927.

² AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es um campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 53.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 27.

concepção da Democracia Constitucional como modelo normativo articulado em várias dimensões, correspondentes a outras tantas classes de Direitos Fundamentais: a democracia política, assegurada pelas Garantias dos direitos políticos; a democracia civil, assegurada pelas Garantias dos direitos civis; a democracia liberal (ou liberal-democracia) assegurada pelas Garantias dos direitos de liberdade; a democracia social (ou social-democracia), assegurada pelas Garantias dos direitos sociais. Neste sentido o Garantismo, tomado em suas quatro dimensões – política, civil, liberal e social, segundo a classe de direitos garantidos – pode muito bem ser considerado como a outra cara do constitucionalismo e como o pressuposto jurídico da efetividade da democracia⁴. A Democracia Constitucional é uma construção jurídica e, por vezes, uma construção política e social, confiada por um lado à elaboração e à proteção teórica e, por outro, à prática política e às lutas sociais. Igualmente, ao direito, que é a linguagem em que se pensa as formas e as técnicas de Garantias⁵.

Direitos Fundamentais: Os Direitos Fundamentais são um conceito do mundo moderno e surgiram a partir do que Peces-Barba denomina de trânsito à modernidade⁶, momento no qual, em razão da moral e do direito estarem conectados pelo poder estatal, mormente porque esses direitos que se originam e assentam-se na moralidade, são introduzidos no direito pela intervenção do Estado. Então, os Direitos Fundamentais, constituem um subsistema jurídico que supõem que a pretensão moral justificada seja incorporável a uma norma e, com isto, possa obrigar aos destinatários a cumprirem as obrigações jurídicas que se desprendem, visando que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, igualmente, para que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos. Assim, com a positivação, os Direitos Fundamentais passam a ser um subsistema dentro do sistema jurídico, ou seja, um conjunto de normas organizadas no ordenamento jurídico⁷. Os Direitos

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011, p. 35-36.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 109.

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 104-112.

⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 104-353.

Fundamentais configuram-se como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer⁸.

Estado de Exceção: o Estado de Exceção, que inicialmente é a suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem especial permanente que, como tal, permanece, sem embargo, constantemente fora do ordenamento normal⁹. Assim, o Estado de Exceção apresenta-se como a forma legal do que não pode ter forma legal¹⁰.

Garantias: As Garantias constitucionais dos Direitos Fundamentais são também as Garantias da democracia. As Garantias constitucionais são aquelas da rigidez dos Princípios e dos direitos constitucionalmente estabelecidos que gravam de modo específico os poderes do Estado. As Garantias podem ser primárias, consistindo na proibição de derrogar e na obrigação de agir dos princípios, direitos e institutos estabelecidos pela Constituição, somente modificáveis por meio dos procedimentos de revisão complexos ou imutáveis de qualquer modo; em segundo lugar, tem-se as Garantias secundárias, consistentes no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias que contradigam tais princípios e direitos. Precisamente, as Garantias constitucionais primárias negativas consistem na proibição, para o legislador ordinário, de modificar ou derrogar os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos¹¹.

Garantismo: O Garantismo jurídico consubstancia-se nos “direitos individuais – vinculados à tradição iluminista – com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano, sofrendo, como curial, as influências dos acontecimentos históricos, especificamente a transformação da sociedade relativamente à tutela dos direitos sociais e negativos de liberdade, bem assim do levante neoliberal que, na esfera penal e do processo penal, apresenta perspectiva

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, p. 23-24.

⁹ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto.** Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 55.

¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 11-12. Título original: *Stato di Eccezione*.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes:** la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 39-40.

de exclusão social e mitigação das Garantias individuais, tendo como reação a crítica contundente de movimentos sociais”¹². O modelo garantista é o paradigma do Estado Constitucional¹³.

Hermenêutica: “Hermenêutica significa, tradicionalmente, *teoria ou arte da Interpretação e compreensão de textos*, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo”, mas que, igualmente, procura estabelecer critérios para a afirmação de certeza e objetividade nesse processo de Interpretação e compreensão¹⁴.

Interpretação: a Interpretação dos direitos consiste em levar em consideração o significado dos direitos em um sentido negativo e positivo. No sentido negativo, o significado atribuído a uma determinada disposição não pode transgredir ao Direito Fundamental; no positivo, o significado de uma disposição deve favorecer estes direitos. Os operadores jurídicos estão sujeitos a estas exigências, porém aqueles dotados de autoridade normativa, de poder de decisão jurídica, são os únicos obrigados em ambos os sentidos, não podendo transgredi-los e devendo promovê-los; enquanto que em relação com os demais operadores jurídicos estão sujeitos apenas quanto ao sentido negativo. Isso porque os direitos convertem-se em critérios, guias e limites de qualquer Interpretação jurídica. A Interpretação que se faz dos direitos pelos diferentes intérpretes tem como limites a sua configuração legal, que será controlada pelo Tribunal Constitucional. O problema cinge-se no controle de Interpretação deste órgão, mesmo com instrumentos que determinem a obrigação de motivar os casos deduzidos pela tutela judicial que repercutem o problema. O Tribunal deve estar sujeito não apenas a obrigação de motivar a decisão concreta, mas também de interpretar os direitos igualmente a outros casos semelhantes ao julgado anteriormente¹⁵.

Princípio: Os princípios expressos nos textos legislativos ou, implícitos ou latentes

¹² ROSA, Alexandre Morais. **Decisão Penal:** a Bricolagem de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 86-87.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 22.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 261-262.

¹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 574-580.

num ordenamento, constituem normas aplicáveis como Regra em relação a determinados comportamentos públicos ou privados¹⁶. Os princípios gerais são a fonte primária da normatividade, incorporando no ordenamento jurídico os “valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as Garantias e as competências de uma sociedade constitucional”, ou seja, tornaram-se “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”¹⁷.

Regra: são disposições que “Regram o caso, determinando o que deve ou não ser feito”¹⁸.

SUMÁRIO

RESUMO	p.15
RESUMEN	p.17

¹⁶ CRISAFULLI. **La Constuzione e le sue Disposizione di Principio**, Milão, 1952, p. 16-17. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 273.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 283.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 562.

INTRODUÇÃO	p. 19
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU REFLEXO NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	p. 23
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONCEITO MODERNO	p. 23
1.2 HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR PENAL E PROCESSUAL PENAL.	p. 35
1.3 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAIS: INSTRUMENTOS DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO	p. 48
2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS	p. 74
2.1 A VELHA E A NOVA HERMENÊUTICA	p. 74
2.2 O NOVO PARADIGMA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	p. 90
2.3 EM BUSCA DE SEGURANÇA JURÍDICA: A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA PARA O DIREITO PROCESSUAL E PENAL BRASILEIRO	p. 113
3 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NO CAMPO DA EXCEÇÃO: A PARADOXAL PROVIDÊNCIA JURÍDICA NO CAMPO DO DIREITO PENAL COMO FORMA LEGAL DAQUILO QUE NÃO TEM AMPARO NORMATIVO	p. 130
3.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	p. 130
3.2 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL E PROCESSUAL NO CAMPO DA EXCEÇÃO	p. 150
3.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO PROTAGONIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	p. 170
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 201
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p. 208

RESUMO

A presente Dissertação tem por objeto analisar a necessidade de uma nova postura Hermenêutica quando da tomada de decisões que envolvem os Direitos Fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual, como forma de limitar o poder punitivo do Estado e de impedir a instituição do Estado de Exceção. Está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo, tendo como objetivo geral verificar se o Poder Judiciário brasileiro utiliza um modelo hermenêutico quando da aplicação dos Direitos Fundamentais no trato das questões penais e processuais colocadas a sua apreciação e como as decisões podem influir para a promoção do Estado de Exceção. Para alcançá-lo, traçou-se os objetivos específicos desenvolvidos nos capítulos 1, 2 e 3, que tratam, respectivamente: da evolução dos Direitos Fundamentais até a sua positivação como instrumento limitador do poder punitivo do Estado; o modelo de Hermenêutica constitucional aplicado aos Direitos Fundamentais e a necessidade de construção de um modelo adequado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que a Interpretação pelos atores jurídicos seja coerente com os direitos consagrados e com a sustentação do Estado Democrático de Direito; e, por fim, verificar se o órgão judicial quando chamado a apreciar as normas de Direitos Fundamentais, no âmbito da tutela penal ou processual penal, possui um controle hermenêutico rígido ou o faz no Campo da Exceção, ou seja, no paradigma do Estado de Exceção. A pesquisa, finalmente, revela a confirmação das hipóteses levantadas, em razão de que no Estado Democrático de Direito todas as Garantias contidas na Constituição visam minimizar a violência e o poder punitivo. Logo, quando o órgão judicial promove a relativização dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a redução destas Garantias que justificam o processo penal, sob o propósito de a qualquer custo combater a criminalidade ou a corrupção, a Interpretação da norma penal passa a dar-se no Campo da Exceção, o que contribui para que se instaure um Estado de Exceção judicial permanente, justamente pelo Poder que diante da sua independência e imparcialidade deveria promover ideais de justiça e de igualdade, por meio da concretização dos Direitos Fundamentais. Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, o método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e no Relatório da Pesquisa

expresso nesta Dissertação foi o Indutivo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Estado de Exceção. Hermenêutica. Princípio. Regra.

RESUMEN

La presente Disertación tiene por objeto analizar la necesidad de una nueva postura hermenéutica en el momento de la toma de decisiones que envuelven los Derechos Fundamentales en el ámbito del Derecho Penal y Procesal, como forma de limitar el poder punitivo del Estado y de impedir la institución del Estado de Excepción. Pertenece a la línea de investigación Constitucionalismo y Producción del Derecho, dentro del Área de Concentración de Fundamentos del Derecho Positivo, y su objetivo general es verificar si el Poder Judicial brasileño utiliza un modelo hermenéutico cuando aplica los Derechos Fundamentales en el trato de las cuestiones penales y procesales colocadas para su apreciación y cómo las decisiones pueden influenciar para la promoción del Estado de Excepción. Para alcanzarlo se trazaron los objetivos específicos desarrollados en los capítulos 1, 2 y 3, que tratan respectivamente: de la evolución de los Derechos Fundamentales hasta su positivación como instrumento limitador del poder punitivo del Estado; el modelo de Hermenéutica constitucional aplicado a los Derechos Fundamentales y la necesidad de construcción de un modelo adecuado a la Constitución brasileña de 1988, para que la Interpretación por parte de los actores jurídicos sea coherente con los derechos consagrados y con la sustentación del Estado Democrático de Derecho; y, por último, verificar si el órgano judicial, cuando es llamado a apreciar las normas de Derechos Fundamentales en el ámbito de la tutela penal o procesal penal, posee un control hermenéutico rígido o lo hace en el Campo de Excepción, es decir, en el paradigma del Estado de Excepción. La investigación finalmente revela la confirmación de las hipótesis planteadas en razón de que en el Estado Democrático de Derecho todas las Garantías contenidas en la Constitución tienen el propósito de minimizar la violencia y el poder punitivo. Luego, cuando el órgano judicial promueve la relativización de los Derechos Fundamentales y, en consecuencia, la reducción de estas Garantías que justifican el proceso penal con el propósito de combatir a cualquier costo la criminalidad o la corrupción, la Interpretación de la norma penal pasa a darse en el Campo de la Excepción, lo que contribuye para que se instaure un Estado de Excepción judicial permanente, justamente por el Poder que ante su independencia e imparcialidad debería promover ideas de justicia y de igualdad, por medio de la concreción de los Derechos Fundamentales. En cuanto a la Metodología empleada, se registra que el método utilizado en la fase de Investigación fue el

Inductivo; en la Fase de Tratamiento de Datos el Cartesiano, y en el Informe de la Investigación expresado en esta Disertación, fue el Inductivo.

Palabras clave: Derechos Fundamentales. Estado de Excepción. Hermenéutica. Principio. Regla.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação intitulada “A Interpretação da norma penal no Campo da Exceção: a paradoxal providência jurídica no Campo do direito penal como forma legal daquilo que não tem amparo normativo”, justifica-se em razão da necessidade de se ter uma Hermenêutica voltada à concretização e à interpretação dos Direitos Fundamentais como meio de limitar o poder de punir do Estado.

O tema será desenvolvido na linha de pesquisa: Constitucionalismo e Produção do Direito, dentro da Área de Concentração Fundamentos do Direito Positivo.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar a necessidade de uma nova postura Hermenêutica, a ser empregada pelos atores jurídicos, em especial, pelo Poder Judiciário na tomada de decisões que envolvam os Direitos Fundamentais relacionados ao Direito Penal e Processual Penal, como forma de limitar o poder punitivo do Estado e de impedir a instituição do Estado de Exceção.

O objetivo geral, por sua vez, é verificar se o Poder Judiciário brasileiro possui ou utiliza um modelo hermenêutico quando da aplicação dos Direitos Fundamentais no trato das questões penais e processuais penais colocadas à sua apreciação e como as decisões tomadas podem culminar na promoção do Estado de Exceção.

Os objetivos específicos, portanto, são: a) estudar a evolução dos Direitos Fundamentais até a sua positivação como instrumento limitador do poder punitivo do Estado; b) analisar a Hermenêutica constitucional no trato dos Direitos Fundamentais, inclusive em relação às Teorias de Alexy e de Dworkin, e a necessidade de construção de um modelo adequado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que a Interpretação pelos atores jurídicos seja coerente com os direitos consagrados e com a sustentação do Estado Democrático de Direito; c) verificar se o órgão judicial quando chamado a apreciar normas de

Direitos Fundamentais no âmbito da tutela penal ou processual penal, possui um controle hermenêutico rígido ou o faz no Campo da Exceção, ou seja, no paradigma do Estado de Exceção.

O problema a se investigar está em averiguar se o modelo hermenêutico utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro quanto à aplicação dos Direitos Fundamentais no trato das questões penais e processuais penais colocadas à sua apreciação podem culminar na promoção do Estado de Exceção.

Para tanto, levantou-se as seguintes hipóteses:

a) Os Direitos Fundamentais como conceito moderno, a partir da sua positivação nas Constituições do segundo pós-guerra constituem em um instrumento limitador do poder punitivo do Estado?

b) A Hermenêutica constitucional aplicada aos Direitos Fundamentais, inclusive em relação às Teorias de Alexy e de Dworkin, demonstram a necessidade de construção de um modelo hermenêutico adequado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que a Interpretação pelos atores jurídicos seja coerente com os direitos consagrados e com a sustentação do Estado Democrático de Direito?

c) O Poder Judiciário quando chamado a apreciar normas de Direitos Fundamentais no âmbito da tutela penal ou processual penal, possui um controle hermenêutico rígido ou o faz no Campo da Exceção, ou seja, no paradigma do Estado de Exceção?

O resultado do trabalho de exame das hipóteses está exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Deste modo, no Capítulo 1, intitulado “Direitos Fundamentais e seu reflexo no direito penal e processual penal”, trabalhar-se-á, primeiramente, com os Direitos Fundamentais como conceito moderno, surgidos após o trânsito da modernidade até a positivação da moral nas Constituições rígidas do segundo pós-guerra. Na sequência, expor-se-á o processo evolutivo da humanização do direito de punir,

finalizando, com o estudo do direito penal e processual penal constitucionais, como instrumentos de limitação do poder punitivo.

O Capítulo 2, cujo título é “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais” expor-se-á, inicialmente, a velha e a nova Hermenêutica até se chegar ao paradigma da Hermenêutica constitucional sob a perspectiva das Teorias de Dworkin e Alexy. Finalizando, com a necessidade de construção de um modelo interpretativo em consonância com o direito processual e penal brasileiro.

O Capítulo 3 dedica-se, inicialmente, a demonstrar a evolução do Estado de Direito até a sua consagração como Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a importância do Poder Judiciário na consagração dos Direitos Fundamentais. Em um segundo momento, analisar-se-á quando a Interpretação da norma penal dar-se-á no Campo da Exceção e como podem culminar na institucionalização do Estado de Exceção pelo órgão judicial. A partir disso, averiguar-se-á se o Poder Judiciário brasileiro pode ser protagonista deste modelo de Estado, ao interpretar as normas de Direitos Fundamentais em descompasso com o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de o Poder Judiciário adotar um modelo hermenêutico que se enquadre com o paradigma do Estado Democrático de Direito e, com isto, promova a concretização do Direitos Fundamentais, principalmente, no que tange às Garantias relacionadas aos limites ao poder punitivo do Estado.

Quanto à metodologia para alcançar os objetivos almejados, registra-se que o método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo¹⁹; na fase de Tratamento dos Dados foi o Cartesiano²⁰ e no Relatório da Pesquisa foi empregado

¹⁹ “[...] se opera a coleta de elementos que são reunidos e concatenados para caracterizar o tema pesquisado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 97.

²⁰ O método cartesiano é aquele estabelecido por René Descartes, “em quatro preceitos por ele expressos: 1. [...] **nunca aceitar, por verdadeira, coisa nenhuma que não conhecesse como evidente**; [...]; 2. **dividir** cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas

o método Indutivo.

As técnicas de investigação utilizadas ao longo da presente pesquisa foram a do Referente²¹, da Categoria²², do Conceito Operacional²³ e da Pesquisa Bibliográfica²⁴, sendo os conceitos operacionais apresentados no momento inicial.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

pudessem ser e fossem exigidas para melhor compreendê-las; 3. [...] **conduzir por ordem** os meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo certa ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros; 4. [...] fazer sempre **enumerações tão complexas e revisões tão gerais**, que ficasse certo nada omitir". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 92-93.

²¹ "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 58.

²² "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 27.

²³ "Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 39.

²⁴ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 215.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU REFLEXO NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CONCEITO MODERNO

Para Peces-Barba, os Direitos Fundamentais são um conceito do mundo moderno e surgiram a partir do trânsito à modernidade²⁵. Conforme ele,

[...] o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos Direitos Fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizados, ainda que sejam os novos, especificamente modernos, os que lhe dão se pleno sentido.²⁶

Depois disso, o século XXI não veio acompanhado de mudanças extraordinárias que o distinguissem de forma especial dos séculos antecessores, cujos acontecimentos culminaram por alterar a estrutura social e a mentalidade humana²⁷. Na aparência, o novo século apenas deu continuidade ao século XX, “sem as transformações radicais imaginadas por cientistas e escritores de ficção”. Entretanto, se fosse próprio apontar uma característica que vai se revelando marcante no século XXI, ela seria a crescente complexidade das relações humanas, sociais e cultural. No âmbito jurídico, houveram transformações importantes, cujas consequências decorrem da “ampliação, quantitativa e qualitativa, do espaço

²⁵ O trânsito à modernidade é uma expressão utilizada pelo professor Gregorio Peces-Barba, justificando-a porque considera ambíguo o termo renascimento, bem assim por caracterizar sua tese de que os direitos fundamentais são um conceito da modernidade. GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Julianio Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982, p. 4.

²⁷ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Julianio Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 194.

reservado à Interpretação e ao intérprete”²⁸.

Barcellos²⁹, complementa que “a liberdade e o poder conferidos ao intérprete nos sistemas romano-germânicos, e particularmente no Brasil, são hoje substancialmente maiores do que o foram ao longo dos últimos séculos”, o que não significa que em momentos históricos, especialmente a partir do século XVIII, o intérprete não tenha assumido ampla liberdade de atuação.

Nesse horizonte, moral e direito estão conectados pelo poder³⁰; mormente porque o direito é criado pelo Estado, ponto de referência da realidade jurídica a partir do trânsito à modernidade³¹. Logo, os Direitos Fundamentais que se originam e se assentam na moralidade, introduzem-se no direito pela intervenção estatal³².

Esses valores carecem de força para orientar a vida social num sentido que colabore com a sua finalidade moral. Como os Direitos Fundamentais não podem desvincular-se dos valores morais que lhes dão suporte de justificação, essa necessária positivação dos Direitos Fundamentais é chamada por Peces-Barba³³ de moralidade legalizada.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-50.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50-51.

³⁰ Um dos fatores básicos para compreender o sentido e a atuação do Direito, constitui-se pela relação entre o Direito e o Poder, entre o Direito e a força. Os ordenamentos jurídicos incluem sistemas de coação destinado a assegurar o cumprimento de seus modelos de conduta. Porém, quando o Direito estabelece estes modelos de comportamento, faz em razão de que considera tais condutas necessárias para a manutenção de um modelo ou para a conquista de fins determinados. Disso, Peces-Barba deduz que o Direito é a expressão de um sistema de valores, preferências e ideologias, que se expressam por meio desses modelos de comportamento. Por trás disso, existem certos valores, que são os que precisamente pretendem materializarem-se através das normas jurídicas. E o Direito passa a respeitar esses valores quando os regulamenta. PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de Teoría del Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 19-20.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 104-105.

³² A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano, p. 14. In: CRUZ, Paulo Márcio; et al. **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 105.

Há casos, porém, em que o Estado se mantém inerte na realização desta tarefa, de maneira que estes valores morais deixam de se converter em direito positivo e a sociedade reclama pela mudança no plano legislativo (moralidade de crítica). Neste passo, como assevera Peces-Barba³⁴, a incorporação da moralidade pode ocorrer pela Interpretação dos juízes em casos que tratem de Direitos Humanos, o que se revela na transformação da moralidade crítica em moralidade legalizada³⁵. De toda sorte, para ser considerado Direito Fundamental, não basta estar positivado, tem de ser seguido por sua respectiva garantia³⁶. Nesse sentido, deve-se ter

um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos Direitos Fundamentais, o que supõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar a uns destinatários correlativos das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial, e, por suposto que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, potestade ou imunidade a uns titulares concretos³⁷.

Essa pretensão moral, em sua substância, deve percorrer a prescrições relacionadas aos direitos de liberdade, que impõem proibições e aos direitos sociais que impõem obrigações ao legislador. Para Ferrajoli³⁸, a criação do Estado não implicará a concessão de poderes plenos e absolutos, mas a vinculação de sua atuação (negativa e positiva) em conformidade com os direitos antecedentes. Logo, o poder estatal nascerá, desde o princípio, limitado pelos direitos pré-existentes e inalienáveis, que constituem a esfera do indecidível, razão porque o autor descreve

³⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 105-106.

³⁵ A súmula vinculante foi introduzida na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional n. 45/04 (CRFB/1988, art. 103-A), como meio de uma súmula ter efeitos vinculantes sobre decisões futuras em matéria constitucional, de sorte, por corolário, a se pronunciar também sobre Direitos Fundamentais frente a situações concretas, que são decididas reiteradamente. A omissão do legislador é o que conduz a esse modo de intervenção judicial, que deixa de ser facultativo e torna-se imutável até que por procedimento tão complexo quanto para sua aprovação, seja cancelada.

³⁶ GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio¹) Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade**: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 206.

³⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 112.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 102-103.

a esfera do indecidível como a expressão que denomina o conjunto de princípios que, na democracia, estão subtraídos à vontade das maiorias. Consequentemente, pode-se dizer que os Direitos Fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível³⁹:

la esfera de lo *no decidible que*, integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo *no decidible que no*, formada por los derechos sociales, que imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Por consiguiente, ya que estos límites y vínculos de contenido contradicen la noción puramente política de la democracia, basada en reglas exclusivamente formales que

³⁹ A esfera do indecidível não se restringe apenas ao território proibido ou obrigado, mas também a observar o que não pode ser decidido e o que não pode deixar de ser decidido (deve ser decidido). A primeira esfera é a das proibições, aos limites negativos impostos à legislação em garantia dos direitos de liberdade; a segunda é a das obrigações, aos vínculos positivos, igualmente, impostos à legislação para a garantia dos direitos sociais. De toda sorte, o conjunto das garantias constitucionalmente estabelecidas, estão dirigidas a assegurar sua efetividade. Neste sentido, o Garantismo representa a face do constitucionalismo. Outra característica da esfera do indecidível é que a imposição destes limites e vínculos a garantia dos direitos fundamentais, não se restringem à esfera pública, atingindo também a esfera privada. Ou seja, não só o Estado como também o mercado econômico e financeiro. A esfera do indecidível desenhada pelas constituições é a característica que distingue a democracia constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais de liberdade e sociais constituem pré-condições lógicas da democracia que, por corolário, determinam a sua dimensão substancial, precisamente, o que não pode e o que se deve decidir. Em suma, determinam o conteúdo, ou seja, a substâncias das decisões, opostamente, à dimensão formal, que se refere “al cómo y al quién”, é dizer, a forma das decisões (procedimento). Esta dimensão foi incluída na democracia por uma mudança de paradigma do direito, da validade e também da mesma democracia produzida pela sua estipulação nas constituições rígidas. Entretanto, tecendo uma diferenciação entre a Teoria do direito e a democracia, a esfera do indecidível é uma noção simétrica e complementar da esfera do decidível. A propósito, ambas as esferas servem para identificar, respectivamente, a esfera discricionária da política, que pertence ao que Ferrajoli chama de funções e instituições de governo, e a esfera vinculada à sujeição à lei em decorrência do que chamou de funções e instituições de garantia. Trata-se de uma distinção que promove a reestrutura da esfera pública e, especificamente, a separação dos poderes. Então, com a separação dos poderes, questiona-se qual fonte de legitimação democrática dos órgãos chamados a aplicar a lei, ou seja, a observância dos pressupostos, em função da garantia dos direitos fundamentais que compõem a esfera do indecidível? A esfera do indecidível pertence a competência e está regida pelas funções e as instituições de garantia, nas quais se incluem, além das funções e instituições judiciais, também as administrativas de garantia, igualmente, legitimadas pela aplicação substancial e não pelo simples respeito à lei. A diferença em se determinar que a legitimação pertence os poderes que detém funções de garantia, está no fato de que os poderes investidos de funções de governo são poderes de disposição, de produção e inovação jurídica, legitimados pelo consenso popular; enquanto os investidos nas funções de garantia são poderes de cognição, legitimados pela aplicação da lei, ou seja, pela observância dos pressupostos legais das decisões, sejam elas judiciais ou administrativas. Neste modelo, compreender a articulação da esfera pública, como visto, é o efeito da constitucionalização da esfera do indecidível. Afinal, todos os direitos fundamentais, de fato, requerem uma legislação que o tornem aplicáveis. Isto porque, esfera pública, na definição de Ferrajoli, é a soma das funções consistentes, de um lado, na tutela dos interesses gerais e, por outro, na garantia dos direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 102-108.

hacen posible a virtual omnipotência de las mayorías, habremos de admitir que, de atenermos a tal noción, las actuales democracias constitucionales no son democracias⁴⁰.

Deste modo, no âmbito jurídico, a esfera do indecidível estabelece uma indecidibilidade absoluta quando exclui a reforma constitucional ou relativa quando prevê para sua modificação, a aplicação de um procedimento rígido. Além disso, fixa limites e vínculos normativos a todos os poderes públicos, inclusive ao poder legislativo, quanto às normas de direito positivo no âmbito constitucional⁴¹.

Dentre as linhas de evolução, tem-se o processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais, que está diretamente relacionado com os questionamentos do *por quê?* e do *para quê?* dos Direitos Fundamentais, que compreendem a filosofia destes direitos, como foi desenvolvido Peces-Barba. Entretanto, Garcia considera fundamental acrescentar àquelas perguntas, uma terceira, que seria: *qual deve ser seu conteúdo?*, em virtude de que os Direitos Fundamentais “não são um conceito estático por tratar-se de um conceito que acompanha as demandas da Sociedade”⁴². No mais, o fundamento que responde ao *por quê?* dos Direitos Fundamentais situa-se, principalmente na pretensão moral justificada e o conceito, em uma visão dinâmica, responde ao *para quê?* dos Direitos Fundamentais, em relação à recepção dessa pretensão moral justificada no direito positivo. A compreensão dos Direitos Fundamentais pretende superar os reducionismos fundamentalistas e funcionalistas, supondo uma atividade integradora da filosofia do direito e do direito positivo⁴³.

Mas porque razão faz-se necessária uma carta de Direitos Fundamentais? Conforme Peces-Barba⁴⁴, as razões da existência dos Direitos

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011, p. 29.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 102-103.

⁴² GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁴³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 102-103.

⁴⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 145.

Fundamentais estão intrinsecamente relacionadas à sua formação histórica até a atualidade, e essa fundamentação se encontra nos processos de positivação⁴⁵, de generalização⁴⁶, de especificação⁴⁷ e de internacionalização⁴⁸.

A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Peces-Barba tem a visão integral do fenômeno dos direitos e é também de fundamental importância para a delimitação do conceito de Direitos Fundamentais, a partir de três características: validade (fundamento-legitimidade), vigência (positividade-legalidade) e práticas sociais (eficácia ou efetividade). Essas, então, “seriam as três dimensões dos Direitos Fundamentais: uma ética, uma jurídica e outra fática ou social”⁴⁹.

⁴⁵ Para Peces-Barba, o **processo de positivação** é justificado pelo jusnaturalismo racionalista; pela passagem da discussão filosófica ao direito positivo. Afinal, somente a lei, expressão jurídica de um poder político, da vontade popular, pode positivar a moralidade e o direito. A partir do século XIX essa positivação se considera uma condição essencial para a existência dos direitos com eficácia social e não se concebe uma implantação à margem da positivação (os direitos de liberdade, por exemplo, integram a primeira geração de direitos fundamentais). PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 156-160.

⁴⁶ A **generalização** consistirá no progressivo, embora não definitivo, ajuste entre as afirmações de que os direitos protejam a todos os membros de uma comunidade como reflexo da luta pela igualdade real (são os direitos sociais ou de segunda geração). Esse processo tem três grandes dimensões, que se referem à marcha de direitos que garantem e tornam possível uma participação política e igualitária e, por consequência, o acesso da classe trabalhadora na configuração de uma nova geração de direitos fundamentais, visando assegurar a solidariedade e a igualdade e, enfim, na fundamentação de que o direito de propriedade não pode ser uma pretensão justificada. Isso porque a propriedade não pode estender-se a todo mundo, de modo que não se pode alcançar a igualdade. As dimensões da generalização são o novo corporativismo, as novas tecnologias e o imperialismo da economia. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 160-172.

⁴⁷ O **processo de especificação** supõe uma ruptura ao modelo racional e abstrato, ao completar a ideia dos destinatários genéricos, os homens e os cidadãos, como as pessoas situadas como mulheres, crianças, consumidores; e ao graduar igualmente os conteúdos com o surgimento de novos direitos, como ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento (são os direitos difusos ou de terceira geração). Nesse processo, vê-se a razão pela qual se justificam os direitos, que no modelo inicial era um consenso sobre a limitação do poder e uma justificação desse poder através da participação popular dos cidadãos na formação de sua vontade e de um consenso democrático apoiado no Princípio das maiorias. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 155.

⁴⁸ O **processo de internacionalização** situa-se em um âmbito jurídico da Comunidade Internacional, implicando na busca de internacionalizar os Direitos Humanos para além das fronteiras de cada Estado. Após a segunda guerra produzem-se tratados internacionais que passam a vincular juridicamente os Estados e passa-se a ter o reconhecimento e a proteção internacional de Direitos Fundamentais. Essa aspiração de globalidade e generalidade, a noção jurídica de Direitos Humanos, pode ser extraída da Carta das Nações Unidas como da Declaração Universal de Direitos Humanos. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 173-175.

⁴⁹ GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-

A dimensão ética decorre da noção de os Direitos Fundamentais serem uma pretensão moral, justificada na Dignidade da Pessoa Humana e na igualdade, como pilares mestres; na liberdade, solidariedade e segurança jurídica – como seus outros pilares. Conforme a dimensão jurídica, os Direitos Fundamentais devem não somente estar positivados, mas acompanhado de instrumentos para que possam ser tutelados⁵⁰. A dimensão fática ou social⁵¹ traz os Direitos Fundamentais como uma realidade social, portanto, “condicionadas a fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecem, dificultam ou impedem sua efetividade”⁵².

A Constituição e os Direitos Fundamentais, por corolário, são a conexão que exprimem inicialmente o processo de positivação, porque são expressão de um poder político democrático, que interioriza as pretensões morais justificadas como valores ou Princípios políticos, reconhecendo como direito positivo os Direitos Fundamentais, que se desenvolvem, aplicam-se e garantem-se por outras formas de produção normativa como a Lei e a jurisprudência⁵³.

Para Alexy⁵⁴, os Direitos Humanos podem estruturar-se de acordo com

Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano, p. 16. In: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁵⁰ Os Direitos Fundamentais encartados na Constituição Federal de 1988 “são pretensões morais justificadas positivas e seguidas por suas respectivas garantias”. GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano. In: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016, p. 18.

⁵¹ “A dimensão social da visão integral dos direitos é a que tem relação com sua incidência social, isto é incidência real de fatores econômicos, sociais e culturais”. GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano. In: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016, p. 20.

⁵² GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano, p. 16-19. In: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁵³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 156-160.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original. Die Institutionalisierung der

diferentes critérios. Sob o aspecto formal, recomenda diferenciá-los entre direitos a algo, liberdades e responsabilidades. Somente os direitos a algo interessam neste estudo, porque tem relação com três elementos: o titular, o destinatário e o objeto do direito; que devem ser expressos por meio do operador do direito. Porém, nem todos os direitos são Direitos Humanos, de sorte a distinguirem-se dos demais quando contém as seguintes características: universalidade⁵⁵, validade moral⁵⁶, fundamentalidade⁵⁷, prioridade⁵⁸ e abstração⁵⁹. Por consequência, a sua

Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 22-24.

⁵⁵ A universalidade decorre da ideia de que a titularidade dos Direitos Humanos corresponde a todos os seres humanos. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 24-27.

⁵⁶ Quanto à segunda característica, uma norma vale moralmente quando pode ser justificada frente ao todo que toma parte em uma fundamentação racional; a universalidade da estrutura dos Direitos Humanos, consiste no que são basicamente direitos de todos frente a todos, soma-se à universalidade da validade, que é definida por sua fundamentalidade frente a tudo o que toma parte em uma fundamentação racional. O caráter moral dos Direitos Humanos não se opõe a sua institucionalização como direitos jurídico-positivos. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 24-27.

⁵⁷ A fundamentalidade diz respeito ao objeto de direitos. Os Direitos Humanos, tratam da proteção e satisfação dos interesses e necessidades fundamentais. Um interesse ou uma necessidade é fundamental, quando sua violação ou não satisfação toca o núcleo essencial de sua autonomia. Há necessidade de assegurar um mínimo de subsistência, uma distribuição do bem-estar; por meio de uma justiça distributiva que se decide no processo político, avaliado pelos Direitos Humanos. A par disso, é que os Direitos Humanos expressam uma mínima concepção de justiça. Entre a fundamentalidade dos Direitos Humanos e validade moral há uma conexão, mas as duas coisas não são idênticas. A conexão resulta de que um direito, enquanto mais fácil possa ser justificado frente a todos, é mais fundamental. O direito a vida é um exemplo. No entanto, fundamentalidade no sentido definido por Alexy, não é uma condição necessária da validade moral. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 28-29.

⁵⁸ A prioridade sobre a lei positiva é uma das características próprias dos Direitos Humanos; oportunidade em que se deve diferenciar entre uma prioridade fraca e uma forte. A prioridade fraca consiste em que não é o direito positivo a medida para o conteúdo dos Direitos Humanos, mas os Direitos Humanos são a medida para o conteúdo do direito positivo, por ser uma condição necessária de legitimidade deste. O direito positivo que viola os Direitos Humanos é em seu conteúdo um direito incorreto. É discutível se essa incorreção é apenas uma impropriedade moral ou se tem também um caráter jurídico. Neste vértice, é apenas importante que, só em uma prioridade fraca, a incorreção decorrente da violação de Direitos Humanos não implique na perda

institucionalização legal será enviada, tanto no nível do direito internacional quanto no nacional. Trata-se, assim, da positivação dos Direitos Humanos como direito interno. É possível, portanto, formular catálogos⁶⁰ de Direitos Humanos com o menor grau possível de abstração, tendo-se as Declarações e as Convênções sobre os Direitos Humanos, no âmbito do direito internacional, como exemplos⁶¹.

A propósito, uma Constituição que não contém todos os Direitos Humanos como Direitos Fundamentais não é legítima. Além disso, uma constituição pode conceder Direitos mais Fundamentais do que os Direitos Humanos impõem. Os problemas de Direitos Fundamentais exigidos pelos Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais adicionais em relação à vinculação do poder do Estado e ao controle desta ligação, são essencialmente os mesmos. Portanto, pode-se falar, doravante,

da validade jurídica ou do seu caráter legal. Isto se dá, mais que nada, em uma prioridade forte. Tratando-se de uma prioridade forte, a violação de um Direito Humano suprime o caráter jurídico e, com isso, igualmente a validade jurídica do ordenamento positivo contraditório. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 29-30.

⁵⁹ A abstração, por sua vez, possui diferentes dimensões e graus. A primeira dimensão refere-se aos destinatários. Não diz sobre quem recai o direito, ou seja, abstrai o destinatário. A segunda relaciona-se quanto às modalidades objeto do direito. Deixa aberta a questão de se o direito é apenas um direito à abstenção de intervenção nas liberdades; ou se é dirigido a uma ação positiva; ou ainda no sentido de garantir as condições reais. A terceira dimensão da abstração afeta a restrição do direito, mormente porque nenhum direito à liberdade é ilimitado. Afinal, limita-se, ao menos, quando esbarra com a liberdade alheia. É preciso, porém, uma cláusula restritiva. As três dimensões de abstração somam-se ao elevado grau de generalidade do objeto do direito. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 30-31.

⁶⁰ No entanto, esses catálogos são frequentemente abstratos, de modo que somente é possível um acordo por meio de um compromisso formal. De mais a mais, há limites teóricos para a realização dos Direitos Humanos mediante um catálogo. Um verdadeiro catálogo concreto terminaria, finalmente, em uma casuística dos Direitos Humanos. Por outro lado, a concretização que se estenda até nos detalhes, somente é possível nos processos e instituições de um determinado sistema jurídico em um determinado contexto histórico. ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 31.

⁶¹ ALEXY, Robert. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 30-31.

também dos Direitos Fundamentais, em vez de Direitos Humanos. A incorporação dos Direitos Fundamentais em uma constituição não é suficiente. A questão crucial é quem controla o cumprimento dos Direitos Fundamentais por parte do legislador. Nesta análise, há duas respostas básicas: o processo democrático ou um tribunal constitucional⁶².

Os Direitos Fundamentais, para Ferrajoli⁶³ encontram-se dentro daquilo que se denomina de “esfera do indecível”. Conforme o autor, dentro de uma perspectiva de Democracia Constitucional, nenhuma maioria pode validamente decidir no sentido de violar ou restringir direitos de liberdade. Não por outra razão, os Direitos Fundamentais consagrados constitucionalmente aparecem como um complexo normativo de hierarquia superior no conjunto jurídico geral e, até mesmo, ao sistema jurídico-constitucional em particular⁶⁴.

Assim, a partir do Estado Democrático de Direito e da admissão do caráter normativo das constituições, reconhece-se a força normativa das normas que engendram um modelo social, que promovem objetivos coletivos, ou que protegem valores contrapostos, substanciais à proteção das minorias⁶⁵.

No que se refere à função (ou funções) dos Direitos Fundamentais, está ela relacionada diretamente a rigidez constitucional, ou seja, para que as normas que tratem desses Direitos não possam ser revogadas ou modificadas senão, mediante um procedimento especial de revisão constitucional, muito mais complexo que os procedimentos de produção de leis ordinárias⁶⁶.

É que a fundamentação do conceito de Norma de Direito Fundamental

⁶² ALEXY, Robert. **La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998, p. 37.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

⁶⁵ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 215.

⁶⁶ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento: El caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 50.

sobre critérios materiais ou estruturais é a sua vinculação com um critério formal, na forma de posituação. Corolário disso, os enunciados do capítulo da lei fundamental, intitulado Direitos Fundamentais, serão disposições de Direito Fundamental, independente do seu conteúdo e da sua estrutura⁶⁷. Logo, a consolidação desse ordenamento jurídico impregnado pelas normas constitucionais é capaz de condicionar tanto o legislador quanto a jurisprudência e a forma de doutrinar o direito, bem assim as relações sociais. Reconhece-se, portanto, a Constituição como norma suprema, conseqüentemente, as demais normas ser-lhe-ão rigorosamente subordinadas⁶⁸.

Essa subordinação decorre daquilo que se chama de rigidez constitucional, ou seja, a necessidade da existência de uma Constituição escrita, positivada em um único texto. Nessa perspectiva, a rigidez constitucional é elemento essencial à garantia da supremacia hierárquica da Constituição, bem assim para proteção de conteúdos materiais, em razão de que estes impõem limites ao legislador⁶⁹. Isso porque as Garantias constitucionais são aquelas da rigidez dos princípios e dos direitos constitucionalmente estabelecidos, que gravam de modo específico os poderes do Estado⁷⁰.

De fato, a rigidez⁷¹ consiste na colocação da Constituição no vértice da hierarquia das fontes e, portanto, em grau superior e normativo de todas as suas

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 65

⁶⁸ CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de Regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. In: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁶⁹ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 31.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 39-40.

⁷¹ Se fala de rigidez absoluta e, por isso, de proibições ou limites absolutos, se a revisão está radicalmente excluída por tais garantias. Por outro lado, se fala de rigidez relativa e, claro, de proibições ou limites relativos, quanto estejam previstas mais ou menos procedimentos de revisão. Além dos limites explícitos à revisão ditados pela Constituição, existem também limites implícitos, hoje reconhecidos tanto pela doutrina como pela jurisprudência. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 40-41.

normas em relação as demais que compõem o ordenamento jurídico. Está assegurada por todos os tipos de Garantias: em primeiro lugar, pelas Garantias primárias que consistem na proibição de derrogar e na obrigação de agir dos princípios, direitos e institutos estabelecidos pela Constituição, somente modificáveis por meio dos procedimentos de revisão complexos ou imutáveis de qualquer modo; em segundo lugar, pela garantia secundária consistente no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias que contradigam tais princípios e direitos. Precisamente, as Garantias constitucionais primárias negativas consistem na proibição, para o legislador ordinário, de modificar ou derrogar os princípios e os direitos constitucionalmente estabelecidos⁷².

A propósito, antes da criação das constituições rígidas, no Estado legislativo de Direito, a política, como expressão das maiorias, era de fato onipotente. Deste modo, as constituições rígidas colocaram um fim a este resíduo de absolutismo⁷³. Isso implica em o direito não estar mais subordinado à política, pelo contrário, é esta que se converte em instrumento de atuação do direito, submetendo-se aos vínculos que impõem os Princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos de liberdade que não podem ser violados; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos. Deste modo, política e mercado estão legitimados, uma pelo exercício dos direitos políticos e o outro pelo exercício dos direitos civis, de sorte a formarem a esfera do decidível, rigidamente delimitados pela esfera do indecidível integrada ao conjunto dos Direitos Fundamentais⁷⁴.

No mais, o modelo contemporâneo, reconhece tanto no âmbito doutrinário, quanto no jurisprudencial, a existência de Direitos Fundamentais em forma de Princípios constitucionais, expressamente consignados ou de forma

⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011, p. 39-40.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 108.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011, p. 35.

implícita⁷⁵. Neste passo, Guastini⁷⁶ assevera que, conquanto não previstos taxativamente, igualmente, não podem ser suprimidos, revogados ou desprezada a sua existência, repisa-se nem mesmo por revisão constitucional.

As Constituições do constitucionalismo atual, contemporâneo, sobretudo, do segundo pós-guerra mundial, como a brasileira de 1988, reconhecem os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, de sorte a protegê-los sob o manto absoluto da rigidez constitucional. As cláusulas pétreas, então, são normas especiais que devem ficar acima das vontades individuais de governantes, legisladores e até mesmo dos juízes. A par disso, é que o sistema legislado de Regras e Princípios deve ser entendido de modo a evitar que a vontade prevaleça sobre a lei⁷⁷.

Nesta perspectiva, vê-se a importância da Hermenêutica constitucional, em razão de que esta fixará os parâmetros para uma Interpretação em consonância com a constituição e com os Direitos Fundamentais positivados. Por consequência, a compreensão entre Regra e princípio, apesar de desenvolvidas por teóricos da nova Hermenêutica como Robert Alexy e Ronald Dworkin, deve ser superada e concebida dentro de um paradigma que se coadune com o ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR PENAL E PROCESSUAL PENAL

Quando se afirma que os Direitos Fundamentais são um conceito histórico próprio do mundo moderno, quer-se dizer que as ideias por traz de sua origem, a dignidade humana, a liberdade ou a igualdade, por exemplo, somente começam a

⁷⁵ CHAVES JÚNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de Regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. *In*: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento: El caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 51.

⁷⁷ BRANDÃO, Paulo Tarso de. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão, p. 40. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; et al. **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 32-49p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

surgir como direitos em um momento determinado da cultura política e jurídica⁷⁸.

Assim, a aparição do Estado como poder soberano gerará uma dissonância apoiada na nova mentalidade, impulsionado pela nova classe social em ascensão (a burguesia) sobre as condições do exercício absoluto desse poder e construirá um novo consenso político questionando a origem do poder, sua justificação e seus fins, com base no contratualismo, na ideia de Constituição e de direitos humanos como objeto do contrato e como limites do poder⁷⁹.

Entrementes, as características que identificam a passagem da Idade Média à moderna não surgiram de imediato, aliás, são a consequência de um largo processo de evolução que durou vários séculos. Por isso, há uma mistura de elementos medievais e novos, até o surgimento dos primeiros ativismos dos Direitos Fundamentais, como por exemplo, a conquista da liberdade religiosa, intelectual, política, económica⁸⁰. Essas mudanças dar-se-ão no trânsito à modernidade⁸¹, por ser o momento em que as pessoas passaram a exigir tais direitos, na medida em que se tem a passagem progressiva de uma sociedade teocêntrica e estamental para uma sociedade antropocêntrica e individualista⁸².

Diante deste panorama da nova mentalidade do trânsito à modernidade⁸³,

⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 113.

⁷⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 114-115.

⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 116.

⁸¹ “O trânsito à modernidade será um longo período, que se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais”. GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁸² GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁸³ No trânsito à modernidade as estruturas do mundo medieval foram progressivamente substituídas por novas, ainda que algumas tenham permanecido até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é que se formará a filosofia dos direitos fundamentais, desenvolvida por Peces-Barba, como aproximação moderna da dignidade da pessoa humana, em meio das feições características das mudanças que influem e se entrelaçam. GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

Peces-Barba⁸⁴ descreve que os direitos humanos realizaram progressivamente uma tarefa de substituição da ordem medieval, construindo uma garantia contra à segurança que o edifício medieval, culminado por Deus, já não podia proporcionar e que, portanto, deveriam ser buscados nos homens. Neste sentido, percebe-se a importância que a modernidade teve para a compreensão dos direitos humanos, tanto que, em consequência disto, os Direitos Fundamentais originam-se também com a ideia de segurança, que não só fundamenta alguns desses, como as Garantias processuais, mas todo o sistema. Esta constatação é um motivo para aproximar a liberdade e a igualdade, como conteúdo de ideia de justiça e de fonte dos direitos, com o conceito de segurança, que não será antagônico, mas que na realidade formará parte da ideia de justiça como justiça formal e, conseqüentemente, suscetível de uma análise integral com a liberdade e a igualdade, e não contraposta a ela.

Nesse prospecto, tem-se uma nova mentalidade, fomentada pelo humanismo e pela Reforma, que se caracterizará pelo individualismo, pelo racionalismo e pelo processo de secularização. A Reforma protestante, com o rompimento da unidade eclesial, culminará no pluralismo religioso e na necessidade de uma fórmula jurídica para evitar guerras por propósitos religiosos. Nesse ínterim, a tolerância, precursora da liberdade religiosa, identificar-se-á como o primeiro Direito Fundamental. E, igualmente, o conceito de contrato social e de Direito surgirá para orientar o aparecimento dos Direitos Fundamentais⁸⁵.

Na sociedade progressivamente secularizada pode-se destacar as necessidades de segurança da burguesia para a busca de uma nova ordem baseada na razão e na natureza humana; é a ordem do individualismo e dos direitos naturais. O naturalismo é consequência da secularização e supõe a volta da natureza⁸⁶, contra a explicação transcendente do mundo vindo da mentalidade

⁸⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 114-129.

⁸⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁸⁶ O professor Peces-Barba escreve que ao apoiarem-se na natureza se tem a noção de igualdade jurídica, necessária para a ideia de direito moderno e de sua função de segurança ou de justiça formal. Com ela a burguesia generalizará seus próprios interesses e os encobrirá como interesse

religiosa, é um intento de explicação imanente que se estende à arte, à literatura, à ciência e também às normas sociais e ao Direito. Aliás, seria por meio da análise da natureza, que se descobre as leis racionais que a regem. O êxito é tanto, que se pensa em encontrar uma realidade estável ao homem, à sua natureza, capaz igualmente de guardar as leis que regem a conduta humana⁸⁷.

O racionalismo, por sua vez, trocou a legitimidade consubstanciada na autoridade divina, consequência da ruptura da unidade religiosa manifestada no processo de secularização. Este fomentará, por um viés, o poder da burguesia pelo domínio da natureza e, por outro, garantirá esse domínio por meio de Regras jurídicas⁸⁸, ou seja, os direitos naturais decorrentes do exame racional da natureza humana convertendo-se em direito justo⁸⁹.

A consequência será o jusnaturalismo racionalista, com a construção de um gigantesco sistema, descoberto pela razão na natureza humana e que combinados pelo protagonismo individual⁹⁰, conduziram aos direitos naturais⁹¹. Aliás, delinear-se-á o conceito de “direitos humanos que tem como antecedente imediato a noção dos direitos naturais em sua elaboração doutrinal pelo iusracionalismo naturalista”⁹².

Então, nos limites do poder e nos fins deste, que constituem a razão de

de toda a humanidade. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 130.

⁸⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 129-130.

⁸⁸ “O direito justo, será o direito racional, sinônimo de natural, descoberto pela razão”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 130.

⁸⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 130.

⁹⁰ O individualismo representa a forma própria de atuação do homem burguês que quer protagonizar a história, frente a dissolução do indivíduo nas realidades comunitárias ou corporativas medievais. Este pressuporá um interesse pelo homem em todos os aspectos e o desejo de conhecer ao homem mesmo, afinal, será o marco inicial do surgimento das ciências humanas. Será o homem emancipado da cultura na cultura, de sorte a ampliar o plano religioso, filosófico, científico e psicológico. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 132-133.

⁹¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 134.

⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Delimitación conceptual de los Derechos humanos**. In: (et alii). **Los Derechos Humanos**: Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979. p. 16-45.

ser do pacto, os direitos naturais se apresentam como os protagonistas. Afinal, ao tomarem conta da necessidade de rompimento com um poder absoluto, arbitrário e acima da lei, inevitavelmente deve-se ter uma filosofia que limitasse, racionalizasse e regulasse esse poder. Assim, do consenso do incipiente constitucionalismo do Estado Liberal, surgirá a filosofia e o Direito Positivo dos Direitos Fundamentais⁹³.

A partir desse contexto, vê-se que a situação do Direito Penal e Processual na monarquia absoluta, foi marcada pela falta de independência dos juízes⁹⁴, pela arbitrariedade dos procedimentos que eram aplicados desigualmente, pela utilização da tortura como pena e como meio de averiguação da verdade, bem como pelas penas desumanas e cruéis⁹⁵. Tais arbitrariedades e crueldades serão os propulsores da dissidência com a ordem legal da Monarquia absoluta, utilizadas inclusive pelos pensadores do século XVIII para criar o movimento de humanização do direito penal e de seu procedimento que, juntamente, com a necessidade de tolerância religiosa, de liberdade de expressão e consciência, serão precursores na formação do ideal dos Direitos Fundamentais⁹⁶. O terceiro movimento a surgir logo após a segunda metade do século XVIII, será a limitação do poder do Estado. Na verdade, o movimento pela humanização do direito penal proporá a necessidade de segurança jurídica⁹⁷, por meio de Garantias processuais, igualdade formal, direito à

⁹³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 139.

⁹⁴ Assim, o jurista será cada vez mais um instrumento decisivo, primeiro para a formação do Estado moderno e mais tarde para a organização do Estado liberal, inicial morada histórica dos direitos fundamentais. Em um primeiro estágio, serviram à monarquia e, posteriormente à burguesia, da qual faziam parte. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 135.

⁹⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 143.

⁹⁶ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

⁹⁷ Segurança jurídica em que a ideia de segurança e igualdade se identificam. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 143. Para Zaffaroni e Pierangeli, “o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito. Não obstante, se não precisamos o que entendemos por segurança jurídica, teremos dito muito pouco, porque a segurança jurídica não pode consistir na mera satisfação de exigências formais. [...] A coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite de tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito. Não se trata de que a pena “retribua” nenhum mal com outro mal, e sim de que garanta os bens jurídicos sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São

presunção de inocência, direito à ampla defesa, entre outros.

Christian Thomasius será o precursor dessa construção, seguido também por Montesquieu, Beccaria, Voltaire, chegando-se, finalmente, à sua inclusão em textos fundamentais que serão o marco da positivação dos direitos do homem⁹⁸. Aliás, Thomasius publicou seis escritos entre 1685 e 1723, visando oferecer soluções práticas “aos problemas que suscitava o Direito penal e processual da monarquia absoluta”⁹⁹. As suas publicações são relativas:

1. à questão da bigamia (*De Crimine Bigamiae*, de 1685); 2. a heresia e a questão da liberdade religiosa (*Problema Juridicum: Na Haeresis sit Crimen*, de 1697); 3. ao delito de magia (*De Crimine Magiae*, de 1701); 4. à prática da tortura como instrumento processual para a averiguação da verdade (*De Tortura ex foris Christianorum proscribenda*, de 1705); à prerrogativa de graça soberana a propósito do homicídio (*De lure Principis Evangelici aggrantiandi in caussis homicidii*, de 1707); e, finalmente, às penas infames como contrárias à correção e à reeducação de quem há delinquido (*Problema Juridicum: Na poenae viventium, eos infamantes, sint absurdae et abrogandae?*, de 1723).¹⁰⁰

A filosofia da pena de Thomasius, na obra *Fundamentos*, de 1705, impõe uma “distinção entre Direito e moral, entre o *iustum* e o *honestum*, como esboço de uma teoria do delito, ou seja, na determinação das características da ação punível quando deixa claro qual deve ser o objeto da tutela penal”¹⁰¹. Considera que o direito penal deve cumprir outras funções e sua finalidade suprema consubstancia-se em reprimir e castigar as condutas que afetem à comunidade e que possam alterar à paz social, de forma que o Estado não deve intervir nas demais¹⁰².

Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

⁹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 143.

⁹⁹ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰⁰ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰¹ BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo. **Los precedentes de la humanización del Derecho penal y procesal em los siglos XVI y XVII**. p. 498. *Apud* GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰² SEGURA ORTEGA, Manuel. **El jusnaturalismo racionalista**: Thomasius y Wolf. p. 239. *Apud* GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005.

O autor faz a diferenciação entre pecado e delito, considerando “a separação entre os assuntos relevantes ao Estado e à religião ou na exaltação da gravidade das violações do Direito do súdito confundidos com questões de foro íntimo”, de sorte a ser “o precursor do individualismo liberal no âmbito do Direito penal”¹⁰³. Deste modo, a sua argumentação no princípio da liberdade religiosa, é corolário para o desenvolvimento dos demais direitos de liberdade. Com efeito, verificar-se-á que além de se manifestar contra a tortura, lutou contra os processos de heresia, magia e feitiçaria. Neste sentido,

A secularização do Direito Natural e a defesa de uma Moral laica estão dirigidas tanto ao Estado como à Igreja. Os indivíduos são livres quanto ao seu foro interno e o exercício dessa liberdade não deve ser cerceada por nenhuma autoridade civil ou eclesiástica¹⁰⁴.

Thomasius, foi um crítico com as instituições penais do antigo regime, tanto que foi o primeiro teórico a exigir a abolição da tortura, inclusive pregava que o direito penal deveria reprimir e castigar as condutas que afetassem à comunidade e que pudessem, com isso, alterar a paz; de modo que nas demais situações o Estado não deveria intervir¹⁰⁵.

A filosofia de Voltaire, igualmente a Thomasius, também luta contra a intolerância¹⁰⁶ religiosa e tem no julgamento de Jean Calas o impulso quanto à necessidade para a humanização do direito penal, à indulgência e à liberdade de consciência.

Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰³ CATTANEO, Mario A. **Delitto e pena nel pensiero di Christiano Thomasius**. p. 80-85. *Apud* GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰⁴ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹⁰⁶ “A fúria que inspiraram o espírito dogmático e o abuso da religião cristã malcompreendida já derramou sangue bastante; já produziu tantos desastres na Alemanha, na Inglaterra e até mesmo na Holanda quanto na França. Todavia, nos dias que correm, as diferentes religiões não causam mais quaisquer problemas nesses Estados: o judeu, o católico, o ortodoxo, o luterano, o calvinista, o anabatista, o sociniano, o menomita, o morávio e tantos outros vivem como irmãos nesses países e contribuem igualmente para o bem da sociedade”. VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1793). Tradução de Wiliam Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 29.

Nesse propósito, dispõe que o direito de o governo punir os erros dos homens está relacionado com os danos causados à sociedade, pois neste caso os erros são considerados crimes e causarão desordem à sociedade quando inspirarem fanatismo. Em razão disto, os homens devem deixar de serem fanáticos para merecerem a tolerância¹⁰⁷.

Com a consolidação do processo de separação da legitimidade do Estado em relação à Igreja e à conscientização da necessidade de tolerância religiosa, Montesquieu em “O Espírito das Leis”, além de ter contribuído com suas ideias para a formatação do Estado Moderno, influenciou para o movimento de humanização do Direito Penal.

Inicialmente, Montesquieu¹⁰⁸ traçou um modelo de Estado diferente da concentração de poder típica do absolutismo e, com isso, identifica três tipos de poderes: legislativo, executivo e judiciário¹⁰⁹. Ponderou, igualmente, acerca da necessidade de um poder regulador sobre o legislativo e o executivo capaz de vetar e, em alguns casos, de reformar decisões judiciais com base na equidade.

¹⁰⁷ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1793). Tradução de Wiliam Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 97.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 172-175.

¹⁰⁹ No uso clássico do modelo de Montesquieu a divisão se referia a três poderes: o legislativo, o executivo e o judicial; no modelo Locke se referia simplesmente a dois poderes, o legislativo e ao executivo. Tratam-se de modelos elaborados há três séculos e com referência a arranjos institucionais, incomparavelmente, mais simples que as atuais democracias constitucionais. Naqueles as funções do Estado eram um pouco mais que a função penal e a manutenção da ordem pública no interior do Estado e a defesa militar no exterior. Além disso, função principal da divisão de poderes era a de diferenciar os poderes do Estado, de tal modo que um era o freio e o limite do outro; em particular, tratava-se de garantir a separação e independência do poder monárquico de outra forma absoluta, da função legislativa e da função judicial. Ferrajoli traz que clássica divisão do século XVIII, proposta por Montesquieu é inadequada para dar conta da complexidade que é a atual esfera pública das democracias contemporâneas, tanto no plano descritivo como no axiológico. No descritivo, quando se está diante do sistema parlamentar, o governo tem a confiança da Câmara e a relação entre executivo e legislativo é de coparticipação; no axiológico, grande parte das funções administrativas que se desenvolveram com a construção do Estado social não de fato funções de governo, mas funções de garantia, cujo exercício, igualmente, como sucede com a função judicial, consiste na aplicação de seus pressupostos legais e requer não dependência, mas independência das funções de governo, ou seja, do poder executivo dentro do que se desenvolveu fora do desenho constitucional. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 105-106.

Preocupou-se com a liberdade política, que estava ligada à constituição e, por consequência, na separação dos três poderes, mas igualmente com relação à segurança do cidadão. Sua participação em relação à humanização do direito penal, vem a partir da noção da importância à observância da lei frente à persecução penal, reforçando a necessidade do devido processo legal; da separação da pessoa do acusador e do julgador¹¹⁰, da ampla defesa e do contraditório, da definição prévia da pena na lei¹¹¹, da proporcionalidade da pena em relação à gravidade do crime¹¹². Na perspectiva de Montesquieu, a função da pena não é provocar o medo ou impor a punição, mas sim prevenir delitos. Afinal, acreditava que

[a] severidade das penas é mais conveniente ao governo despótico, cujo princípio 'o terror, do que à monarquia ou à república, que têm como motor a honra e a virtude [...]. Nesses estados, um bom legislador estará menos atento em punir os crimes do que em preveni-los; estará mais aplicado em morigerar do que em infligir suplícios. [...] A experiência demonstrou que nos países onde as penas são suaves o espírito do cidadão é marcado por elas, como o é, em outros lugares, pelas grandes. Surge algum inconveniente num Estado: um governo violento quer imediatamente corrigi-lo e, em vez de pensar em mandar executar as antigas leis, estabelece uma pena cruel que acaba com o mal no instante. Mas os mecanismos do governo se desgastam: a imaginação acostuma-se com esta grande penalidade, assim como se tinha acostumado com a menor; e, como se diminuiu o temor por esta, é-se forçado a estabelecer a outra para todos os casos. Os roubos nas estradas eram comuns em alguns Estados; quiseram acabar com eles; inventaram o suplício da roda, que os suspendeu por algum tempo. A partir daí, se roubou como antes nas estradas. [...] Não se devem conduzir os homens pelas vias extremas: devem-se proteger os meios que a natureza nos dá para conduzi-los. Examinemos a causa de todos os relaxamentos e veremos que eles vêm da impunidade dos crimes e não da moderação das penas¹¹³.

Para o autor, “é essencial que as penas se harmonizem, porque é essencial que se evite mais um grande crime do que crime menor, aquilo que agride

¹¹⁰ A união das funções de acusar e julgar em uma única pessoa remetem aos governos despóticos, Afinal, nos governos despóticos o próprio príncipe pode julgar. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 89-92.

¹¹¹ “Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria Regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 87.

¹¹² “é um grande mal, entre nós, fazerem sofrer a mesma pena aquele que rouba nas estradas e aquele que rouba e mata. É claro que, para a segurança pública, deveria ser colocada alguma diferença na pena”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 101.

¹¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 93-95.

mais a sociedade do que aquilo que fere menos”¹¹⁴. Nesse propósito, classifica os crimes em: contra a religião, os costumes, a tranquilidade e a segurança. Tem-se, nesse sentido, a necessidade de relacionar a sanção à natureza do ato praticado¹¹⁵ e a importância da individualização da pena.

A propósito, trabalha a questão da extinção da pena, considerando que “as cartas de indulto são um grande recurso dos governos moderados. Este poder de perdoar que o príncipe possui, executado com sabedoria, pode ter efeitos admiráveis”. Dessa forma, Montesquieu¹¹⁶ descreve que “não há diferença na pena, deve-se colocar essa diferença na esperança de perdão”.

Beccaria, participou da reforma do sistema penal de sua época. Na obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, tão antiga e ao mesmo tempo atual em alguns pontos, delata a crueldade dos suplícios, os julgamentos impiedosos, as torturas empregadas como meio de prova, a inutilidade da pena de morte e do direito de vingança, o confisco de bens e a desproporcionalidade das penas, buscando a humanização do direito penal e processual.

À vista disso, defendeu que as leis penais deviam ser de conhecimento de todos e a sua aplicação deveria dar-se de forma igualitária, independente da classe social, como modo de prevenção dos delitos. Aliás, considera a prevenção a finalidade essencial de toda boa legislação¹¹⁷.

¹¹⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 100-101.

¹¹⁵ É o triunfo da liberdade, quando as leis criminais tiram cada pena da natureza particular de cada crime. Toda a arbitrariedade acaba; a pena não vem mais do capricho do legislador, mas da natureza da coisa; e não é o homem que faz violência ao homem. [...] Existem quatro tipos de crime: os da primeira espécie ferem a religião e a sanção correspondente é a privação dos privilégios da religião; os da segunda, os costumes – têm penas como a obrigação de se esconder, a infâmia pública ou a expulsão da sociedade; os da terceira, a tranquilidade, que por ofenderem outros cidadãos, exigem prisão, correção ou outras coisas que promovam a ordem; e os da quarta, estão relacionados à segurança dos cidadãos, porém há uma distinção – se for tirada a vida de um homem, então a pena merecida é a morte, mas se o bem lesado for o patrimônio, a pena adequada deveria ser a perda de bens. As penas que são infligidas devem derivar da natureza de cada uma destas espécies. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p.199-201.

¹¹⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000, p. 10.

¹¹⁷ “Melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte

Propôs também, assim como Montesquieu, a separação entre o poder judiciário e o legislativo; e a partir da distinção de quem pode promulgar as leis, de quem deve aplicá-las e da necessidade de as penas estarem previamente fixadas para os crimes, traz a noção do princípio da legalidade. Esse princípio será o pilar e uma das Garantias que virão com o surgimento de um novo modelo de Estado, suplantado pela consagração de Direitos Fundamentais nas Constituições.

Cesare Beccaria¹¹⁸, então, preocupa-se com a utilidade da pena, considerando-a como meio de prevenção de novos delitos, diferentemente dos que pregam as teorias absolutistas da função do direito penal à época, donde se tem somente o caráter retributivo da pena. Sua ideia era de que a prevenção geral¹¹⁹ não precisaria ser obtida mediante o terror, como era feito, mas com a "eficácia e a certeza da punição". Semelhante ao que escreveu Montesquieu, a impunidade inspira o aumento da criminalidade e não o abrandamento das penas.

Aliás, propõe que o meio mais seguro, apesar de difícil para a prevenção do delito, é o aperfeiçoamento da educação¹²⁰, cujo objeto também está

de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida; entretanto, os meios empregados até agora têm sido, em sua maioria, falsos e contrários ao fim proposto. [...] Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se condense em defende-las e nenhuma parte da nação seja empregada em destruí-las. Fazei com as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens. Fazei com que os homens as temam, e temam apenas a elas. O temor das leis é sadio, mas fatal e fecundo, em delitos, é o temor de homem para homem". BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 128-129.

¹¹⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 128-129.

¹¹⁹ Na atualidade faz-se uma crítica à prevenção geral, em razão de que esta é o exemplo para se chegar à repressão intimidatória e por fim, à vingança. Isso porque a prevenção geral "se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro [...]". Como alternativa à prevenção geral, Pierangeli e Zaffaroni trazem a prevenção especial da pena, a coerção penal em sentido estrito, de modo a permitir uma pluralidade de soluções que possibilite selecionar o sentido mais adequado às características do conflito manifestada na criminalização. A prevenção especial da pena atenta também para a diminuição da vulnerabilidade do criminalizado frente ao sistema penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 95-100.

¹²⁰ Beccaria faz referência à obra *Emílio* ou Da educação, de Jean-Jacques Rousseau, como influência decisiva sobre o sistema educacional da época.

intrinsecamente ligado à natureza do governo¹²¹.

Defendeu, igualmente, a proporcionalidade da pena¹²² (alicerce do princípio da proporcionalidade trabalhado por Claus Roxin¹²³) e a humanização desta, considerando que “[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei”¹²⁴.

Nessa perspectiva, quando fala da pena ao banimento, traz a ideia do princípio da presunção de inocência, além da questão da individualização da pena em relação à gravidade do delito, à primariedade ou à reincidência do agente¹²⁵.

Ao tratar das questões processuais da sua época, Beccaria remete a noção de segurança jurídica, ao destacar que a prisão¹²⁶ é pena que deve ser precedida da declaração do delito e, portanto, deve estar prevista na lei e ser aplicada em *ultima ratio*¹²⁷. Isso, observando fases processuais e oportunizando a

¹²¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 135.

¹²² Uma pena justa, tem somente os indispensáveis graus de intensidade suficientes para afastar o homem do delito. BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

¹²³ Com a recepção constitucional do princípio da proteção dos bens jurídicos pelo Tribunal alemão, Roxin escreve que este decidirá acerca da admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, que proíbe os excessos. Dessa forma, “poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar ao legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal ‘desproporcional’”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 27.

¹²⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 139.

¹²⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 81.

¹²⁶ “À medida que as penas forem moderadas, que a desolação e a fome forem eliminadas das prisões, que, enfim, a compaixão e a humanidade adentrarem as portas de ferro e prevalecerem sobre os inexoráveis e endurecidos ministros da justiça, as leis poderão contentar-se com indícios sempre mais fracos para a prisão”. BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98-99.

¹²⁷ É porque, no sistema penal de hoje, segundo a opinião dos homens, prevalece a idéia da força e da prepotência sobre a da justiça; porque se atiram, indistintamente, no mesmo cárcere, não só os

defesa do réu, que se tem como um devido processo legal. Por corolário, as provas¹²⁸ e a forma de sua obtenção também deverão ser previamente enumeradas pelo legislador, desconsiderando-se quando do julgamento e da aplicação da pena, as confissões duvidosas, aquelas que individualmente não se sustentem, as auferidas por meio de juramentos ou tortura. Demais disso, considera que o processo deve ter um tempo razoável de duração, em conformidade com a gravidade do delito e, por corolário, os prazos prescricionais devem ser diferenciados.

De toda sorte, a teoria de Beccaria constitui um marco para os princípios ressocializadores da pena. Igualmente, traz uma dimensão reconstrutora para o sistema penal, com o uso do contrato social como fundamento do direito de punir do Estado e forma de demonstrar que a lei deve ser aplicada equitativamente a todos, sem distinção de classe social; assim como deve-se ter a divisão dos poderes; a humanização das penas e a máxima liberdade com o mínimo de sacrifício, cujo teor é a origem do Princípio da intervenção mínima do Direito Penal da atualidade.

Logo, a teoria do contrato social entre os cidadãos, pode ser considerada o alicerce para a mudança de paradigma que culminou na humanização do Direito Penal. Isso porque, fundamenta a necessidade de se ter direitos e liberdades frente ao Estado e, nesse viés, foi inserida tanto no âmbito do Direito penal material como no processo penal. Nessa perspectiva, para Muñoz Conde¹²⁹ o princípio da humanidade deveria ser o reitor do Direito Penal e da Política Criminal, em razão de que considera que somente um sistema jurídico-penal que tenha como objetivo a

acusados como os condenados, porque a prisão é mais lugar de suplício do que de custódia do réu e porque a força interna, tutora das leis, é separada da força externa, defensora do trono e da nação, quando deveriam estar unidas". BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 99. Isso, conquanto seja a descrição da realidade do sistema prisional da época de Beccaria, não é muito diferente do que se vê dos cárceres brasileiros, mesmo tendo-se inúmeros direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

¹²⁸ "O clamor público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento do companheiro do delito, as ameaças, e a constante inimizade com o ofendido, o corpo de delito e indícios semelhantes são provas suficientes para prender o cidadão, mas tais provas devem estar enumeradas pela lei e não pelo juiz, cujo decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não sejam proposições particulares de uma máxima geral, existente no código público". BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 98.

¹²⁹ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 172-173.

proteção de interesses humanos, corresponde a uma teoria dos bens jurídicos e ao controle formal das condutas desviantes.

Entrementes, esse postulado da humanização não pode ser visto como uma conquista estável e irreversível na evolução do Direito penal. Diz-se, dessa forma, em virtude de que ao longo da história houveram violações sobre o que se considera humanidade. Nota-se, então, que não existe uma linha tênue que caminhe para a humanização do Direito Penal, mas um trabalho contínuo para atenuar suas consequências e construir Garantias formais, que decorre de um processo de luta política constante. Nesse prisma, a concepção dos bens jurídicos e das Garantias formais não são qualidades da humanização do Direito penal, mas missões a serem cumpridas¹³⁰.

Com efeito, o embate pela humanização do direito penal e processual, iniciada por Christian Thomasius, será uma das vigas na construção do ideal dos Direitos Fundamentais e com a complementação realizada por autores como Voltaire, Montesquieu e Beccaria, ter-se-á a base para a positivação dos direitos dos homens¹³¹.

Logo, a separação do direito da moral e a humanização do direito penal e processual estão na base dos direitos humanos e serão o desabrochar para que as modernas liberdades sejam positivadas nas constituições dos Estados ocidentais e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹³².

1.3 DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAIS: INSTRUMENTOS DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Os primeiros direitos que surgem na história em relação à liberdade de consciência, de pensamento e às Garantias processuais, como define Peces-

¹³⁰ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 172-173.

¹³¹ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

¹³² GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez. 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

Barba¹³³, são reflexo “da construção doutrinária dentro do constitucionalismo incipiente, entretanto, não se trata apenas do desenvolvimento racional, mas consequência de uma nova realidade, de uma situação que realmente se repudiou”.

Nesse propósito, o pensamento constitucional reflete-se na formação filosófica dos Direitos Fundamentais de dois modos: primeiramente, por meio da legitimação da própria ideia de direitos naturais, ao inseri-los como expressão política do antropocentrismo, no fundamento do contrato social; e, por segundo, ao formar um elo com os direitos políticos, decorrente da ideia da formação da representação da soberania que, inicialmente, ocorreu de forma limitada e, depois, propagou-se a partir do século XIX, de sorte a culminar nos direitos de participação política e no sufrágio universal¹³⁴.

Aliás, retomando as declarações de direitos do século XVIII e incluindo também os textos decorrentes da revolução inglesa do século XVII, ver-se-á que “os direitos que se formam como naturais, permanentes e inalienáveis, podem-se explicar pelas causas históricas e culturais como reflexão sobre a limitação do poder político”¹³⁵.

Porém, será com a mudança de mentalidade do mundo moderno e a reflexão quanto à organização do poder contra o Estado absoluto que se produzirá o primeiro constitucionalismo. Nesse momento, estar-se-á no auge do Estado liberal e diante da consagração dos primeiros Direitos Fundamentais, ou seja, como prega Peces-Barba¹³⁶, “de uma moralidade recebida pelo Direito positivo”.

O Direito penal e processual também participa desse processo evolutivo, decorrente dessa mudança de pensamento que se instaurou após o processo de humanização, que muitos autores atribuem como um legado do iluminismo. A partir disso, pode-se elencar como progresso nesse contexto: a) eleição dos bens jurídicos

¹³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 144.

¹³⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 144.

¹³⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 144.

¹³⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 146.

que se deve proteger, com a delimitação do seu conteúdo e do âmbito de criminalização, que pressupõe uma série de esquemas culturais e de ideologias; b) a racionalidade do direito probatório que, igualmente, está condicionada e justificada pela racionalidade do respectivo momento histórico-cultural, que em um momento histórico pode admitir “juízos de Deus” e em outros somente a metodologia científica da observação; c) a mudança nos fins da pena, migrando de uma fundamentação absoluta para outra preventiva. Isso não decorre somente de um câmbio na dogmática, mas de uma transformação na consciência de se legitimar o Estado e suas intervenções; observada também em outros setores jurídico-penais sensíveis às trocas políticas¹³⁷.

De outra parte, dentro desse processo de reformulação, tem-se os processos reformadores, surgidos após as codificações do século XIX e que continuam, no intuito de se adaptar o Direito Penal às exigências políticas de cada momento histórico. Afinal, o Direito penal não pode se tornar obsoleto, deve adequar-se as peculiaridades de cada contexto histórico e da sociedade que se aplica. De mais a mais, as recentes investigações em matéria de política criminal, igualmente, demonstram a dependência atual da evolução do Direito Penal em razão de diferentes fatores políticos, como já se visualizou pelas investigações sobre o Direito penal na Idade Média¹³⁸.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 é exemplo desse processo de codificação e, conseqüentemente, de positivação dos Direitos Fundamentais, principalmente, em relação aos direitos de liberdade e igualdade, dentre os quais se destaca aqueles relacionados ao direito penal e processual.

Afinal, a relação entre o direito penal e o constitucional deve ser estreita, pois a Constituição é a primeira manifestação legal da política penal, de sorte que a legislação penal deve estar em consonância em razão do princípio da supremacia

¹³⁷ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 168-169.

¹³⁸ CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989, p. 168-169.

constitucional¹³⁹.

O princípio da legalidade é a pedra mestra do Direito Penal, de sorte a ser o principal “limite imposto pelas exigências do Estado de Direito ao exercício da potestade punitiva”¹⁴⁰. Este princípio decorre de outros dois: a) o republicano¹⁴¹ (ou democrático), que impõe a racionalização dos atos do poder público e, igualmente,

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 97.

¹⁴¹ “[...] La no comprensión de lo que sea una República y, principalmente, de lo que sea el Principio Republicano trae prejuicios incalculables al perfecto entendimiento de términos como Derechos Fundamentales, Ciudadanía y Cosa Pública, por ejemplo. Al mismo tiempo, altera el sentido de la propia Democracia que debe ser un instrumento republicano, o sea, una herramienta para conferir y garantizar el Interés de la Mayoría y su aplicación en los más diversos aspectos de la vida en Sociedad. [...] Como el Principio Republicano es el principio rector de todo ordenamiento jurídico que lo adopta, de él derivan y deben estar de acuerdo todos los otros principios constitucionales o no, así como las demás normas jurídicas existentes y válidas. A pesar de eso, es común la confusión que diversos autores hacen cuando tratan del Principio Republicano. Lo confunden con el Principio del Estado Democrático de Derecho, con el Principio de la Temporalidad de los Mandatos Electivos, con el Principio de la Democracia Representativa y con el Principio de la Dignidad de la Persona Humana, principalmente y entre otros. En el ordenamiento jurídico brasileño, el depositario del Interés de la Mayoría es el Estado, a través de dos Poderes legitimados democráticamente, el Ejecutivo y el Legislativo. El Poder Judicial, por su vez, debe ser instrumento de garantía de no distorsión en la aplicación republicana del Interés de la Mayoría. El Estado desempeña la representación y aplicación del Interés de la Mayoría a través de los instrumentos creados a partir de los otros principios y, en el caso de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, también por cuenta de su carácter derogatorio y pretoriano. Se debe llevar también en consideración el positivismo del Principio Republicano, luego en el primer artículo de la Constitución de la República Federativa de Brasil, lo que lo habilita para ser la base valorativa de todo Derecho Positivo Brasileño. La República es la forma de gobierno en la cual la Democracia se funde al Estado de Derecho. Convicciones democráticas pueden llevar a una revolución, mas lo que la convertirá en Estado y en Derecho, en duración, es el Principio Republicano. La Democracia precisa de la República. Y, en cuanto mayor sea el control popular, cuanto más capaces de distinguir el bien común de los intereses privados, más republicanas serán estas personas y más democrático será el poder. [...] Por ser un Principio Político-Ideológico, el Principio Republicano ocupa el lugar más estratégico en el ordenamiento jurídico brasileño —está previsto en el primer Artículo de la Constitución— y en los ordenamientos jurídicos de aquellos Estados que son —u operan como— repúblicas. El Estado de Derecho es fundado en la existencia de un conjunto de normas (ordenamiento jurídico). Ese ordenamiento jurídico no es solamente un simple agrupamiento de normas esparcidas, fruto de la voluntad del poder constituido en aquel momento (CRUZ, 2005: 99). O sea, en los países en que la República y el Estado Democrático de Derecho son valores fundamentales para todo el sistema de organización jurídica, su ordenamiento jurídico es un sistema abierto de normas que pueden ser principios o reglas. [...] El Principio Republicano fue la opción hecha por los constituyentes brasileños originarios de 1988, que lo establecieron como el fundamento de todo sistema normativo y como baliza de la creación del “*espacio público*” o de la “*Cosa Pública*”. El Principio Republicano matiza los demás valores jurídicos en los ordenamientos en los cuales es adoptado, y eso acontece inclusive en aquellos países en los cuales él no es expresamente previsto. Las “*monarquías republicanas*” europeas son los mejores ejemplos”. CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el principio republicano. **Revista Jurídicas**, Universidad de Caldas/Colombia, Vol. 6, Núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 15-32. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129012572002>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

do Poder Judiciário, obrigando-o à Interpretação lógica e coerente das leis penais; e b) “a soberania do povo que impede que a justiça penal seja exercida com a invocação de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo”¹⁴².

Nessa perspectiva, para compreensão deste princípio é necessário visualizá-lo em todas as suas dimensões, como garantia inviolável do cidadão frente ao poder punitivo do Estado. A dimensão política significa a supremacia do Poder Legislativo como órgão que representa os cidadãos frente aos demais poderes do Estado; por outro lado, a dimensão técnica, representa a forma como as normas penais devem ser formuladas¹⁴³.

O direito penal como instrumento do controle social somente decorre de lei em sentido estrito e está subordinado à reserva absoluta (competência exclusiva do Legislativo na produção da lei), à reserva geral (contempla a regulação de determinados âmbitos gerais) e à reserva substancial (quando é estabelecida por comando da Constituição e, portanto, deriva de uma escolha política)¹⁴⁴.

Tecnicamente, o princípio da legalidade expressa-se por meio do brocardo latino *nullum crimen, nulla pena sine lege*. Vislumbra-se disso, que nenhum fato é punível sem que haja uma lei anterior o definindo como crime. Ademais, existem três requisitos que devem ser observados a partir desse enunciado: a) necessidade de uma lei que estabeleça os delitos e as penas (*lex scripta*); b) as leis devem ser prévias às condutas que constituem delito e a forma de cumprimento das penas (*lex praevia*); e c) as leis devem ser claras e precisas (*lex certa e stricta*). De toda sorte, referido princípio constitui garantia valiosa dentro do Estado Democrático de Direito¹⁴⁵.

Constituem-se, assim, Garantias individuais derivadas do princípio da legalidade: a) *nullum crimen sine lege* consiste na garantia criminal que proíbe a imputação a um cidadão, um fato não previsto como crime ou contravenção penal,

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

¹⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33-34.

¹⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35.

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37-38.

de modo que ninguém está obrigado a fazer o que a lei não manda; b) *nulla poena sine lege*, de forma que qualquer sanção para ser aplicada depende de estar estabelecida por lei; *nemo damnetur nisi per legale iudicium* significa que ninguém pode ser condenado, salvo por uma sentença proferida por juiz ou Tribunal competente; d) garantia de execução consubstancia-se no sentido de que a pena deve ser executada conforme a lei¹⁴⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º traz o princípio da legalidade relacionado à pena, dentre os quais estão os incisos:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...].

Por conseguinte, certo que a lei penal deve ser escrita e emanada pelo Poder Legislativo, tem-se que o direito penal “é exclusivamente Direito Positivo, o que exclui a possibilidade de que mediante o costume ou os princípios gerais não escritos se estabeleçam delitos e penas”¹⁴⁷. Nesse sentido, igualmente, a analogia¹⁴⁸ não é permitida em matéria penal.

Além do princípio da legalidade, a Constituição consagrou o princípio da

¹⁴⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38.

¹⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 101.

¹⁴⁸ Por analogia “se entende completar o texto legal na forma de entendê-lo como proibido o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que não reprova, ou em geral punível o que não pune (...) este procedimento é vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito Penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 335.

retroatividade da lei mais benigna¹⁴⁹, o princípio da personalidade da pena¹⁵⁰, a individualização da pena¹⁵¹, os princípios da racionalidade e da humanidade¹⁵², o princípio da presunção da inocência¹⁵³, o princípio da ampla defesa e do contraditório¹⁵⁴, o princípio do devido processo legal¹⁵⁵, princípio da duração razoável do processo¹⁵⁶. Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu outros direitos, cuja conquista também é resultado das lutas que remontam o período da humanização do direito penal e processual, tais como a proibição de provas ilícitas¹⁵⁷, a fixação de prazos prescricionais proporcionais à

¹⁴⁹ Esse princípio não admite que sejam fixadas exceções pelo Código Penal (CRFB/1988, art. 5º, XL).

¹⁵⁰ Esse princípio dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (CRFB/1988, art. 5º, XLV).

¹⁵¹ A Constituição da República Federativa do Brasil também estabelece que a lei deverá regularizar a individualização da pena (art. 5º, XLVI), o que indica que as penas não podem ser fixadas pelo menos como critério geral, permitindo ao juiz a escolha da pena dentre a “privação ou restrição da liberdade”, “perda de bens”, “multa”, “prestação social alternativa”, “suspensão ou interdição de direitos”, entre outras (art 5º, XLVI, alíneas a, b, c, d e e, respectivamente). O inciso LXVII, por sua vez, proíbe a prisão por dívidas. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 121.

¹⁵² “Os princípios da racionalidade e de humanidade da pena expressam-se na proibição da pena de morte, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis (art. 5º, XLVII, alíneas a, b, c, d e e, respectivamente). A pena de morte pode ser aplicada na legislação penal militar, constituindo-se numa exceção, como tal prevista na Constituição Federal, ‘em caso de guerra declarada’, nos termos do art. 84, XIX, da Carta Magna. O princípio da humanidade da pena encontra-se fixado no art. 5º, XLIX: “e assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 121-122. Além disso, o inciso III do art. 5º da Constituição Federal dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]”.

¹⁵³ O princípio da presunção de inocência é corolário do princípio da culpabilidade, levando inclusive ao questionamento a respeito de sua dimensão processual penal. Isso reforça que, a culpabilidade como aspecto objetivo do delito, demanda a sua demonstração. Logo, impõe ao Estado um limite para o controle social penal. O “iluminismo foi o catalisador que congregou a ideia de culpabilidade pessoal oriunda do direito natural e a Regra procedimental de garantia de não culpabilidade”. Com efeito, parte-se da presunção contrária, de que o sujeito não é o autor até prova em contrário. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-99.

¹⁵⁴ CRFB/1988, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

¹⁵⁵ CRFB/1988, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹⁵⁶ CRFB, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁵⁷ O inciso LVI do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil veda a utilização de provas ilícitas. *In verbis*: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”. Aliás, o Código de Processo Penal traz que as provas derivadas das ilícitas também não podem ser utilizadas.

gravidade do delito, a liberdade de consciência e religiosa¹⁵⁸.

Todos esses direitos decididos pelo Constituinte de 1988 devem ser perseguidos e preservados, sobretudo, porque se optou pelo postulado da Democracia Constitucional. Isso porque, a característica específica do constitucionalismo jurídico sobre os sistemas jurídicos de tipo meramente legislativo, tem um caráter não menos estrutural que o do positivismo jurídico como escreve Ferrajoli¹⁵⁹, de sorte que a subordinação das mesmas leis ao direito, expressa por ele o princípio da legalidade substancial ou da estrita legalidade. Deste modo, a norma é válida, além de vigente, somente se também seu conteúdo não contraste com os Princípios e os Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição. Afinal, são estes vínculos de conteúdo impostos pelas normas substantivas da Constituição, que têm identificado a razão e os fundamentos, tanto liberais como sociais, do Estado Constitucional de Direito e da Democracia Constitucional: o projeto democrático, adicionado às formas e ao método da democracia.

Aliás, o princípio da legalidade está previsto dentre o rol dos Direitos Fundamentais, consagrados no art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), igualmente, destaca a legalidade como uma das Garantias fundamentais ao direito penal (Art. 9º¹⁶⁰).

Neste particular, o Órgão Jurisdicional ganha importância especial, já que

¹⁵⁸ Com relação à liberdade religiosa consagrada na Constituição República Federativa do Brasil, o 5º, VI, dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]” e o VIII que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...]”.

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. V. 2. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 37. Título original: *Principia Iuri: Teoria del diritto e della democrazia*.

¹⁶⁰ Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

é ele o aparelho do Estado que consolida a chamada “criminalização secundária”¹⁶¹ e, por via reversa, tem o poder de limitar o Sistema Penal através do exercício da função de defensor dos objetivos constitucionalmente delineados¹⁶².

Entrementes, nas democracias avançadas, a atual crise do direito penal consiste na quebra das funções garantistas que lhe dão legitimação: de seu papel de prevenção dos delitos e das penas arbitrárias; de sua capacidade de repressão e castigo das ofensas injustas e de garantia frente aos castigos excessivos e injustos; de sua função de defesa social, posta em crise por uma criminalidade organizada, ao mesmo tempo, de suas funções de garantia individual, por sua vez posta em crise por uma legislação inflacionária, que parece ter dado às costas a qualquer critério de racionalidade, e por políticas repressivas orientadas à criminalização dos suspeitos e da pobreza e da marginalização¹⁶³. Então, se os Direitos Fundamentais servem de limites ao Poder Punitivo, o aparelho jurisdicional deve atuar nesta linha de compreensão.

Do início da década de 80¹⁶⁴ para cá, teóricos do direito penal, a exemplo de Claus Roxin, na Alemanha, e Eugenio Raul Zaffaroni na América Latina, desenvolveram teorias incorporadas à dogmática penal, objetivando estabelecer referentes mais seguros no processo criminalização.

A dogmática jurídico penal é a disciplina que se ocupa da Interpretação, sistematização e elaboração e desenvolvimento das disposições legais e opiniões da doutrina científica no Campo do Direito penal. Pela sua referência ao direito

¹⁶¹ Esse processo se divide em duas fases: a) o mecanismo da aplicação das normas, isto é, o processo penal, compreendendo a ação dos órgãos de investigação e culminando com o juízo; b) o mecanismo da execução da pena ou das medidas de segurança. CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica dos instrumentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 98).

¹⁶² BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista:** a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris:** teoria del derecho y de la democracia. V. 2. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 352. Título original: *Principia iuri: Teoria del diritto e della democrazia*.

¹⁶⁴ Época em que se propõe a reforma dos sistemas penais nos países centrais, encarregando-se a ONU de promover a propagação das diversas tendências e linhas do Direito penal em seus congressos. Em 1980, foi realizado o sexto e último congresso, em Caracas. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 311.

vigente e pelos seus métodos, diferencia-se da história do Direito penal e do Direito penal comparado, mas também da política criminal, cujo objetivo não constitui o Direito como é, mas como deveria ser enquanto uma adequada disposição de seus fins¹⁶⁵.

A propósito, o direito penal se ocupa da proteção dos bens jurídicos e deve intervir quando há dano ou risco de dano a um destes bens jurídicos. Por consequência, a identificação do bem jurídico como referência material do injusto constitui um limite à atividade repressora do Estado¹⁶⁶.

Roxin¹⁶⁷, ao tratar da importância da proteção dos bens jurídicos, parte do princípio de que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”. Compreendendo-se, a partir disso, que o que está “além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal”. Afinal, a função do Direito Penal é a de “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. Essa compreensão vai ao encontro do que buscam as democracias.

Ferrajoli¹⁶⁸ traz que, num primeiro significado, a separação entre direito e moral equivale ao princípio da legalidade; num segundo contexto equivale ao princípio da ofensividade: são dois princípios que convergem e, conjuntamente, formam a base de qualquer direito garantista, em razão de ter como finalidade a garantia da máxima certeza, a igualdade, a sujeição do juiz à lei, a liberdade contra arbitrariedades e a intervenção penal mínima. Existe um nexo não só entre direitos penal mínimo e Garantismo, mas também entre direito penal mínimo, efetividade e

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general**. Tomo I. Tradução de Diego-Manoel Luzón Peña, Miguel Díaz y garcía Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrd: Civitas, 1997, p. 192.

¹⁶⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56-57.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 16-17.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 69-136.

legitimação do direito penal. Somente um direito penal concebido unicamente em função da tutela dos bens primários e dos Direitos Fundamentais pode assegurar, junto a certeza e as Garantias penais, também a eficácia da jurisdição frente à criminalidade.

A intervenção mínima é corolário do princípio da proteção dos bens jurídicos e como uma tendência político-criminal contemporânea, busca a redução ao mínimo da solução punitiva aos conflitos sociais, em razão do efeito contraproducente da ingerência penal do Estado¹⁶⁹. Entrementes, suas raízes remontam o grande movimento social de ascensão da burguesia, que reagia contra o sistema penal absolutista, permeado por leis medievais. Nesse período do iluminismo, filósofos como Montesquieu¹⁷⁰ e Beccaria¹⁷¹ propagaram ideias no sentido de que a “efetiva punição produz melhores resultados que o aprofundamento de sua gravidade”¹⁷².

Disto, tem-se a noção de que a pena é uma solução imperfeita, de modo a ser aplicada em *ultima ratio*¹⁷³. Consequentemente, a intervenção do direito deve subsumir aos casos de “ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”¹⁷⁴.

A par disso, conquanto não esteja no bojo da Constituição Federal – o que permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais – nem mesmo no Código Penal, incorporado à política criminal; o princípio da intervenção mínima é imposto ao legislador e ao intérprete da lei em razão de estar conectado com outros

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 310.

¹⁷⁰ Nesse sentido, Montesquieu advertia que “não se deve conduzir os homens pelas vias extremas: devem-se proteger os meios que a natureza nos dá para conduzi-los. Examinemos a causa de todos os relaxamentos e veremos que eles vêm da impunidade dos crimes e não da moderação das penas”. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 95.

¹⁷¹ Beccaria, ainda advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84.

¹⁷² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

¹⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

¹⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros editores, 2001, p. 107.

princípios jurídico-penais que são corolário do Estado Democrático de Direito¹⁷⁵. É, portanto, um princípio político-criminal limitador do direito de punir do Estado, por derivar da própria natureza do direito penal¹⁷⁶. Essas limitações provêm do caráter fragmentário e da subsidiário do princípio da intervenção mínima¹⁷⁷.

Nessa perspectiva, a fragmentariedade está intrinsecamente relacionada com a seleção de bens jurídicos, afinal, os limites que se estabelecem à intervenção do Direito Penal fazem com que pouco a pouco sejam retirados do meio legislativo aqueles tipos penais cuja ofensa não se coadune mais em um consenso social sobre sua imprescindibilidade¹⁷⁸. Exemplos disso, teve-se com a revogação dos crimes de adultério e de sedução, em razão de não mais se ajustarem ao contexto da sociedade atual. Como coloca Nilo Batista¹⁷⁹, o direito penal, constitui-se como um “*sistema descontínuo de ilicitudes*”¹⁸⁰.

¹⁷⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

¹⁷⁶ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros editores, 2001, p. 123.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

¹⁷⁸ A Lei 11.106/2005 entre outras alterações legislativas, revogou os crimes de adultério e de sedução. In: BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

¹⁷⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86.

¹⁸⁰ Nesse contexto de ajuste entre a conduta tipificada como crime e o contexto social, o aborto é um tema polêmico e a sua criminalização decorre muito mais uma concepção moral do que jurídica. Ferrajoli assevera que ao aceitar a concepção moral, considera-se o feto como pessoa e o aborto sempre será imoral. No entanto, a questão jurídica da admissão do castigo é diversa da questão moral da licitude do aborto, porque não se encontra pré-julgada na ideia de imoralidade do aborto. O certo é que a criminalização do aborto não poderia basear-se na moral, após a separação entre esta e o direito, até porque a penalização do aborto supostamente imorais, além de gerar sofrimento as mulheres, está prevenindo a sua realização, questiona Ferrajoli. O autor traz um exemplo de que a supressão do crime de aborto no Código Rocco fez reduzir a sua prática, em razão de que houve um processo de conscientização e responsabilidade e, igualmente, mais liberdade de dispor do próprio corpo e de decidir sobre a procriação. Dessa forma, pode-se ver que a penalização do aborto não pode ser invocada para defesa da vida dos fetos, mormente porque culmina no aborto ilegal e clandestino, a toda sorte de sofrimentos e de lesão à saúde da mulher e de sua dignidade. Além disso, a criminalização do aborto contrasta com os paradigmas do atual direito penal, cuja cultura moderna fundada na liberdade individual, assim como a moral laica fundada na autonomia de consciência, nascem de sua autonomização: não basta que o fato seja considerado imoral para fixar-lhe um castigo; assim como não basta que esteja juridicamente permitido ou castigado para que seja considerado moralmente lícito ou ilícito. O direito penal somente se justifica pela sua capacidade de prevenir danos as pessoas sem ocasionar efeitos ainda mais danosos dos que sejam capazes de impedir. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 160-161. Em razão da sua prática clandestina, o crime de aborto pode compor o que se chama de cifra negra da

A subsidiariedade¹⁸¹, por sua vez, tem uma função eminentemente protetora dos bens jurídicos, intervindo quando esta barreira fracassa frente aos demais ramos do direito¹⁸². Logo, pressupõe a fragmentariedade e remete a ideia de que o direito penal é o remédio sancionador extremo, de sorte a ser ministrado tão somente quando qualquer outro se revele ineficaz¹⁸³.

A propósito, a subsidiariedade implica não só uma dimensão negativa de limite do *ius puniendi*, como também uma positiva decorrente do Estado Social de Direito, que Roxin denomina de “huída al Derecho Penal”, deve-se buscar as medidas positivas possíveis pelo meio jurídico ou político-social, de modo a evitar os delitos sem se socorrer ao Direito penal¹⁸⁴.

Roxin¹⁸⁵ acrescenta que a utilização do direito penal quando for suficiente o uso de procedimentos mais leves para “preservar” e “reinstaurar a ordem jurídica” não tem a “legitimação da necessidade social”, ao contrário, perturbará inclusive a paz jurídica e produzirá resultados diversos do que propõe o direito.

A intervenção mínima aparece na doutrina e na jurisprudência brasileira sob a denominação de princípio da insignificância ou bagatela¹⁸⁶. Porém, ainda

criminalidade, ou seja, a defasagem real (as condutas criminalizáveis efetivamente praticadas) e a criminalidade estatística (oficialmente), de sorte a perceber que é preciso uma mudança de consciência, para além de concepções morais, devendo a interrupção da gravidez ser tratada como política pública ligada aos direitos das mulheres, em vez de integrar a tutela penal. Ainda é embrionária essa adequação social no sistema jurídico brasileiro e uma possível descriminalização total do aborto, mas o anteprojeto de Código Penal flexibiliza a sua prática, ampliando as exceções a sua proibição, tais como: nos casos de anencefalia do feto, o que já está pacificado na jurisprudência; e a possibilidade de interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação, quando for atestado que a mulher não tem condições psicológicas de arcar com a maternidade. Isto, ainda que mínimo, será um avanço à liberdade individual e à integridade da mulher.

¹⁸¹ A afirmação do caráter subsidiário do direito pena tem sua origem na teoria das normas de Biding. O ponto de partida destes autos é sua distinção entre a norma e a lei penal; o delinquento infringe com sua conduta a norma, mas cumpre a lei penal que não tem mais que uma função sancionadora das ações proibidas pelas normas. CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros editores, 2001, p. 108.

¹⁸² CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros editores, 2001, p. 108.

¹⁸³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 86-87.

¹⁸⁴ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 85.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução de Luzón-Peña, Madrid: Reus, 1976, p. 22.

¹⁸⁶ Paulo César Busato diz que é desapropriado chamar o princípio como da insignificância ou da bagatela, quando se está tratando de um princípio que orienta a intervenção penal. Isso porque,

esbarra em dificuldades como a ausência de uma exata compreensão do tema e de se ver livre de uma cultura vinculada a uma concepção de Estado de cunho discriminatório e ditatorial, o que prejudica a formação de uma uniformização terminológica e a firmeza de critérios hermenêuticos para sua aplicação¹⁸⁷.

No Brasil, a partir do julgamento do *habeas corpus* n. 84.412/SP¹⁸⁸, em 19/10/2004, da lavra do Ministro Celso de Mello, sob a perspectiva de que o

minimiza o seu valor e a importância do tema e também porque não expressa o seu sentido e orientação. Afinal, acaba por elevar o princípio a uma questão desprezível, quando, na verdade, é a questão central da filtragem político-criminal. Igualmente, “a deturpação do sentido e da orientação da questão, deriva das expressões *bagatela* ou *insignificância*, é óbvia. Passa a errônea impressão de que a discussão é sobre incriminação ou não de bagatelas ou de aspectos insignificantes da vida social. Pior que isso, induz à conclusão de que o objeto material sobre o qual se debruça o intérprete é o determinante único da necessidade de intervenção penal, gerando, por vezes, quando associado a uma necessidade positivista atávica que ainda contamina, de modo especial, a prática forense brasileira, em decisões que referem expressamente à necessidade de fixação objetiva, por exemplo, de valores de referência para crimes patrimoniais. *Contrario sensu*, a adoção do termo intervenção mínima dá a exata medida e os precisos contornos do princípio, posto que se trata de expressar que a intervenção penal é reservada, seletiva, mínima em face de circunstâncias e não vinculada a critérios objetivos, menos ainda a valores”. O autor considera que em relação aos critérios hermenêuticos a desorientação ainda é mais severa, por dirigir-se a um verdadeiro direito penal do autor, quando utiliza como parâmetro condições pessoais e os antecedentes do réu para rechaçar ou aceitar a aplicação do princípio. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64.

¹⁸⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

¹⁸⁸ E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. STF, 2ª Turma, HC 84.412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 19/10/2004.

princípio da insignificância deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, surgiu a orientação de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão.

Esses parâmetros, entretanto, não refletem o que propõe o princípio da intervenção mínima, porquanto como assevera Busato¹⁸⁹, trazem “a possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito penal do autor. Um exemplo disto, é que ao tratar do critério da inexpressividade da lesão, como não há nada definido, aparecem julgados equivocados, considerando para o efeito de aferição da lesividade, o fato de o crime ser tentado.

Diferentemente dos critérios apresentados, o princípio da intervenção mínima não está preso somente ao bem jurídico, ou ao seu valor econômico ou não, nem às características pessoais do agente, haja vista que os princípios penais não podem imprimir o propósito deliberado de agravar a discriminação que já é inerente ao processo de criminalização e conformação de suas Regras. Nesse viés, os requisitos para aferição da aplicação do princípio da intervenção mínima são:

(a) o reconhecimento de que o caso reflete um ataque ao bem jurídico fundamental para o desenvolvimento da vítima em sociedade; (b) que esse ataque foi grave o suficiente para justificar que a última instância de controle social penal entre em ação. Essa gravidade, por sua vez, deve ser medida tendo em conta: (b1) a classe de violação realizada, em face de sua tolerabilidade social; (b2) a intensidade do prejuízo ao bem jurídico da vítima em face de suas condições pessoais; (b3) se o emprego do Direito penal, na hipótese concreta, não é meramente simbólico, diante da melhor e mais eficaz possibilidade de solução do problema social por outra via¹⁹⁰.

Com efeito, a adoção do princípio da intervenção mínima vem ao encontro do princípio da dignidade da pessoa humana e da humanização em

¹⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65-67.

relação à proibição da pena de morte¹⁹¹.

A teoria da imputação objetiva, igualmente, está intrinsecamente relacionada com a proteção de bens jurídicos, de sorte que buscando o Direito penal proteger bens jurídicos contra-ataques humanos, isso somente será possível acaso proíba a criação de riscos não permitidos¹⁹².

Afinal, os planos legislativos e dogmáticos traçam, portanto, um processo de ponderação em dois níveis. O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos¹⁹³.

A categoria central do injusto, não será a causação do resultado ou a finalidade da ação humana, senão a realização de um risco não permitido¹⁹⁴. Portanto, “ações típicas são lesões de bens jurídicos na forma realização de riscos

¹⁹¹ “A respeito da pena de morte, o princípio da humanidade impõe sua abolição nos países onde existe; pois nem serve mais que outras penas para proteger à comunidade, nem permite nenhum tipo de ação ressocializadora sobre o delinquente”. BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

¹⁹² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

¹⁹³ “O critério do risco não permitido aporta assim, pois, para o âmbito do injusto, a escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil. De um lado, o condutor produz, em si, um risco para a vida, a saúde e os bens materiais. Mas, por outra parte, caso se proibisse sua liberdade de deslocamento, restringir-se-ia demasiadamente a sua qualidade de vida do homem moderno. Após uma reflexão destas considerações, conclui-se, até certo ponto, que mediante a observância da medida assinalada legalmente pelos regulamentos do tráfego viário, predomina o interesse pela liberdade individual de atuação; que o risco criado mais além desse limite está proibido; e que os resultados prejudiciais para o bem jurídico são imputados correspondentemente ao causante como ação típica”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.

¹⁹⁴ Como exemplo disto, o “Supremo Tribunal Federal alemão resolveu o caso em que um policial, que sabia da inclinação suicida de sua noiva, deixou seu revólver carregado, sem precaver-se de que a arma ficava ao alcance desta; por causa disso, a mulher se deu um tiro com a arma. O tribunal absolveu, corretamente, o policial da acusação de homicídio culposo. Isso se explica porque o tipo de homicídio não compreende o impedimento de autolesões conscientes e responsáveis. Neste sentido, não é possível uma imputação objetiva”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

não permitidos, criados pelos homens”¹⁹⁵.

Roxin, conclui que “o injusto penal pressupõe uma lesão ou colocação em perigo do bem jurídico”, e que a teoria da imputação objetiva estabelece detalhadamente “o âmbito jurídico penalmente proibido; mediante a ponderação dos interesses pela proteção e pela liberdade”¹⁹⁶.

A teoria do domínio do fato¹⁹⁷, iniciada por Welzel e dogmatizada por Claus Roxin, entretanto, tem a função dogmática de fazer a distinção entre autor e partícipe. O critério geral para determinar o conceito de autor, nesta teoria, é saber que “quem domina a realização do fato típico, determina quando, onde, como e se ocorrerá o delito”. Nesse prisma, “quem tem o poder de decisão sobre o fato, quer seja porque o realiza, no todo ou em parte, quer porque se utiliza de outrem como instrumento de sua realização” será autor do delito¹⁹⁸.

Diferentemente, “o partícipe não domina a realização do fato típico”, pois “não tem o controle sobre a continuidade ou paralisação da ação típica”. Aliás, sua contribuição aparece sob as formas: “(a) de *instigação*, como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem e (b) de *cumplicidade*, como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem”¹⁹⁹.

O cerne da teoria do domínio do fato é corolário desse critério geral de

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40-41.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

¹⁹⁷ “A expressão domínio do fato foi usada, pela primeira vez, por Hegler no ano de 1915, mas ainda não possuía a conotação que se lhe empresta atualmente, estando mais atrelada aos fundamentos da culpabilidade. A primeira formulação da ideia central da teoria do domínio do fato no plano da autoria, em termos assemelhados aos contornos que lhe confere Roxin, deu-se efetivamente em 1933, por Lobe, mas produziu eco apenas quando Welzel a mencionou – sem referir-se, no entanto, ao seu antecessor – em famoso estudo de 1939, referindo-se a um *domínio final do fato* como critério determinante da autoria. Em razão dessa sucessão de referências esparsas e pouco lineares à ideia do domínio do fato é que se pode dizer, sem exagero, que apenas em 1963, com o estudo monográfico de Roxin, a ideia teve seus contornos concretamente desenhados, o que lhe permitiu, paulatinamente, conquistar a adesão de quase toda a doutrina”. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 933. p. 61. jul. 2013.

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 709.

¹⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 360.

orientação e desdobra-se em três manifestações como: o domínio da ação (autoria imediata); o domínio da vontade (autoria mediata) e o domínio funcional do fato (coautoria). No primeiro, o autor imediato é quem executa de mão própria a ação descrita no tipo penal; no segundo, a autoria mediata deriva de coagir ou induzir a erro um terceiro que vem a executar um crime, ou quando alguém possui o domínio de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica; por fim, no terceiro, tem-se a figura do coautor que será aquele que, juntamente com outra pessoa, contribuirá efetivamente à realização do fato²⁰⁰.

Há que se anotar que, a teoria do domínio do fato, como explica Roxin, não se aplica indistintamente a todos os tipos de delito, de sorte a não incidir em relação aos denominados delitos de dever, de mão própria e aos culposos²⁰¹. Assim, a conjugação da teoria do domínio do fato com a da violação de dever, “específica para os crimes omissivos e os crimes próprios ou especiais, é a que melhor conduz à identificação de quem pode ser autor de crime”²⁰².

Santos²⁰³, assevera que, conquanto a lei penal brasileira, *a priori*, adote a teoria unitária de autor, a introdução de critério legais de diferenciação entre autor e partícipe acabam por transformar esse paradigma, de sorte a admitir o emprego de terias modernas sobre autoria e participação, como a teoria analisada. A propósito, extrai-se da Exposição de Motivos no Código Penal a intenção do legislador, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, em trazer “Regras precisas que distinguem a autoria da participação”.

O objeto da teoria não está atrelado, absolutamente, em dizer que o mandante é o autor do crime, nem em considerar que quem possui uma posição comando seja autor. Deste modo, é necessário analisar a construção abstrata das diversas formas de autoria relacionadas à teoria do domínio do fato e os seus pressupostos concretos e utilizando-se destes, poder-se-á resolver os casos

²⁰⁰ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 933. p. 61. jul. 2013.

²⁰¹ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 933. p. 61. jul. 2013.

²⁰² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 711.

²⁰³ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl., Curitiba: IPCPC; Lumen Juris, 2008, p. 361.

individuais por meio da subsunção. A ideia de domínio do fato, como explicam Greco e Leite²⁰⁴ “não é uma definição de autor, mas um critério reitor que deve ser concretizado não pelo juiz²⁰⁵ no caso concreto, e sim pela doutrina diante de grupos

²⁰⁴ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 933. p. 61. jul. 2013.

²⁰⁵ O Ministério Público, na APn 470/MG, quando do oferecimento da denúncia contra os quarenta réus do mensalão, atribuiu a José Dirceu a posição de chefe do esquema delituoso, classificando-o como detentor do domínio funcional do fato. A fundamentação, nesse viés, decorreu da dificuldade que o órgão acusador teve em estabelecer evidências para a condenação, esclarecendo que os operadores do crime organizado deixam pouco rastro, mas são os que detêm o controle sobre o resultado final da atividade criminosa. A propósito, a denúncia estava amparada essencialmente no cruzamento de depoimentos. Outro fundamento, mencionado por Luiz Fux, foi no sentido de que a teoria do domínio do fato visa coibir crimes econômicos e que a prova indireta é essencial quando se está diante de delitos associativos e da dificuldade de comprová-los. Nessa construção, percebe-se que o Parquet tem o entendimento de que recai sobre aquele o domínio da vontade e não a coautoria, consubstanciado na sua mera condição de chefia, diversamente do que propõe Roxin, no estudo da teoria do domínio do fato. Igualmente, deve ser repreendida quando utilizada como freio ao combate de crimes contra economia ou que envolvam empresas, porquanto a ocupação de cargos de poder jamais poderá pressupor o domínio do fato. A autoria mediata, como trabalha a teoria, deriva de coagir ou induzir a erro um terceiro que vem a executar um crime, ou quando alguém possui o domínio de uma organização verticalmente estruturada e dissociada da ordem jurídica. “O STF condenou Dirceu pelos delitos de formação de quadrilha e corrupção ativa mediante a adoção da teoria do domínio do fato, repetindo, por quase a totalidade de seus ministros, a impropriedade sugerida da peça acusatória. Observou-se expressa confusão dos conceitos de domínio da vontade (autoria mediata) e domínio funcional (coautoria), bem como completa deturpação do que preconiza Roxin quanto à incorreção de se imputar a alguém determinado delito pelo simples ocupar de uma posição hierarquicamente superior. Foi a teoria do domínio do fato utilizada pelo STF como se possuísse as mesmas distorções apresentadas pela teoria do avestruz, de maneira a condenar deliberadamente e traçar um caminho perigoso pelas sinuosas curvas de uma responsabilização penal objetiva. A teoria do domínio do fato não exige a necessidade de provas da ordem emanada, em se tratando de autoria mediata por domínio da organização, assim como da contribuição relevante de cada coautor na fase executiva, em se tratando de domínio funcional. Nesse desiderato, pautando-se a acusação e o acórdão eminentemente no cargo de chefia ocupado por Dirceu e valendo-se ambas de arcabouço probatório raso e pouco consistente, como os depoimentos antagônicos de Roberto Jefferson, há de se entender pela insuficiência de provas em relação aos fatos imputados a José Dirceu, sendo de rigor concluir que, se o domínio pressupõe a existência fática, a teoria do domínio do fato não poderia ser aplicada e, como assim o foi, é de nítida desvirtuação. Mesmo que ultrapassada a discussão acerca da insuficiência probatória, não seria possível jamais conferir a Dirceu a autoria delitiva por suposta observância do domínio da organização, haja vista que os demais integrantes do esquema criminoso eram sujeitos específicos, dotados de qualidades especiais e, portanto, ausente sua fungibilidade. Em derradeiro, somente se faria possível apostar na existência de domínio funcional do fato por José Dirceu, desde que – não se olvidando por um instante sequer – provada não apenas a materialidade, mas sua concreta autoria”. UCHA, Larissa Gomes. O Supremo Tribunal Federal e a teoria do domínio do fato: retomada técnica da Ação Penal n. 470. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17379>. Acesso em abr 2017. Aliás, contrariamente aos argumentos apresentados no caso mensalão, o Ministro Lewandowski asseverou que o direito penal protege bens jurídicos e que a pena não é uma retribuição que a sociedade faz a alguém que “produziu o mal”. A pena deve ser sempre preventiva, deve buscar evitar o crime, mas sempre no limite da culpabilidade do agente. Cita Roxin ao dizer que a pena só deve ser aplicada contra quem lesiona bens jurídicos. Para Lewandowski a teoria do domínio do fato só poderia ter sido utilizada num momento de exceção ou para organizações criminosas que atuem à margem da ordem jurídica, não bastando dizer que alguém tinha conhecimento do delito.

de casos”.

Zaffaroni, por sua vez, contribuiu para a evolução da ciência criminal, com a criação de um referente material para a leitura da culpabilidade penal, fundada na vulnerabilidade do agente autor do injusto, diferentemente do que preceitua a teoria finalista. Para tanto, traz a questão da criminalização secundária²⁰⁶, que seleciona²⁰⁷ aqueles que virão a ser criminalizados de acordo com o grau de sua vulnerabilidade.

A partir disso, a culpabilidade seria o juízo que permite vincular de forma personalizada o injusto ao seu autor e, conseqüentemente, indica que, desde a teoria do delito, está condicionado ao controle que o poder punitivo pode indivíduo. Isto porque, a teoria do delito não é suficiente para afirmar a existência do delito, quando não consiga vincular um autor de modo personalizado, diferentemente da criminalização secundária, que pressupõe uma pessoa²⁰⁸.

Inicialmente, Zaffaroni²⁰⁹ trabalhou com a teoria da coculpabilidade²¹⁰,

SCOCUGLIA, Lígia. Distorções Penais: Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**. set 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-01/clus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em: 20 abr 2017.

²⁰⁶ Da “análise crítico-reflexiva da Lei Penal, a partir do que foi possível constatar que o seu fator mais marcante é a sua implacável seletividade. Por consequência dessa relação a partir do modelo abstrato, procura ela (a Lei), alcançar uma parcela de pessoas, ao tempo em que promove a imunização de pessoas que não lhe são vulneráveis, pelo que, é possível concordar com aquilo que preleciona Zaffaroni: que o exercício do Direito Penal dirige-se à contenção de grupos bem determinados e não à ‘repressão de delitos’”. CHAVES JÚNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 140.

²⁰⁷ “O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 245-246. Título original: *Em busca de las penas perdidas*.

²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 525.

²¹⁰ Zaffaroni escreve que o conceito de coculpabilidade “é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista”, sendo “herdeira do pensamento de Marat”. Marat, denunciava “a falácia das construções iluministas, quanto à pretensão de que a pena justa fosse a retributiva, em uma sociedade sem justiça distributiva”. Por último, “parece oferecer argumentos àqueles que

cuja concepção volta-se à repartição da culpa do sujeito ativo de um crime com a sociedade, em razão da desigualdade de oportunidades entre os cidadãos, de sorte a reduzir a penalidade que lhes seria aplicada. Com isso, a coculpabilidade faria “sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.²¹¹ Relaciona-se, assim, a responsabilidade do agente a uma responsabilidade geral do Estado, que tem o direito de punir²¹².

Percebe-se, com isso, que a culpabilidade pela vulnerabilidade reconhece um antecedente importante no conceito de coculpabilidade²¹³, porém a tese original desta não deixava de partir de pressupostos falsos. Isso porque, permanecia muito vinculada à ideia de que a criminalidade é efeito da pobreza; e, também, pela irrelevância ou subestimação da seletividade criminalizante. Portanto, a consideração do estado de vulnerabilidade como ponto de partida para a medição do esforço de reprovabilidade é um conceito preciso e realista de coculpabilidade: porque, simplesmente, baseia-se em que o direito penal não pode tolerar que o mesmo poder que, por ação ou omissão, coloca uma pessoa em uma situação concreta de vulnerabilidade, atue sobre ela, desde logo, repressivamente, em razão da situação em que previamente a inseriu²¹⁴.

Nessa perspectiva, “reprovar com a mesma intensidade a pessoas que

pretendem desconhecer o direito de todos, e reconhecer como único direito o de acesso das massas ao poder em plano de absoluta igualdade humana”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235-525.

²¹¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105.

²¹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105.

²¹³ A culpabilidade pela vulnerabilidade reconhece um antecedente importante no conceito de coculpabilidade, que embora se pretendeu considerar produto do direito penal dos países do socialismo real, tem origem anterior a este. A ideia central para se responder é a de que, uma vez que nenhuma sociedade tem uma mobilidade vertical tão livre que proporcione a todos os seus membros, o mesmo espaço social, a reprovação da culpabilidade deve se adequar, em cada caso, ao espaço social que a pessoa teve e, conseqüentemente, a sociedade deve suportar a parte que lhe foi negada (é coculpada, nessa medida). A origem pode decorrer das ideias de Marat, no século XVIII e das sentenças do juiz Magnaud, no século XIX. Consigna-se, por oportuno, que por indicação de Magnaud foi introduzido no Código Penal pelo Senado, na formulação do art. 41: especialmente a miséria ou dificuldade para ganhar o próprio sustento e dos seus dependentes. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

ocupam situações de privilégio e a outras que se acham em situação de extrema penúria é uma clara violação ao princípio da igualdade corretamente entendido”²¹⁵.

Diga-se, a propósito, que a observância do princípio da igualdade apenas sob as perspectivas do evento, sem se atentar à personalidade do autor do delito e às suas características pessoais, mas tão somente à gravidade do bem jurídico afetado, resultará na aplicação de uma pena talional. Isso porque, tratar-se-ia os seres humanos como idênticos e imutáveis, de sorte que não serão apenas iguais aos outros, mas sempre iguais a si mesmos. Nessa perspectiva, Zaffaroni, assevera que estar-se-ia diante de uma sociedade não-humana, porque é tão inevitável que os seres humanos sejam diferentes uns dos outros, como cada um é um ser; que inclusive está-se diante de uma sociedade cheia de desigualdades. Logo, analisar apenas o injusto, sem ater-se ao agente (quem pratica), promoveria uma resposta talional que, conseqüentemente, esbarraria no âmago do que pressupõe o princípio da igualdade, negando, igualmente, a antropologia constitucional (que traz o conceito de humanidade intrínseco em inúmeros princípios constitucionais)²¹⁶.

Zaffaroni²¹⁷, então, avança ao considerar que “não pode haver resposta criminalizante racionalmente aceita quando a autonomia com que o sujeito realizou a ação é ínfima ou nula, ou mesmo duvidosa” e, conseqüentemente, é inaceitável uma culpabilidade baseada apenas no injusto, sendo “necessário o estabelecimento de uma ‘culpabilidade pela vulnerabilidade’”, afinal, isto é o que diferencia cada agente²¹⁸.

A culpabilidade deve, assim, ser compreendida como reprovação do esforço pessoal por atingir a situação concreta de vulnerabilidade²¹⁹ ao poder

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina**. Informe final. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 58.

²¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano. Pedros e Amir Lopes da Conceição. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 266

²¹⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 553-554.

²¹⁹ Zaffaroni, descreve que embora seja verdade que cada pessoa que esteja em um baixo estado de vulnerabilidade deverá fazer um esforço considerável para conseguir a situação específica de vulnerabilidade, o inverso nem sempre é exato, isto é, não se deve pensar que quando uma pessoa parte de um estado elevado de vulnerabilidade seu esforço seja invariavelmente inferior: embora, geralmente, a situação de vulnerabilidade seja alcançada com um esforço relativamente

punitivo²²⁰. Essa culpabilidade como pretensão de reprovação recai sobre o autor, pela atitude tomada, enquanto “a pretensão de ilicitude se organiza sob a forma de uma reprovação da ação”²²¹.

Com efeito, uma culpabilidade que se limitasse levar em consideração a reprovação pessoal ao autor e indiferente à circunstância de que este tenha sido selecionado por sua maior vulnerabilidade (pela Regra diretamente proporcional a sua distância do poder), implica uma flagrante contradição com a sua ética mais elementar. De toda sorte, com o fito de atenuar este confronto, a culpabilidade deve ser um conceito que limite o efeito da reprovação com referência aos dados seletivos²²²; de modo a compensá-la ou reduzi-la, como forma de impor um mínimo de eticidade ao poder punitivo²²³.

A pretensão de reprovação visa “identificar a situação concreta, a

menor, não é incomum que realizem com grandeza considerável, como seria, por exemplo, a enorme reiteração de injustos análogos e graves ou a mesma realização de um único injusto, mas que por sua gravidade importe a localização em uma iniludível situação de vulnerabilidade. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²²⁰ Deste modo, a coculpabilidade “interfere na análise da potencial consciência da ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa”, encontrando guarida no direito positivo brasileiro, tanto na análise da culpabilidade do art. 59 do Código Penal como elemento da fixação da pena, quanto na aplicação da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 554.

²²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 555.

²²² A culpabilidade como vínculo personalizado do injusto com o agente, concebida como valoração e como redutora ou contentora do poder punitivo, deve incorporar os dados da seletividade estrutural e tentar compensá-la ou reduzi-la, como parte da tarefa de impor um mínimo de eticidade ao poder punitivo. O confronto entre o poder punitivo e a ética é tão inevitável como a seletividade, por ser a sua expressão, mas a redução compensatória da segunda também é paralela à primeira. A compensação que pode chegar a uma culpabilidade redutora da seletividade, não legitima eticamente o poder punitivo, mas reduz a sua participação de ilegítima para níveis menos irracionais e, acima de tudo, até onde seja possível. Com isto, o direito penal cumpre a sua missão ética, porque esgota seu espaço de poder para evitar que o Estado se limite apenas a utilizar elementos formais da ética para censurar pessoalmente aos que seu poder punitivo, previamente, seleciona. A ciência jurídico-criminal, como um discurso destinado às agências que devem decidir nos casos previamente selecionados pelo poder punitivo, não tem poder para cancelar a seletividade destes, mas o dispõe em grau suficiente para incorporar os dados de sua seletividade e reduzir o fenômeno com a exclusão de seu exercício de suas extremidades mais escandalosamente enfrentadas com a ética da igualdade de tratamento jurídico do Estado de Direito. Em razão de que não pode cancelar a seletividade, dentro desta vertente, tampouco ter-se-á um juízo ético, mas sim jurídico-penal, embora expresse a eticidade do discurso jurídico-penal, ao esgotar as possibilidades de seu poder, conforme objetivos éticos de redução de um poder que não lhe reconhece legitimidade. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

possibilidade ou não de exigir-se do autor que se comportasse conforme o direito”, ou seja, decorre da consideração da validade da norma e de que o autor do fato seja reconhecido como um sujeito racional, “com uma atitude participativa e capacidade de crítica e argumentação, enfim, uma *pessoa reflexiva*”. Afasta-se, portanto, da concepção de livre arbítrio²²⁴. Isso porque, a liberdade não é o pressuposto da culpabilidade, mas o fundamento da própria ação²²⁵.

Nessa perspectiva, ter-se-á uma dimensão formal e material da culpabilidade. Formalmente, referir-se-á a todas as características referentes ao sujeito que o ordenamento jurídico estabelece como necessárias para lhe imputar a responsabilidade penal. A dimensão material, “representará uma pretensão de reprovação”, com a análise concreta e das circunstâncias que se pressupõe para se afirmar que determinado comportamento efetivamente foi livre. Para isso, dever-se-á analisar aspectos pessoais e sociológicos, dentro os quais, inclusive, os criminológicos relacionados com a coculpabilidade²²⁶.

Nesse íterim, a culpabilidade (entendida como o julgamento que permite unir de forma personalizada injusto ao seu autor), tomando em conta os dados da seletividade e constatando que o poder punitivo seleciona conforme a vulnerabilidade do sujeito e não em relação à sua autodeterminação, deve impedi-lo de exceder à reprovação que recai sobre o agente que tenha alcançado a situação concreta de vulnerabilidade.

Por corolário, deve-se ter em conta os seguintes conceitos: a) o vínculo pessoal do injusto com o autor é estabelecido, considerando a forma como se opera a periculosidade no sistema penal, que pode ser definida como a maior ou menor probabilidade de criminalização secundária suportada por uma pessoa, b) o grau de periculosidade do sistema penal para cada pessoa é dado, em princípio, pelos componentes da vulnerabilidade destes em relação ao sistema penal, c) o estado de vulnerabilidade está integrado com os dados do seu status social, classe, filiação trabalhista ou profissional, renda, estereótipo que se lhe aplica, etc., é dizer, por

²²⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 555-556.

²²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1996, p. 313.

²²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 556.

suposição dentro da escala social, d) embora a relação entre poder e vulnerabilidade ao poder punitivo seja inversa, sendo que o poder opera como garantia de cobertura frente ao sistema penal, o poder punitivo não se distribui somente pelo estado de vulnerabilidade, porque todas as pessoas que compartilham um mesmo estado de vulnerabilidade, muitas vezes sofrem desigualmente o risco de criminalização. Logo, o poder punitivo também seleciona entre eles a quem criminaliza. Assim, é possível afirmar em geral que entre as pessoas de maiores rendas e mais próximas ao poder, o risco de criminalização é escasso (baixo estado de vulnerabilidade ou alta cobertura) e inversamente, entre os de menores rendas e mais distantes do poder, o risco é considerável (alto estado de vulnerabilidade e baixo ou nula cobertura). Não obstante, alguns dos primeiros são selecionados; e entre os últimos, embora selecione-se com maior frequência, sempre se trata de uma íntima minoria²²⁷.

Por outro lado, a constatação de que a periculosidade do sistema penal não se concretiza na criminalização, mas somente pelo estado de vulnerabilidade do sujeito, está indicando que algo deve colocar o sujeito para ser criminalizado. Isto é, algo que encobre a distância entre a probabilidade de criminalização que indica seu estado de vulnerabilidade e a concretização em uma criminalização secundária, que tem lugar em uma determinada situação de vulnerabilidade. Esse é o esforço pela vulnerabilidade²²⁸ (ou, mais extensamente, o esforço pessoal do sujeito por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade)²²⁹.

A propósito, a culpabilidade como demonstrado, não se trata de uma repartição de reprovação, mas em admitir que se o poder punitivo se reparte

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

²²⁸ O esforço pela vulnerabilidade é o componente da culpabilidade que se sintetiza com a culpabilidade do ato da maneira indicada acima. Geralmente, sua eficácia reduz a grandeza que filtra a reprovação da culpabilidade do ato. Isso se deve a que a mera realização do injusto e a culpabilidade do ato por o regularem, assinalam por si mesmos a existência de certo esforço por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade por parte do agente. Daí que a sua eficácia seja relevante quando da chamada quantificação penal. No entanto, isso pode acontecer em poucos casos, que os esforços feitos pela pessoa que seja pequeno e, além disso, não lhe seja eticamente oponível ao agente. Em tais suposições, a inexistência ou inoponibilidade do esforço pela situação concreta de vulnerabilidade cancela diretamente a vulnerabilidade do ato. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 682.

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

conforme a vulnerabilidade e não é possível cancelá-lo, este deve administrar seu próprio e limitado contrapoder de contenção repartindo-o segundo o grau de esforço pessoal de cada selecionado, para colocar-se na situação concreta de vulnerabilidade frente ao risco do poder punitivo²³⁰. Com isso, a reprovabilidade da conduta será medida pela vulnerabilidade que o sujeito autor do injusto tem com relação ao bem jurídico que afetado.

Com efeito, a partir da evolução e da consagração dos Direitos Fundamentais e, corolário, da humanização do direito de punir, vislumbra-se o surgimento de instrumentos limitadores à atuação do Estado quanto ao direito de punir. Consequentemente, sendo a Constituição a matriz de fundamentação e da limitação do poder punitivo, traz em seu bojo valores e princípios que, talvez, demandem Interpretação, de sorte a ser imprescindível o estudo da Hermenêutica em relação à aplicação dos Direitos Fundamentais.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-657.

CAPÍTULO 2

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A VELHA E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Interpretação na lição de Bobbio²³¹ é uma atividade muito complexa, pois decorre da relação entre os termos signo e significado do próprio signo, que são inerentes à linguagem humana (falada ou escrita), de sorte que interpretar significa “compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (a palavra e a ideia). Afinal, a depender do contexto que está inserta a palavra, esta assume significados diversos.

Um dos Campos em que a Interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é o do direito, que é constituído por um conjunto de textos, que exprimem a vontade do povo, por meio do legislador. Por consequência, a Interpretação que, consoante o positivismo jurídico, constitui a tarefa da jurisprudência e consiste em remontar os signos contidos nos textos legislativos, repisa-se, expressa a vontade do legislador por meio destes signos²³².

Os textos constitucionais são diferentes de qualquer outro texto jurídico por seu conteúdo normativo e não se limitam a formular Regras, mas igualmente estabelecem princípios e/ou proclamam valores. É certo que nem todas as Constituições prescrevam princípios ou enunciam valores, porém, a maior parte das contemporâneas, sobretudo, depois da segunda guerra mundial, como por exemplo a brasileira, expressam solenemente valores, princípios gerais e Regras²³³.

Bonavides traz que a normatividade dos Princípios pode ser afirmada por

²³¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 212-213.

²³² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 213.

²³³ GUASTINI, Ricardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel carbonell y Predro Salazar. Madrid: Trotta 2008, p. 55. Título original: *Teoría e ideología dell'interpretazione costituzionale*.

meio do conceito formulado por Crisafulli²³⁴:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Ricardo Guastini²³⁵ trouxe da jurisprudência e de juristas seis diferentes conceitos de princípios, vinculados a disposições normativas, de sorte a considerar que: 1) o vocábulo “princípio” refere-se “a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade”; 2) ou “providas de um alto grau de indeterminação” e, portanto, requerem concretização por via interpretativa para que sejam aplicados aos casos concretos; 3) os juristas utilizam a expressão para referirem-se às normas de caráter programáticos; 4) ou, para designar que a posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada; 5) ou utilizam a expressão para referirem-se às normas (ou disposições que exprimem normas) que desempenham uma “função ‘importante’ e ‘fundamental’ no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto”; e 6) para designar normas (ou disposições que exprimem normas) “dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos”.

A normatividade dos princípios, a propósito, é o traço comum a todas as seis acepções acima e, inclusive, o vínculo unificador destas. Afinal, uma vez constitucionalizados os princípios, tornam-se a chave de todo o sistema normativo. A ausência de normatividade, por outro lado, era o argumento a que se agarrava a velha Hermenêutica²³⁶.

De toda sorte, para tecer essa evolução entre a velha e a nova Hermenêutica em relação aos princípios, é necessário averiguar a juridicidade dos

²³⁴ CRISAFULLI. **La Costituzione e le sue Disposizione di Principio**, Milão, 1952, p. 15. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257.

²³⁵ GUASTINI, Ricardo. **Dalle Fonti alle Norme**, Turim, 1990, p. 112-120. *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 257-258.

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258-259.

princípios, considerando três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista²³⁷.

Na fase jusnaturalista, os princípios estão em uma esfera inteiramente abstrata e “sua normatividade, basicamente nula ou duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. O ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, induz a essência dos princípios gerais de Direito²³⁸.

Nesse prisma, o cerne do jusnaturalismo está em conceber que as normas jurídicas “não são simples fatos, mas valores”, de sorte que se deve obediência àquelas e “não dependem de atos concretos de vontade (ou de linguagem) realizados pelos homens; assim como ao conhecer a natureza estar-se-á também ciente dos fatos e das normas²³⁹.

A bem da verdade, assinala Flórez-Valdés²⁴⁰, que a corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, em forma de “axiomas jurídicos”, de sorte a serem “os princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal”. São, em definitivo, “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”. A distinção entre as correntes positivistas e do jusnaturalistas, está em afirmar a insuficiência dos princípios extirpados do ordenamento jurídico, a fim de preencher as lacunas da lei²⁴¹ e, conseqüentemente, da necessidade de se buscar o Direito Natural²⁴². A propósito, uma das funções do Direito Natural era a de preencher as lacunas do

²³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 260-261.

²³⁹ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 350.

²⁴⁰ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid, 1990, p. 38. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 261.

²⁴¹ Bobbio entende por lacuna a falta não de uma solução, mas de uma solução satisfatória, em outras palavras, de uma norma justa, ou seja, que se desejaria que existisse, mas não existe. Nessa perspectiva, somente o direito natural não deveria ter lacunas ideológicas. Aliás, uma possível definição de Direito Natural poderia ser a que o define como um direito sem lacunas ideológicas, no sentido de que ele é aquilo que deveria ser. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 140. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

²⁴² PANIAGUA, José M. Rodríguez. **Ley y Derecho: Interpretación e Integración de la Ley**, Madrid, 1976, p. 125-126. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 262.

Direito Positivo²⁴³.

Em contrapartida, a corrente positivista prega que as normas são simples fatos e não valores, cuja obediência não se exige. Aliás, pode-se ter conhecimento de uma norma sem que seja aprovada ou aceita como guia de comportamento. Ademais, as normas jurídicas são entidades dependentes do uso da linguagem, acaso preferir expressá-los por atos de vontade. Por fim, conhecer a natureza é compreender os fatos, não valores; isso porque, impossível extrair normas do conhecimento²⁴⁴. Nesse viés, a concepção positivista sustenta que os princípios gerais de Direito se equiparam aos princípios que informam o Direito Positivo, servindo-lhe de fundamento. Isso porque seu valor deriva da própria lei²⁴⁵.

Bobbio²⁴⁶, nesse ínterim, sustenta que os princípios gerais são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Igualmente, Crisafulli²⁴⁷ argumenta que os Princípios são normas, porque “são normas aquelas das quais os Princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva e, também, em razão de que a “função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”.

A terceira fase é a do pós-positivismo, que corresponde às últimas décadas do século XX, afinal, surge com a promulgação das novas Constituições, que acentuam a “hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. A propósito, é neste período que a doutrina tanto do Direito Natural,

²⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 147. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

²⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 351-352.

²⁴⁵ FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arces y. **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**. Madrid, 1990, p. 39. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 261.

²⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

²⁴⁷ CRISAFULLI, V. Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto. Riv. Dir., XXI (1941), p. 41-64; e CRISAFULLI, V. La costituzione e le sue disposizione di principio, Milão, 1952, p. 38-42. *Apud* BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158-159. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

quanto do positivismo ortodoxo são superadas, de sorte a ter-se que a normatividade dos princípios é senão um dos aspectos mais evidentes da crise da Velha Hermenêutica²⁴⁸.

Bonavides²⁴⁹, traz Boulanger, como um dos precursores do neopositivismo, que escreve existir entre princípio e Regra jurídica não apenas uma disparidade de importância, mas uma distinção em sua natureza. Isso porque, considera as normas como o gênero, do qual as Regras e os princípios são as espécies. Igualmente, Alexy e Crisafulli asseveram que os princípios são normas e estas compreendem aqueles e as Regras.

Para Crisafulli²⁵⁰, então, estejam os princípios expressos nos textos legislativos ou, implícitos ou latentes num ordenamento, constituem normas aplicáveis como Regra em relação a determinados comportamentos públicos ou privados. No entanto, a eficácia dos Princípios não se exaure quanto à sua aplicação em relação ao objeto, em razão de que a sua eficácia interpretativa demanda igual importância, por ser “consequência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema”.

À vista disso, desde as Constituições da segunda metade do século XX, os princípios gerais tornaram-se fonte primária de normatividade, incorporando no ordenamento jurídico os “valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as Garantias e as competências de uma sociedade constitucional”, ou seja, tornaram-se “a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada”²⁵¹.

Destaca-se disso, a importância dos princípios como diretrizes para a Interpretação e aplicação das normas, assumindo legitimamente a tríplice dimensão

²⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 265-270.

²⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 267-271.

²⁵⁰ CRISAFULLI. **La Costituzione e le sue Disposizione di Principio**, Milão, 1952, p. 16-17. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 273.

²⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 283.

fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes²⁵².

Bobbio²⁵³, na classificação que fez dos princípios, reconheceu-lhes uma função tetradimensional, consubstanciada nas funções: interpretativa, integrativa, diretiva e limitativa.

Para Guastini²⁵⁴, “os princípios são utilizados na produção, na Interpretação e na integração do direito”. Nesse passo, em relação à produção do direito, o princípio funciona como parâmetro de legitimidade da fonte subordinada; enquanto na integração, quando houver uma lacuna, o intérprete poderá preenchê-la com um princípio que sirva de fundamento a uma norma específica ou, destinado a um conjunto de normas. Os princípios não expressos podem ser citados como fruto de integração do direito.

Na Interpretação do direito, os princípios, especialmente, os expressos de ordem constitucional, são utilizados para justificar uma Interpretação conforme, ou seja, quando se adapta o significado de uma disposição ao de um princípio previamente identificado. De todo modo, a Interpretação conforme²⁵⁵, “surte o efeito de conservar a validade de documentos normativos, mesmo que suscetíveis de interpretações contrárias à Constituição, sob condição que admitam ao menos uma Interpretação conforme os princípios constitucionais”²⁵⁶.

O eixo da Nova Hermenêutica no pós-positivismo e da teoria material da Constituição é formado pela conexão da denominada jurisprudência dos valores (ou

²⁵² TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*. Pádua, 1981, p. 46. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 284.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. **Principi generali di Diritto**. in *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, Turim, 1957, p. 895-896. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 284.

²⁵⁴ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 199.

²⁵⁵ “Em jurisprudência, a interpretação conforme é fortemente recomendada diante de hierarquia formais (entre Constituições e lei, entre lei e regulamento), mas também diante de hierarquias lógicas entre lei de delegação e decreto de delegado): ‘Entre interpretações ‘as mais possíveis’ da norma, o juiz deve escolher a interpretação considerada conforme a Constituição’ (Corte Constitucional, 63/1989); ‘Entre duas possíveis interpretações de uma norma de lei cumpre escolher a mais apropriada à legitimidade da norma’ (Cons. Estado, seção v, 11.07.1975, n. 1024, em ‘Conselho do Estado’, 1975, I, 1993)”. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 201.

²⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 200-201.

dos princípios) com a jurisprudência dos problemas (tópica), pois fornecem critérios e meios interpretativos necessários à tríade normativa – Regra, princípio e valor; cujo importância está em se averiguar qual a direção que o direito constitucional tomará em relação à aplicabilidade imediata de seus preceitos²⁵⁷.

Claro que há uma divergência entre a jurisprudência valorativa e a jurisprudência tópica, mas a intenção da moderna problemática dos Princípios será a de encontrar “medidas de valoração dos pontos de vista possíveis”, de modo a “determinar os princípios selecionadores dos *topoi* incidentes sobre o problema”. Há que se salientar que

“o método da Constituição aberta representa uma contribuição fecunda dos juristas da tópica ao Direito Constitucional. Sem a tópica, a teoria material da Constituição não teria feito os excepcionais progressos que alcançou, depois de chegar a um ponto de exaustão a controvérsia do positivismo com o direito natural nos arraiais do pensamento filosófico europeu. A grande saída de Viehweg e Esser na Hermenêutica jurídica do século XX foi o caminho aberto às correntes críticas de um constitucionalismo de renovação, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas Garantias concretas da liberdade humana”²⁵⁸.

A ideia é, portanto, a construção de um sistema aberto, contribuindo os princípios para a formação de uma terceira posição doutrinária, consubstanciada em uma teoria dos Princípios²⁵⁹.

É, porém, a normatividade dos Princípios arraigada em novas formulações conceituais e arestos das Cortes Superiores que confirmam a tendência que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves do ordenamento jurídico em toda a sua extensão. Extrai-se, com isto, que o “reconhecimento de superioridade e hegemonia dos Princípios na pirâmide normativa” ocorre por serem compreendidos como valores e, por isso, pode-se dizer que as Regras vigem, enquanto os princípios valem, ainda que em graus

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 284.

²⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 285-516.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 285.

diversos²⁶⁰.

Gordillo Cañas²⁶¹, então, conclui que “a constitucionalização dos valores básicos e dos princípios deles derivados não somente coloca o juiz no marco necessário de uma jurisprudência de valores”, assim como acolhe o fundamento precípua sobre o qual desenvolver-se-á o exercício do poder legislativo. A propósito, legislador, juiz e tribunal constitucional estão intimados a alcançar a perfeita explicitação e a aplicação normativa dos Princípios em conformidade com a Constituição, a fim de não adentrar no Campo que compreende a estrutura do Estado de Exceção.

A teoria dos Princípios, argumenta contra as arbitrariedades, buscando a harmonização da normatividade com o exercício do poder, de sorte a legitimar a ordem jurídica com a Constituição²⁶². Desse modo, a conformidade da lei com a Constituição não está tão somente em averiguar a consonância formal entre a lei e a norma superior, mas em impor a compatibilidade material, de modo a averiguar se um “conteúdo equívoco ou incerto será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional”. Logo, a unidade e o sistema de valores insertos na ordem jurídica são os elementos determinantes para se mensurar materialmente a constitucionalidade dos atos normativos, por meio do método da Interpretação conforme a Constituição²⁶³.

A ideia que consubstancia a Interpretação conforme a Constituição está limitada à consideração de valores da ordem legal-fundamental quando da Interpretação das leis ordinárias; encontrando suas raízes no princípio da unidade da ordem jurídica. Por corolário, leis que foram promulgadas sob a vigência da Constituição, devem-lhe correspondência; enquanto as de época anterior, devem ajustar-se à nova situação constitucional. Assim, “na medida em que o juiz decide

²⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 288-289.

²⁶¹ CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley, principios generales u Constitución: apuntes para una relectura**, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. *in* Anuario de Derecho Civil, t. LXI, fasc. 2, abr./jun., 1988, p. 515. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 291.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 293.

²⁶³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 522.

sobre isso, ele tem de revisar a concretização da Constituição pelo legislador com base em uma concretização própria da Constituição e da lei”²⁶⁴.

Perez Royo²⁶⁵, em arremate, assinala que a “Interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que nenhum corpo pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da Interpretação”. A Interpretação de que trata aludido autor, não é, entretanto, a da Velha Hermenêutica, mas a da Nova, que se propõe chamar de concretização. Portanto, “interpretar nesse contexto quer dizer concretizar”. Por outro lado, argumenta que as Regras, cuja imperatividade e quantitativismo são indiscutíveis, “não abrem espaço à razão humana para duvidar de seu sentido; a elas unicamente é que cabe o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Ou seja, não se concretizam nem se interpretam; aplicam-se”.

Konrad Hesse²⁶⁶ traz a acepção de que interpretar significa concretizar, em razão de que os métodos tradicionais²⁶⁷ tornaram-se inadequados e insuficientes para captar o sentido das cláusulas gerais, dos princípios ou o alcance normativo dos Direitos Fundamentais que integram a Constituição; surgindo a necessidade de uma operação valorativa, fática e material que executar-se-á por meio da técnica interpretativa concretizadora.

²⁶⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 72.

²⁶⁵ PEREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**, Madrid, 1994, p. 97-98. *Apu* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 579.

²⁶⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 56-61.

²⁶⁷ “A doutrina da interpretação tradicional procura, em geral, averiguar a vontade (objetiva) da norma ou a vontade (subjativa) do legislador ao ela ter em conta o texto, o trabalho preparatório, a conexão sistemática da norma, a história da regulação e o sentido e finalidade, o “telos”, a “ratio” da norma. Ao conteúdo da norma, comprovado, deste modo, sem atenção ao problema concreto colocado para a decisão, deve então ser subsumido o fato da vida a ser regulado no caminho de conclusão silogística e, deste modo, ser encontrada a decisão. Segundo a pretensão, existe interpretação – também interpretação constitucional –, portanto, fundamentalmente na mera assimilação de uma vontade (objetiva ou subjativa) preexistente que, por meio daqueles métodos, independentemente do problema a ser resolvido, pode ser averiguada com certeza objetiva”. Na visão de Konrad Hesse essa forma de interpretação não condiz com a compreensão de uma Constituição moderna, porquanto não contém critérios unívocos de resolução, nenhuma vontade real sobre a qual deveria estar atrelada a sua interpretação, isto é, não vincula a pré-compreensão do intérprete ao caso concreto. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 56-61.

Nessa dimensão, a Interpretação jurídica terá um caráter criador, mas a atividade interpretativa permanece vinculada à norma. Esse ato de compreensão, encontra-se associado tanto à pré-compreensão do intérprete como ao caso concreto que se objetiva solucionar. A fundamentação da pré-compreensão é, notadamente, uma tarefa da Teoria da Constituição que, conseqüentemente, não é discricionária se for obtida “com vista à ordem constitucional concreta e, em contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto”. De toda sorte, a Teoria da Constituição converte-se “em condição tanto da compreensão da norma como do problema”²⁶⁸.

A par disso, evidente que “a vinculação da Interpretação à norma concretizada, à pré-compreensão do intérprete e ao problema concreto” demonstra, negativamente, ser inviável um método de Interpretação autônomo, de sorte que o procedimento de concretização deve estar relacionado com o “objeto da Interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo”²⁶⁹.

Assinala-se, por oportuno, que o problema em relação a esse método de Interpretação, está em aferir na relação entre a jurisdição constitucional e a legislação, quem é chamado a concretizar a Constituição, o juiz ou o legislador? Na verdade, na medida em que o método é empregado em situações ou interpretações ambíguas, torna-se claro que além de preservar o princípio da separação dos poderes, reconhece ao legislador uma posição hegemônica no ato de concretização constitucional, o que se coaduna, igualmente, com o princípio democrático²⁷⁰. Hesse²⁷¹, igualmente, traz o questionamento inicial e assevera que:

Se para a Interpretação conforme a Constituição é importante manter, no possível, a validade da lei, então o princípio mostra-se jurídico-funcionalmente um princípio de atitude reservada judicial diante do legislador, e um princípio da primazia do legislador na concretização da Constituição. O legislador democrático tem a presunção de

²⁶⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 61-63.

²⁶⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63.

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 523.

²⁷¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 73-74.

constitucionalidade de sua vontade e atuação para si; a ele está encarregada a configuração jurídica das condições de vida em primeiro lugar. Ao Tribunal Constitucional é proibido disputar primazia ao legislador e, com isso, causar uma remoção de funções, atribuídas juridico-constitucionalmente. No entanto, a primazia do legislador democrático é obtida com o preço de uma nova Interpretação do conteúdo da lei pelo Tribunal Constitucional; ela pode ficar sem valor se o preço ficar muito alto, se o conteúdo, que o tribunal, em Interpretação conforme a Constituição, dá a lei, não mais contém um *minus*, senão um *aliud* diante do conteúdo da lei primitivo. Neste caso, o tribunal intervém até mais intensamente nas faculdades do legislador do que em uma declaração de nulidade, porque ele próprio configura positivamente quanto ao conteúdo, enquanto a nova configuração, na declaração de nulidade, permanece objeto do legislador. Quanto mais o tribunal corrige o legislador, tanto mais ele também se aproxima dos limites jurídico-funcionais da Interpretação conforme a Constituição, que decerto dificilmente podem ser traçados com toda nitidez.

O perigo está, como assinala Bonavides²⁷², em enxergar os limites entre a Interpretação e a criação do direito, porque são “fugazes, inseguros, movediços, passando-se às vezes quase imperceptivelmente da Interpretação declaratória para a Interpretação constitutiva, e por via desta – o que é mais grave – para a Interpretação *contra legem*”. Afinal, não porque é dada flexibilidade ao intérprete, que consentir-se-á com a Interpretação *contra legem*; aliás, não se deve permitir que “o juiz, alterando a lei, se substitua ao legislador”.

Pior que isto, é quando decisões deste gênero, promovem a suspensão da norma ou até a sua anulação, visando criar uma situação que torne possível a aplicação da norma, ou seja, introduzindo “no direito uma anomia, para tornar possível a normatização efectiva do real”, como ocorre no Estado de Exceção²⁷³.

Em razão disso, é que “a Interpretação está vinculada a algo estabelecido” e o que está consagrado (escrito) na Constituição será o limite interpretativo²⁷⁴, pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora

²⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 523.

²⁷³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 61. Título original: *Stato di Eccezione*.

²⁷⁴ Esse limite interpretativo, inclui “a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação; ele exclui um rompimento constitucional – o desvio do texto em cada caso particular – e uma modificação constitucional por interpretação. Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente. Mesmo que um problema, por conseguinte, não se deixe resolver adequadamente por concretização, o juiz, que está vinculado à Constituição, não tem livre escolha dos *topoi*” (dos problemas). Nessa perspectiva, Hesse assevera que a Tópica, no quadro da interpretação constitucional, pode desempenhar somente um papel limitado. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed

do poder da Constituição. Afinal, a norma Constitucional deverá ser interpretada, via de Regra, no sentido que o legislador a concretizou, ou seja, a Interpretação conforme a Constituição, na repercussão acerca da Interpretação constitucional, deve ser considerada como Interpretação conforme a lei da Constituição; o que “confirma a correlação estreita entre Constituição e lei e, com isso, a ideia de unidade da ordem jurídica”²⁷⁵.

De mais a mais, a Interpretação acerca da Constituição também serve de supedâneo à Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. Isso porque a Interpretação destes é intrínseca à teoria dos Direitos Fundamentais que, por sua vez, vinculam-se à Teoria da Constituição, e ambas a uma “concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam ininteligíveis. E, disto, surgem “os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das Regras constitucionais e repousa a estabilidade de Princípios do ordenamento jurídico”, orientado por uma teoria material da Constituição²⁷⁶. Logo, “aqueles valores e princípios representam, por conseguinte, a matéria-prima da Nova Hermenêutica; esta, outra coisa não é senão a própria teoria material da Constituição”²⁷⁷.

Dentre as teorias sobre Direitos Fundamentais exaltadas no direito Alemão, a teoria dos valores compreende os padrões da Nova Hermenêutica. Isso porque dela subteme-se a institucional²⁷⁸, a democrática-funcional, a do Estado

alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69-70.

²⁷⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 69-75.

²⁷⁶ Constituição, para Bonavides, é lei, sim, mas é sobretudo *direito*, tal como a reconhece a teoria material da Constituição. Isso a desatará dos laços silogísticos e dedutivistas, que lhe embargavam a normatividade e a confinavam, pelo teor *princípial*, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 582.

²⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 581-582.

²⁷⁸ A teoria institucional dos Direitos Fundamentais destina-se a superar o entendimento estritamente subjetivo dos direitos de liberdade. A partir disso, constituem-se os pressupostos objetivos da ascensão das novas gerações de direitos fundamentais, em que há a passagem dos direitos individuais aos direitos sociais. A propósito, com a tese institucional, “a lei muda, porém, de figura e se converte, com respeito aos direitos fundamentais, num instrumento positivo que não só possibilita como promove a liberdade. Confere-lhe conteúdo, se necessário; pois, de antemão, já se tem o entendimento de que a liberdade possui sua morada na instituição e nela se constitui, nela se desenvolve, nela se concretiza”. A primeira fase que corresponde à sua formação e

Social e, até, a liberal²⁷⁹, considerando que “não há teoria de Direitos Fundamentais que não seja provida de uma valoração específica²⁸⁰”.

A teoria dos valores, no entanto, passa por três períodos. O primeiro compreende dois momentos consecutivos: o filosófico e o jurídico. No filosófico, os valores assumem “a forma ôntica e se explicam por processos ontológicos e fenomenológicos”; enquanto o momento jurídico é o apêndice necessário das reflexões que culminaram nos debates da época constitucional de Weimar. Consequência disso, é a busca nos valores da essência dos comportamentos humanos e sociais, bem assim o reexame de critérios interpretativos tradicionais que, posteriormente, fizeram brotar a Nova Hermenêutica. Logo, o novo conceito de Direito Fundamental definirá o status material do membro da comunidade; incorporando valores de natureza espiritual, que demandam ao jurista uma posição interpretativa diversa daquelas sustentadas no positivismo²⁸¹.

consolidação, com traços de autoritarismo, foi projetada pela doutrina de Carl Schmitt, no campo jurídico. Isso correlaciona-se, considerando o combate ao positivismo jurídico de natureza individualista e o empenho em “conciliar e harmonizar, pela via institucional, numa redução de valores, a liberdade do indivíduo com o poder do Estado. Para tanto, Carl Schmitt desenvolveu e distinguiu dois conceitos e garantias do instituto, consubstanciados em garantias institucionais e garantias do instituto. As primeiras estão no campo do direito público (compreendem as universidades, as comunidades municipais e suas autonomias) e as segundas no campo do direito privado (que compreendem a herança, o casamento, o direito de família, a propriedade). Entrementes, a versão Schmittiana implica no grave risco de conduzir à estabilização da liberdade. Então, na segunda fase, a teoria institucional migra para a teoria das Constituições, cujo defensor é Häberle; afirmando-se, conseqüentemente, a superioridade constitucional e democrática a demonstrar um Estado de Direito concreto, real e efetivo. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 616-621.

²⁷⁹ Essa teoria foi desenvolvida com supedâneo nos valores que legitimaram o Estado liberal ao final do século XVIII, de todo o século XIX e parte do século XX; nasceu das doutrinas do contrato social e juridicamente dos princípios de direito natural positivados em Códigos e Constituições. A propósito, “essa teoria do Estado e dos direitos fundamentais inaugurou a ideia participativa da cidadania na formação da vontade soberana e, ao esmo passo, exprimiu desde a sua implantação o pensamento vitorioso de limitação da autoridade e dismantelamento das estruturas autocráticas de poder, configurativas do absolutismo peculiar às velhas realidades europeias de direito divino”. Segundo a teoria liberal, “não é a lei, ao limitar os direitos fundamentais, que lhes confere medida e conteúdo, mas, ao contrário, assinala eminente jurista alemão, a lei é que recebe do Direito Fundamental conteúdo e mensuração”. Em razão disso, assinala-se que, citada teoria faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade humana, de sorte que o hermeneuta busca analisar os questionamentos relacionados à liberdade e à preservação dos valores de ordem espiritual e material. Os direitos fundamentais, nesta teoria, residem em um princípio governativo superior ao da legalidade. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 613-615.

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 612-613.

²⁸¹ Smend criou o método científico-espiritual de interpretação da Constituição, em posição adversa

O segundo período axiológico, por sua vez, decorre da criação de uma ciência jurisprudencial dos Direitos Fundamentais, cuja importância resta evidente nas obras de Robert Alexy e Friedrich Müller, que avançaram às críticas aos arestos do Tribunal alemão, contribuindo sobremaneira ao progresso hermenêutico²⁸². Afinal, a teoria servirá para a solução de problemas que reflitam “a colisão de Direitos Fundamentais, mútuo entrelaçamento interferencial desses direitos e determinação de seus limites”. Isso traz além de uma compreensão do caráter sistêmico e unitário da ordem constitucional, da globalidade dos Direitos Fundamentais e da legitimação de sua superioridade normativa²⁸³.

A dificuldade estaria em estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão-objetiva, aplicá-los a situações concretas e fazê-los exequíveis, bem como em responder o questionamento acerca de se o Direito Fundamental é valor ou norma²⁸⁴.

No mais, a teoria dos valores foi criticada por Böckenforde²⁸⁵ em relação à utilização Hermenêutica dos valores, resumindo na verificação da inexistência de fundamentos racionais para ancorar uma Interpretação; o que estendeu à hierarquia de valores. Arremata, concluindo que “a teoria dos valores encobre substancialmente o decisionismo hermenêutico dos juízes”, fazendo com a Interpretação dos Direitos

ao positivismo e criando um conceito novo de Constituição e de direitos fundamentais. Há uma variação de significado e o novo sentido recheado de conteúdo valorativo, no conceito que adquire o Direito Fundamental, surgindo, com isto, além do método científico-espiritual, o hierárquico-valorativo. Por esse método, os direitos fundamentais são tratados como valores ou exprimem decisões sobre valores. “Abrem-se, então, as portas da interpretação dos direitos fundamentais à entrada de ‘um positivismo de conformidade com os valores da ordem do dia’, arvorados e cultivados por mutantes e sucessivas concepções de valores cujos fluxo e volume são de todo imprevisíveis, ficando a normatividade do Direito Fundamental sacrificada ao juízo de valor do intérprete, o qual, desse modo, pode colocar-se acima e fora da Constituição, sendo unicamente ‘constitucional aquele valor que a sua pré-compreensão comunicar ao texto para, em seguida, erguê-lo como argumento decisório do ato interpretativo, uma vez completada a operação hermenêutica’”. A concepção científico-espiritual e hierárquico-valorativo caem com a queda da República weimariana, porém, “uma terceira derrota histórica do *Reich* alemão a ressuscitou depois de 1949 nos arestos da Corte Constitucional da Alemanha”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 622-626.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 626-627.

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 626-627.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 627.

²⁸⁵ BÖCKENFORDE, Ernest-Wolfgang. **Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation**, in *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 281, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 628.

Fundamentais percorra caminhos incertos e imprevisíveis.

Friedrich Müller²⁸⁶ entende serem os Direitos Fundamentais normas e não valores, de sorte que quando positivados na Constituição passam a vigor. Aliás, ao tratar do Tribunal Constitucional Alemão assevera que este “não só quer que os Direitos Fundamentais individuais sejam compreendidos como normas regionais principiológicas, mas todo o catálogo dos Direitos Fundamentais como ordem axiológica objetiva”. Por outro lado, acredita que isto é

irracional e seduz ao comportamento decisionista com base em pré-compreensões valorativas privadas dos juízes. Isso também ignora que os valores são extremamente controvertidos na sociedade pluralista atual. Não em último lugar por esse motivo, os Direitos Fundamentais e humanos não são valores, mas normas. Por trás, deles encontram-se representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres de semblante humano. Mas assim que a constituição os positiva, eles são direito vigente, desvaloriza-os, paradoxalmente por essa mesma razão.

Müller²⁸⁷ acredita que a partir da positivação dos Direitos Fundamentais, estes passam a ter um caráter estatal-normativo, de sorte que os levar a sério significa respeitá-los, aperfeiçoá-los e implementá-los enquanto direito positivo.

A par de todas essas objeções que diminuem a teoria dos valores, há a possibilidade de revertê-las com o uso de “técnicas legitimadoras de racionalidade política, de fundo democrático, capazes de embargar a ditadura constitucional dos tribunais, isto é, o temido governo de juízes”, que culminaria em um desastre para a democracia. Para romper com esse desfecho, há que se incorporar à teoria axiológica a supremacia dos Direitos Fundamentais de quarta geração, que compreendem a democracia, a informação e o pluralismo; cuja função legitimadora obsta a dissolução do regime constitucional pelos “hermeneutas da concretização” seduzidos pelo poder ilimitado²⁸⁸.

Haverá, então, uma reforma de conceitos clássicos, que abarcam desde o

²⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. Teoria Moderna e interpretação dos Direitos Fundamentais, especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 7, 2003, p. 315-327.

²⁸⁷ MÜLLER, Friedrich. Teoria Moderna e interpretação dos Direitos Fundamentais, especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 7, 2003, p. 315-327.

²⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 629-631.

significado de Constituição até o de Direitos Fundamentais, separação de poderes, Interpretação, liberdade e proporcionalidade, culminando em uma nova compreensão Hermenêutica dos Direitos Fundamentais, cujas bases estabelecem a hegemonia destes com o “regime normativo que governa a organização do Estado e da Sociedade”²⁸⁹.

A Constituição, neste propósito, constituir-se-á em um sistema de princípios superiores que, a partir de sua unidade sistêmica, atuam em conformidade com a teoria material da Constituição e refletem uma Nova Hermenêutica²⁹⁰. À vista disso, a multilateralidade das relações certifica que os Direitos Fundamentais se irradiam, materialmente, por todas as camadas sociais e levam consigo um novo direito, aquele que dá azo ao Estado constitucional, “o direito da Constituição, da Sociedade, do sistema, dos princípios constitutivos que fundamentam uma República democrática de Direito, como a da Constituição de 1988”. Esses princípios abarcam a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a separação de poderes, entre outros essenciais à democracia, enquanto direito de quarta geração²⁹¹.

A separação de poderes, deste modo, move-se no âmbito dos Direitos Fundamentais. Todavia, são evidentes os abalos decorrentes dos obstáculos à concretização desses direitos e da controversa legitimidade entre judiciário e legislativo, acerca de quem deve dirimir as colisões de princípios constitucionais.

No contexto da Hermenêutica dos Direitos Fundamentais e no dilema de quem deve concretizá-los, é certo que uma “Sociedade sem constituição é uma sociedade sem liberdade”, de sorte que a garantia dos direitos e a separação dos poderes são as vigas que amparam essa liberdade e, por corolário, engendram o modelo de Estado constitucional²⁹².

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 629-631.

²⁹⁰ Diferentemente, “na Velha Hermenêutica *interpretava-se* a lei, e a lei era tudo, e dela tudo podia ser retirado que coubesse na função elucidativa do intérprete, por uma operação lógica, a qual, todavia, nada acrescentava ao conteúdo da norma”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 633.

²⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 634.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 640.

Portanto, o fato de as Constituições contemporâneas terem insculpidos conteúdo axiológico em seus textos, ou seja, ao ter positivados Direitos Fundamentais, torna-se importante analisar teorias que propõem uma Hermenêutica constitucional voltada aos Princípios, tendo como base a proposta por Alexy e também por Dworkin, até chegar a um modelo que se coadune com o direito penal e processual brasileiro e que vincule o Poder Judiciário, como meio de coibir ativismos imoderados, que possam corromper o paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.2 O NOVO PARADIGMA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Na doutrina, predomina que o movimento pós-positivista elevou os Princípios à condição de norma, de sorte a entender-se que antes estes não possuíam caráter normativo, servindo apenas de diretriz ou balizas que guiariam o juiz no momento de proferir a decisão, quando a solução não encontrasse respaldo no ordenamento jurídico. Ou seja, a antiga concepção de princípios gerais do direito²⁹³.

Deste modo, o ponto comum no paradigma da Nova Hermenêutica pós-positivista, é averiguar qual é o papel dos Princípios na proteção dos Direitos Fundamentais, de sorte que a primeira divergência entre Alexy e Dworkin está em estabelecer qual a natureza jurídica daqueles.

Para Alexy os Princípios são normas dotadas de valores positivados nas Constituições; de sorte que a norma passa a ser o gênero, do qual os princípios e as Regras são espécies; enquanto para Dworkin são “proposições que descrevem direitos, embora sejam derivados do Campo da moral como *standards* ou padrões de valores socialmente consagrados em uma comunidade de Princípios”, que irão interagir com o direito quando o juiz deparar-se com um caso difícil em que as normas ou a jurisprudência for insuficiente à resolução do caso concreto²⁹⁴.

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 548-549.

²⁹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

Nesse aspecto, tanto Dworkin quanto Alexy, autores que mais se concentraram no estudo de que na “compreensão do problema do conceito de princípio – existe uma diferença entre Regra (que evidentemente, também é norma) e os princípios”. Por outro lado, levarão em consideração pontos distintos para realizar essa diferenciação, em razão de que Alexy faz uma distinção estrutural, de natureza semântica; enquanto Dworkin faz uma distinção de natureza fenomenológica²⁹⁵.

De todo modo, não divergem os autores, o que será visto quando esmiuçada a teoria construída por cada um deles, que um dos fatores a distinguir os princípios das Regras é o fato de que sua não incidência em determinado caso concreto não o invalida para aplicação em outro, cujo contexto seja distinto daquele que originou seu afastamento. Igualmente, convergem quanto à aplicação das Regras, no sentido de que “se afastadas de um caso, devem, necessariamente, ser afastadas de todos os outros futuros”; exigência decorrente do Princípio da igualdade²⁹⁶.

Para a teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy²⁹⁷, o mais importante é a distinção entre Regras e Princípios; porque constitui a base da fundamentação jusfundamental e, para o autor, é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais. Essa distinção, na verdade, é o ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito desses direitos e, portanto, é um dos pilares do edifício da teoria dos Direitos Fundamentais. Neste propósito, conquanto todas as normas de Direitos Fundamentais tenham caráter de Princípios, algumas são concebidas essencialmente como princípios e outras têm natureza de Regra, o que conduz a aplicação da teoria dos princípios à teoria da norma jusfundamental.

Logo, tanto as Regras como os Princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Os Princípios, assim como as Regras, são razões para juízos

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 94.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 94.

²⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-98.

concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente. A distinção entre Regra e Princípio é, portanto, uma diferenciação entre dois tipos de normas; de sorte que dentre os critérios de distinção, têm-se o da generalidade. Logo, os Princípios são normas de um grau alto de generalidade; enquanto as Regras têm um nível relativamente baixo²⁹⁸.

Na perspectiva de Alexy²⁹⁹, as Regras são normas que, quando satisfazem o caso concreto, ordenam uma consequência jurídica definitiva, ou seja, quando cumprem determinadas condições, ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam fazer algo. Portanto, podem ser chamadas de mandamentos definitivos e aplicam-se na forma de subsunção.

Por outro lado, os Princípios são mandamentos de otimização³⁰⁰, de tal forma que são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Significa, então, que podem ser efetivados em diversos graus e que a medida de sua realização depende não tanto das possibilidades fáticas, quanto das jurídicas³⁰¹. Consequentemente, após o “processo de ponderação o Princípio considerado prevalente torna-se uma Regra a estabelecer um direito definitivo para aquele caso”³⁰².

²⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-83.

²⁹⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³⁰⁰ O princípio, no entanto, deixará de ser um mandamento de otimização para converter-se em um mandamento de maximização relacionado tão somente às possibilidades fáticas. Isso conduz à ideia de que os princípios, quando analisados em si ou isoladamente, é dizer, considerados independentemente de suas relações com outros princípios, tem o caráter de mandados de maximização. No entanto, dever-se-ia adicionar uma Regra de otimização relacionada à mandados de maximização ou completar a definição como mandado de otimização que abrangerá a coesão dos princípios. A definição de mandado de otimização é mais simples, todavia, não exclui quando conveniente, a adoção de uma perspectiva desde a qual os princípios possam ser considerados em si mesmo ou separadamente, como mandados de maximização. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 91. Os princípios podem ser realizados em sua medida máxima, desde que as suas condições fáticas e jurídicas, analisadas em cada caso concreto, sejam ideais. COMPARATO, Fábio Konder. As garantias institucionais dos direitos humanos. **Boletim dos Procuradores da República**, 40, 2001, p. 3-8.

³⁰¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³⁰² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principlológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em:

A propósito, a natureza dos Princípios como mandamentos de otimização, como proposto por Alexy, conduz diretamente à vinculação entre eles e a análise da proporcionalidade. O Princípio da proporcionalidade é peça chave à Nova Hermenêutica, consubstanciada na teoria material da Constituição, que por meio da dimensão objetiva e valorativa dos Princípios, busca concretizar os Direitos Fundamentais³⁰³. Ao encontro disto o Tribunal Constitucional alemão descreveu que a máxima da proporcionalidade é própria essência dos Direitos Fundamentais³⁰⁴.

Aliás, esse Princípio é composto por outros três subPrincípios, dentre os quais está o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu* (em sentido estrito), que expressam a ideia de otimização. Os Princípios da adequação e da necessidade³⁰⁵ estão relacionados com as possibilidades fáticas (circunstâncias específicas) da otimização relativa, cujo objeto é “evitar sacrifícios evitáveis”. Por outro lado, os sacrifícios podem ser inevitáveis quando os Princípios colidirem entre si, oportunidade em que a ponderação será imprescindível³⁰⁶.

A ponderação, deste modo, é o cerne do Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, porque expressa o significado da otimização em relação às possibilidades jurídicas³⁰⁷. As possibilidades jurídicas da realização de um Princípio estão determinadas, essencialmente, mais do que pelas Regras, mas pelos Princípios opostos; de sorte que os Princípios, na teoria de Alexy, dependem e

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³⁰³ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

³⁰⁵ Nessa perspectiva, o princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da ideia do optimal de Pareto, no sentido de que uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra. Isso, igualmente, aplica-se ao princípio da necessidade. A aplicabilidade do princípio da necessidade pressupõe, no entanto, que não haja um terceiro princípio ou finalidade, que seja negativamente afetado pela adoção dos meios intensivamente menos interferentes no outro princípio. Se esse arranjo de coisas surge, o caso não pode ser decidido por considerações relativas ao optimal de Pareto. Quando os custos forem inevitáveis, o balanceamento torna-se necessário. ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Ratio Juris, Colombia, v. 16, n. 2, p.131-140, jun. 2003.

³⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

requerem a realização de uma ponderação³⁰⁸.

Deste modo, acaso um Direito Fundamental com caráter de Princípio entre em colisão com um Princípio oposto, então a possibilidade jurídica de realização da norma de Direito Fundamental depende do Princípio oposto³⁰⁹. Aliás, “quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um Princípio, maior a importância de se satisfazer o outro”, demonstrando que a otimização relativa de Princípios concorrentes consiste em nada mais do que na ponderação destes, no sentido da lei de colisão, até que se obtenha uma decisão coerente com o caso concreto³¹⁰. A ponderação, então, na teoria proposta do Alexy, é a forma da aplicação dos Princípios.

A lei da ponderação é encontrada em formulações diferentes, nas manifestações da jurisdição constitucional, sendo a essência do balanceamento. No entanto, para analisar problemas complexos de Direitos Fundamentais, exige-se uma descrição mais precisa dessa estrutura do balanceamento, de sorte que para alcançar tal objetivo, necessário complementar a lei da ponderação. O resultado disto é a fórmula do peso trabalhada por Alexy, da seguinte forma:

$$W_{i,j} = I_i \cdot W_i \cdot R_i$$

$$I_j \cdot W_j \cdot R_j$$

O fato $W_{i,j}$ representa o peso concreto do Princípio P_i relativamente ao Princípio colidente P_j . A Fórmula do Peso define o peso concreto como o quociente de três fatores que, por assim dizer, se posicionam, em cada lado dos interesses em balanceamento. I_i e I_j são de especial importância. I_i representa a intensidade da intervenção sobre P_j . Da mesma forma, I_j , também, pode ser entendida como a intensidade de intervenção, ou seja, como a intensidade de intervenção sobre P_i , através da não intervenção em P_i . Já as variáveis W_i e W_j representam os pesos abstratos dos Princípios

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 75. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 112.

³¹⁰ A Lei do Balanceamento, que também pode ser chamada de lei da ponderação ou sopesamento, demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detrimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não-satisfação do primeiro. ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris, Colombia, v. 16, n. 2, p.131-140, jun. 2003.

colidentes P_i e P_j ³¹¹.

Quando os pesos abstratos (W_i e W_j) são idênticos, o que ocorre comumente em colisões de Direitos Fundamentais, elas se anulam, pois se compensam. No mais, os fatores I_i e I_j e também W_i e W_j vinculam-se à dimensão substantiva do balanceamento, enquanto R_i e R_j referem-se à confiabilidade dos pressupostos empíricos e normativos. A “confiabilidade das premissas é um fator que não se refere as coisas”, mas ao conhecimento em relação a elas, ou seja, à intensidade de intervenção e aos pesos abstratos. A inclusão deste fator à fórmula de peso é exigida em razão de uma segunda lei de ponderação, qual seja, a Regra epistêmica de balanceamento, segundo a qual “quanto mais fortemente uma intervenção pesar sobre um Direito Fundamental, maior deverá ser a certeza em relação a suas premissas subjacentes³¹².

A teoria dos Princípios é necessária para poder reconstruir um fenômeno bem conhecido e central para a relação entre direitos individuais e bens coletivos³¹³:

³¹¹ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

³¹² “O conceito de premissas subjacentes utilizado na presente formulação compreende premissas normativas, assim como premissas empíricas. As variáveis R_i e R_j devem, portanto, ser entendidas como a se referir a premissas normativas e também premissas empíricas”. Isso pode ser expresso pela equação $R_i = R_i^p \cdot R_i^n$, que pode ser denominada de equação da confiabilidade. ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

³¹³ “Esta definición pone claramente de manifiesto que la distinción entre derechos individuales u bienes colectivos no es tan fácil como puede parecer a primera vista. Es posible distinguir cuatro relaciones entre derechos individuales y bienes colectivos, que pueden recíprocamente combinadas de múltiple manera: (1) Un derecho individual es exclusivamente un medio para un bien colectivo. Una tal relación supone, por ejemplo, quien considera que el derecho a la propiedad es simplemente un medio para la obtención de la productividad económica. Una colisión entre el derecho y el bien colectivo queda excluida, pues, cuando el derecho pierde su carácter de medio o hasta impide la productividad, ya no existe ninguna razón para mantenerlo. Si todos los derechos individuales fueran sólo medios para bienes colectivos, no tendrían fuerza propia. (2) Un bien colectivo es exclusivamente un medio para derechos. De una relación la parte quien dice que la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal vale tan sólo para asegurar derechos individuales. Desde esta perspectiva, a colisión entre un derecho individual con el principio de la garantía de una aplicación eficaz del derecho penal es, en verdad, una colisión entre derechos individuales (es decir, de los principios que los garantizan). Si todos los bienes colectivos fueran exclusivamente medios para los derechos, habría tan sólo colisiones de derechos. (3) Un bien colectivo es una situación en la que valen o deben ser cumplidas las normas que otorgan derechos individuales. Si esto valiera para todos los bienes colectivos, no haría falta hablar de bienes colectivos. (4) Entre los derechos individuales y bienes colectivos no existen ni las relaciones medio/fin (1) o (2) ni la relación de identidad (3). Si los derechos individuales no tienen ningún carácter absoluto, entonces, bajo el presupuesto (4), as colisiones entre derechos

a colisão entre direitos individuais e bens coletivos, como também a sua solução dar-se-á por meio da ponderação³¹⁴. O fato de que um Princípio se refira a bens coletivos significa que ordena a criação ou a manutenção de situações que satisfazem, em uma medida mais alta possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade ou satisfação dos direitos individuais³¹⁵. No direito brasileiro isso corresponde à outorga a certos bens coletivos do *status* de direitos sociais ou de Direitos Fundamentais³¹⁶.

Dworkin³¹⁷, por sua vez, concebe o conceito de Princípio de modo estreito, ou seja, descreve-os como normas que podem ser apresentadas como razões para os direitos individuais, chamando-as de *policies*. Sem dúvida, a diferença entre bem coletivo e individual é importante, porém, é dispensável ligar o conceito de Princípio ao de direito individual. Ao tratar dos bens coletivos, o autor os concebem como uma questão de política e não de Princípio. Entrementes, deverão ser objeto de proteção pelo direito quando afetarem a diretriz “do ‘direito a igual consideração e respeito’ a que todo cidadão faz jus, sendo este o postulado que embasa a teoria da integridade” do autor³¹⁸.

individuales y bienes colectivos son colisiones entre objetos categorialmente diferentes. Las relaciones del cuarto tipo pueden coexistir con relaciones del primer al tercer tipo. Cuáles sean las relaciones que existan depende de la tesis sobre el contenido y el carácter de los derechos individuales y los bienes colectivos”. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 110. “Ejemplos de bienes colectivos son la seguridad interna y externa, la prosperidad de la economía, la integridad del medio ambiente y un alto nivel cultural”. Aliás, essa escala estende-se desde a saúde pública, ao abastecimento de energia, ao direito à alimentação e da liberdade na ordem democrática”. ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 186. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³¹⁴ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 184-185. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 110.

³¹⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111.

³¹⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

Deste modo, conquanto para Dworkin³¹⁹ os Princípios refiram-se à proteção dos direitos individuais, enquanto que a tutela dos bens coletivos esteja vinculada a diretrizes de ordem política ou de políticas públicas, cuja resposta é de responsabilidade do governo, “sempre que tal política atinja o Princípio da igualdade, nos termos em que concebe o autor, esta passa a ser uma questão de direito a ser decidida pelo Poder Judiciário”. Portanto, enquanto para Dworkin a igualdade pode ser concebida como um meta-valor no âmbito dos direitos; não o será para Alexy, em virtude de entender que todos os valores jusfundamentais se equiparam.

Essa distinção é interessante de ser vista em consonância com os ideais iluministas de liberdade e igualdade, como traz Luiz Cademartori³²⁰:

Enquanto Aléxy entende a liberdade e a igualdade como Princípios *prima facie*, dentre outros, de mesma posição hierárquica no ordenamento constitucional e passíveis de colisão, tal ideia fica afastada na concepção de Dworkin, segundo a qual a igualdade (*equal concern*) constitui-se na virtude suprema (*souvereign virtue*) da comunidade política, entendendo que a igualdade de consideração e respeito exige que o governo aspire a uma forma de igualdade material, por ele entendida como igualdade de recursos. Outrossim, é preciso ressaltar a total compatibilidade entre liberdade e igualdade, segundo Dworkin, pois ambas, como virtudes fundamentais que são, não podem entrar em conflito porque a igualdade sequer pode ser definida se não se pressupõe que a liberdade está no seu sítio. Nessa medida, a igualdade não pode ser melhorada no mundo real, através de políticas que comprometam o valor da liberdade. Para Aléxy, o conceito que exprime a harmonia a ser aspirada pela comunidade política não é o da igualdade e sim o da correção, dentro de um modelo eminentemente procedimento de argumentação jurídica.

Então, adentrando novamente ao modelo apresentado por Alexy³²¹, da diferença estabelecida de que as Regras são mandamentos definitivos seguem-se todas as demais distinções, como por exemplo, que os Princípios, como mandamentos de otimização, são realizáveis em diferentes graduações, enquanto que as Regras sempre podem ser realizadas ou não.

³¹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³²⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

³²¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 184-185. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

O termo ‘mandamento’ nas expressões ‘mandamento de otimização’ e ‘mandamento definitivo’ são utilizados em sentido amplo, abarcando também as permissões e as proibições. Ademais, expõe-se que todas as posições jurídicas são reduzidas a modalidades deônticas fundamentais. Por isso, pode-se dizer que os direitos individuais têm o caráter de mandamento de otimização ou de mandamento definitivo. Entrementes, na medida em que os direitos têm a característica de mandamentos de otimização, não se tratam eles de direitos definitivos, mas de direitos *prima facie*, mormente quando entram em colisão com bens coletivos ou com outros direitos, podendo ser restringidos. Somente os direitos consagrados como Regras poder-se-ão ser considerados como definitivos³²².

A bem da verdade, será ao redor da colisão de Princípios e do conflito entre Regras que se destacará a distinção entre essas duas espécies de normas. Isso porque os conflitos entre Regras são analisados dentro da dimensão de validade, de modo que somente serão solucionados quando ao introduzir em uma das Regras uma cláusula de exceção, esta eliminar o conflito ou declarar inválida, ao menos, uma delas. O conceito de validade jurídica não é graduável, porque uma norma vale ou não juridicamente. Então, em um conflito de Regras, quando não é possível a inclusão de uma cláusula de exceção, uma das Regras deve ser declarada inválida³²³.

As colisões entre Princípios, todavia, recebem tratamento diferenciado. De toda sorte, quando dois Princípios entram em colisão, um deles tem que ceder em relação ao outro; o que não significa declarar inválido um deles. Afinal, no caso concreto, os Princípios têm diferentes pesos, de sorte que quando há colisão³²⁴,

³²² ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 185. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³²³ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 88.

³²⁴ A solução da colisão consiste no fato de que se levando em consideração as circunstancias do caso, estabelece-se uma relação de precedência condicionada. A par disso, tomando em consideração o caso, indicam-se as condições sobre as quais um Princípio precede ao outro; podendo, inclusive, ser utilizada inversamente. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 92.

sobressair-se-á aquele que tiver maior peso³²⁵.

A propósito, a lei de colisão³²⁶ é um dos fundamentos da teoria dos Princípios, em razão de que o caráter destes como mandamentos de otimização, não estabelece relações absolutas de precedência e, igualmente, referem-se a ações e a situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem a base para diluir as objeções que resultam da proximidade da teoria dos Princípios com a teoria dos valores³²⁷. Isso porque, consoante Alexy, as normas de Direito Fundamental, neste vértice, mostram-se abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social³²⁸.

Como assevera Bonavides³²⁹ em relação à teoria proposta por Alexy, há uma “contiguidade da teoria dos Princípios com a teoria dos valores”, de modo que “se as Regras têm que ver com a validade, os Princípios têm muito que ver com os valores”. De fato, não existe texto normativo que contemple apenas uma Interpretação. Porém, a Interpretação conforme a Constituição é aquela que se amolda, harmoniza-se com a norma constitucional, elegendo frente a duas possibilidades, o significado que evite qualquer contradição entre a norma (independente de qual seja) e o conteúdo constitucional³³⁰.

No entanto, o argumento dos Princípios diz que o juiz, também no âmbito de abertura do direito positivo, isto é, do direito imposto e eficaz, está juridicamente ligado a esta de modo a criar uma vinculação necessária entre o direito e a moral.

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

³²⁶ Igualmente, é chamada de lei de ponderação ou de balanceamento.

³²⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 95.

³²⁸ CHAVES JÚNIOR, Aírto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de Regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. In: SOARES, Josemar Sidinei; *et al* (Org.). Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade. **Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália**. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

³²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 280.

³³⁰ CHAVES JÚNIOR, Aírto; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de Regras e princípios que tratam de direitos fundamentais. In: SOARES, Josemar Sidinei; *et al* (Org.). Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade. **Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália**. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Isso responde a afirmação do Tribunal Constitucional Federal na mencionada falha sobre a criação judicial do direito³³¹.

Nesse viés, há que se atentar em relação à ponderação, haja vista que grande parte dos agentes jurídicos utiliza a ponderação como único meio ‘justo’ de aplicação do Direito, que “em um Direito legislado e de Constituição escrita e que deve ser levada a sério, essa postura simplesmente contribui para destruir o sistema de Garantias da própria Constituição”³³². Afinal, como assevera Neves³³³ a compulsão ponderadora, pode subsumir à instalação de interesses marginais à democracia sob o disfarce retórico dos Princípios. Idêntica crítica é propalada por Streck³³⁴ em relação ao que denominou de pamprinciologismo,

uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou Regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álbi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.

Neste passo, a partir da positivação de valores, tem-se a circunstância facilitadora da criação de todo tipo de Princípio, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a identificação de tantos Princípios quantos necessários à correção das incertezas linguísticas e à resolução dos casos difíceis³³⁵ desenvolvida por Dworkin.

³³¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 74. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

³³² BRANDÃO, Paulo Tarso de. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão. In: CRUZ, Paulo Márcio; et al. O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia. 2016, 32-49p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016, p. 41.

³³³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e Regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 182.

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, 2012, p. 9.

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípios: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, 2012, p. 9.

Dworkin faz uma crítica ao positivismo e traz uma concepção acerca do direito, abrangendo sua relação com a filosofia política, moral e, principalmente, com a teoria da Interpretação, no que pertine ao dilema Princípios e Regras. A par disso, a construção de sua teoria acerca da Interpretação do Direito e da aplicação das Regras e dos Princípios aos casos concretos, parte da análise e crítica ao conceito de Direito desenvolvido por Hart. Entrementes, consigna-se que o desenvolvimento de sua teoria, tem como parâmetro os casos decididos pela Corte dos Estados Unidos e pela da Inglaterra, países que, diferentemente do sistema brasileiro, tem como base o *comon law*³³⁶.

Então, parte das proposições que formam o esqueleto do positivismo, segundo as quais: (a) o direito de uma comunidade é “um conjunto de Regras especiais³³⁷ utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”; (b) o conjunto de Regras é coextensivo com o direito, de modo que acaso nenhuma das Regras se coadune com o caso concreto, este deverá ser decidido pelo juiz, por meio de seu discernimento pessoal; e (c) constatar que alguém tem uma obrigação jurídica, corresponde a dizer que a situação enquadra-se em uma Regra jurídica válida; de sorte que na ausência de uma Regra válida, inexistente obrigação jurídica³³⁸.

Hart, no seu positivismo moderado, visando resolver o problema do fundamento do direito, reconhece as Regras como tipos lógicos diferentes, distinguindo-as em primárias e secundárias. As primárias relacionam-se com as Regras que “concedem direitos ou impõem obrigações aos membros de uma

³³⁶ *Comon law* - é o termo que “designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³³⁷ “Essas Regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com o seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas”. Esses testes de *pedigree* tem por fundamente averiguar se as Regras jurídicas são válidas ou espúrias ou de outras Regras sociais (agrupadas como ‘Regras morais’) que a comunidade segue, porém não faz cumprir pelo poder público. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27-28. Título original: *Taking Rights Seriously*.

comunidade”, tais como aquelas de direito penal; já as secundárias determinam como e por quem essas Regras serão “estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou revogadas”. Além disso, oferece uma teoria geral das Regras, cuja distinção entre elas, dar-se-á no sentido de que uma “Regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) porque é válida”³³⁹. Portanto, “o que determina a validade do direito em Hart é a compatibilização – dedutivistas, evidentemente – das Regras que determinam obrigações (primárias) com Regras secundárias”³⁴⁰.

A par disso, surge outra construção, no sentido de que as Regras primárias, em comunidades primitivas, são obrigatórias em decorrências das práticas de aceitação, não podendo afirmar-se que possuem um direito, mas Regras sociais. Agora, quando possuem Regras secundárias fundamentais que “estipulam como as Regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a ideia de um conjunto específico de Regras jurídicas e, com isso, a idéia de direito”³⁴¹. O remédio, então, para sanar a incerteza das Regras primárias é a introdução do que Hart denominou de Regra de reconhecimento³⁴². Por outro lado, o remédio em relação a sua qualidade estática consiste na introdução do que se denominou de Regras de alteração³⁴³. O terceiro complemento ao regime de Regras primárias, por sua vez, consiste em Regras secundárias que terão o condão de dar aos indivíduos poder para definir a forma mínima de julgamento³⁴⁴.

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31-34. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 470.

³⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 31-34. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴² A Regra de reconhecimento é a única Regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação. Essa Regra especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência de uma dada Regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma Regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ela exerce. A passagem do pré-jurídico para o jurídico pode acontecer em estágios distintos, dos quais o primeiro é a redução a escrito das Regras até então não escritas e o, segundo, é o reconhecimento de autoridade ao texto, ou seja, a eliminação da dúvida de que seja uma Regra. HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 104.

³⁴³ É aquela que “confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas Regras primárias para a condita da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as Regras antigas”. HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 105.

³⁴⁴ Essas Regras de julgamento estão em um patamar diferente das Regras primárias e, embora possam reforçar as Regras existentes que impõem deveres aos juízes para julgar, atribuem poderes judiciais e normas especiais às declarações judiciais acerca da violação de obrigações.

A propósito, Dworkin utiliza a versão de Hart acerca do positivismo para tecer sua crítica e formular sua distinção em relação às Regras e aos Princípios, que se aplicam particularmente aos casos difíceis. Isso porque, entende que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de Regras e que sua noção fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são Regras”, mas operam diferentemente, como Princípios, políticas e outros tipos de padrões³⁴⁵.

Igualmente como Hart, Dworkin considera que a diferença entre Princípios e Regras é de natureza lógica; de modo que os dois padrões se encaixam em decisões acerca da existência ou não de obrigação jurídica em relação ao caso aplicado. Entrementes, distinguem-se quanto à “natureza da orientação que oferecem”. Isso porque considera que as Regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada³⁴⁶. Afinal, considerados os fatos que uma Regra estipula, esta é válida, e a consequência que oferece deve ser aceita, ou não é válida. Além disso, a Regra pode comportar exceções, mas para que não seja imprecisa e incompleta deverá enumerá-las³⁴⁷.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 106.

³⁴⁵ Nessa perspectiva, considera política “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, ainda que negativos por estipular que um Estado deva ser protegido de mudanças adversas; enquanto denomina como Princípios, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴⁶ Esse tudo-ou-nada fica evidente se examinarmos o modo de funcionamento das Regras, não do direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma Regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma Regra do beisebol e decidir que um batedor errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma Regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da Regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a Regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da Regra. Se tomarmos por modelo as Regras do beisebol, veremos que as Regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido, se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma Regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins

Isso, no entanto, não funcionada com os Princípios, pois mesmo aqueles semelhantes às Regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”. De mais a mais, os Princípios possuem uma dimensão que as Regras não têm, qual seja, a dimensão do peso ou importância. Desse modo,

quando os Princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos Princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um Princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de Princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é³⁴⁸.

As Regras, contudo, não têm essa dimensão. Por corolário, pode-se dizer que “as Regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes”³⁴⁹. Nesse aspecto, uma Regra jurídica pode ser mais importante do que outra, em razão do papel que desempenha ser maior ou mais importante na regulação do comportamento. Porém, não se pode cogitar essa maior ou menor importância entre elas, enquanto partirem do mesmo sistema de Regras, de tal modo que na solução de um conflito, uma suplantará a outra em virtude de sua importância maior³⁵⁰.

O conflito entre Regras, na teoria de Dworkin é resolvido na declaração de invalidade de uma delas. Nesse propósito, a decisão declarará qual Regra é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada. De toda sorte, “um sistema jurídico também pode preferir a Regra que é sustentada pelos Princípios mais importantes”. Em razão disso, conclui que, em alguns casos, “Regras e Princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”. A par disso, percebe-se que

Fontes, 2002, p. 39-40. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-43. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁴⁹ Novamente, Dworkin traz como exemplo “a Regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a Regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira Regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43. Título original: *Taking Rights Seriously*.

palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, injusto’ e ‘significativo’ desempenham frequentemente essa função. Quando uma Regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de Princípios e políticas que extrapolam a [própria] Regra. A utilização desses termos faz com que essa Regra se assemelhe mais a um Princípio. Mas não chega a transformar a Regra em Princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de Princípios e políticas dos quais pode depender a Regra³⁵¹.

Precisa-se, deste modo, de um processo de avaliação mais minucioso quando termos, como os descritos acima, são omitidos do enunciado das Regras³⁵².

No mais, depois de traçar a diferença entre Princípios e Regras, Dworkin³⁵³, primeiramente, analisa o conceito de obrigação jurídica para descrever o papel dos Princípios frente à formulação das decisões jurídicas. Uma das orientações propõe o tratamento igualitário entre os Princípios e as Regras e diz que alguns deles possuem obrigatoriedade de lei, de sorte a serem levados em consideração quando da tomada da decisão pelos juízes; outra proposição nega a obrigatoriedade dos Princípios no mesmo sentido que são algumas Regras. Ao considerar essa segunda hipótese, o autor assevera que o magistrado utilizar-se-á de um ato de poder discricionário, que será aplicado *ex post facto*, ou seja, em casos futuros.

Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma Regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário³⁵⁴ e decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação. Aliás, quando um juiz poderá mudar uma Regra vigente? A resposta aparecerá de duas formas, de sorte que “na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança

³⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43-45. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43-45. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 46-49. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵⁴ “*Judicial discretion* – aqui traduzido por “poder discricionário do juiz”, mas a expressão tem um sentido mais amplo e se aplica igualmente às decisões de tribunais. No direito anglo-saxão, o conceito está associado à margem de liberdade que juízes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão. Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias do caso”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49. Título original: *Taking Rights Seriously*.

favorecerá algum Princípio; dessa maneira o Princípio justifica a modificação”. Na segunda, “um juiz que se propõe a modificar a doutrina deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, Princípios”³⁵⁵.

Por outro lado, não será qualquer Princípio que autorizará a mudança. Em razão disto, alguns Princípios demonstrar-se-ão mais ou menos importantes que outros. De todo modo, esse critério não fica à mercê das preferências pessoais do juiz, sob pena não poder se afirmar a obrigatoriedade de nenhuma Regra. Entrementes, Dworkin³⁵⁶, sustenta que é preciso que os juízes tenham poder discricionário quando estiverem diante de casos difíceis³⁵⁷. A propósito, nesses casos, o juiz continua a ter o dever de descobrir quais são os direitos das partes e não de inventar novos direitos retroativamente.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-60. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60-127. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵⁷ “Quando um juiz depara com uma decisão difícil, ele deve supor, antes de começar sua investigação, que em Princípio existem três possibilidades. O conjunto de padrões que ele deve considerar, tomados coletivamente, requer que sua decisão seja favorável ao demandante ou ao acusado, ou não exige nenhuma dessas decisões, mas permite qualquer uma delas. Ele deve igualmente reconhecer estar, em certa medida, incerto quanto a qual dessas três possibilidades realmente se aplica. Nesse caso, deve decidir com base na argumentação que lhe parecer mais forte. Essa incerteza pode dizer respeito tanto à terceira possibilidade como às outras duas. O direito poderia conceder-lhe um poder discricionário, no terceiro sentido, para chegar a qualquer dessas decisões. Porém, se isso ocorre ou não depende do significado que tenham essas informações jurídicas, quando tomadas em conjunto. É possível ter dúvidas se tais informações justificam essa conclusão ou qualquer uma das outras duas. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 111. Título original: *Taking Rights Seriously*. Afinal, “a discricionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, por isso é preciso entender mais de perto o problema envolvendo a crítica de Dworkin ao positivismo discricionário de Herbert Hart. Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco, um sentido forte e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder de escolha daquela autoridade à qual se atribui poder discricionário é determinado a partir da escolha ‘entre’ duas ou mais alternativas. Assemelha-se, portanto, à discricionariedade administrativa. A esse sentido, Dworkin acrescenta a distinção entre discricionariedade em *sentido fraco* e discricionariedade *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os que, em seu sentido forte, a discricionariedade implica a incontornabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Incontornabilidade da decisão nos padrões apresentados no exemplo das interceptações telefônicas. Nesse caso, *alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente*. Não pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento porque este está legitimado pela ideia de discricionariedade judicial”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

O certo é que “as leis e as Regras do direito costumeiro (*common law*) são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las aos novos casos” e, em algumas hipóteses, quando os problemas são novidades, estes não podem ser decididos nem mesmo com a ampliação ou reinterpretação das Regras existentes. Nesta hipótese, os juízes são autorizados a criar um novo direito³⁵⁸.

Nesse passo, Dworkin traz o Princípio da integridade³⁵⁹ como ponto chave em relação à jurisdição (ao julgamento), em razão de que impõe que as decisões proferidas pelas autoridades sejam coerentes³⁶⁰, no sentido de buscarem o que é justo e de modo imparcial.³⁶¹ A integridade para Dworkin pressupõe legitimidade a um sistema jurídico³⁶².

A relação entre a Interpretação e o Princípio judiciário de integridade, “instrui os juízes a identificar os direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada³⁶³”. Então, “o direito como integridade é o produto da Interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. Quando os juízes

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 128. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁵⁹ “A integridade em relação à concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em contas as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredito. Essas diferentes exigências justificam o compromisso com a coerência de Princípio valorizada por si mesma”. Sugerem o que Dworkin sustenta: “que a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203.

³⁶⁰ “A coerência de Princípio é uma questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente, no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. Um juiz que vise à coerência de Princípio se preocuparia, de fato, como os juízes de nossos exemplos, com os Princípios que seria preciso compreender para justificar leis e precedentes passados”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 163-164.

³⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 214.

³⁶² Dworkin diz que o direito como integridade é mais complexo e, por isso, não o compartimentaliza, solicitando aos magistrados que tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 301.

³⁶³ A ideia de integridade política personifica a comunidade como atuante, pois pressupõe que esta possa adotar, expressar e ser fiel ou infiel a seus próprios Princípios. O modo como a comunidade adota ou trai um Princípio faz parte da concepção do direito como integridade. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 208

têm de proceder à análise de casos difíceis, o direito como integridade pede-lhes que admitam que o direito, na medida do possível, “é estruturado por um conjunto coerente de Princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo”, solicitando que os juízes os apliquem aos novos casos que surgirem, de modo que a situação apresentada por cada pessoa seja justa e equânime no mesmo sentido que as normas³⁶⁴.

Dworkin entende que os juízes devem tomar suas decisões com base em Princípios e não em política, em razão de que estão diante do *common law*, apresentando “argumentos que digam porque as partes realmente teriam direitos e deveres legais ‘novos’ que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado”³⁶⁵.

Portanto, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de Princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação”, inclusive da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade³⁶⁶. Inevitavelmente, uma decisão será justa (ou seja, respeitará a integridade do direito) se fornecer uma resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso³⁶⁷.

Deste modo, parte do pressuposto que todo caso possui uma resposta correta³⁶⁸, isto é, a melhor possível e que garante integridade ao sistema jurídico.

³⁶⁴ Por mais que a justiça e a equidade sejam diferentes da integridade, ambas estão ligadas a ela. DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-314.

³⁶⁵ DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 292-293.

³⁶⁶ DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305.

³⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁶⁸ A resposta correta trabalhada por Streck, em Verdade e Consenso, traduz-se em uma resposta verdadeira, no sentido hermenêutico, em que se descreve “as coisas como acontecem, sendo que esse sentido depende do horizonte no qual ele pode dar-se, graças à abertura ou ao encobrimento próprio da existência. Os conceitos jurídicos (enunciados linguísticos que pretendem descrever o mundo, epistemologicamente) não são o lugar dessa ‘explicitação, que, hermeneuticamente, não se contenta com essa fundamentação de caráter universal, porque nela – essa resposta – há um

“Essa resposta correta funciona como um modelo ou como um norte para a atividade do juiz, pois seria necessário um trabalho sobre-humano para se chegar a ela”³⁶⁹. Então, para apresentar a resolução da Interpretação realizada em relação aos casos difíceis, Dworkin³⁷⁰, imagina que essa resposta correta poderia ser alcançada por um juiz, que ele denominou de Hércules³⁷¹.

Disto surge dois tipos de argumentos que poderiam ser invocados, em tese, para se solucionar os casos difíceis: argumentos de orientação política e argumentos de Princípio. A par disso, Dworkin traz uma distinção fundamental entre esses argumentos. O primeiro justifica uma decisão política, mostrando que esta fomenta ou protege o interesse coletivo de uma comunidade; enquanto, no segundo, justificam uma decisão política, corroborando que esta respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Todavia, repisa-se, Dworkin defende que as decisões proferidas em casos civis devem ser fundamentadas em Princípios e não em políticas.³⁷² Streck³⁷³, esclarece que

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos

elemento *a priori*, uma ‘espécie de universo antepredicativo ou pré-conceitual que aí é abordado e pretende aí ser expresso’ (essa é a tarefa da interpretação, que explicita esse compreendido). Em outras palavras, a resposta correta é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolvermos a ideia do que significa fundamentar, do que significa justificar”. De todo modo, Streck menciona que a resposta correta como a que propõe na obra *Verdade e Consenso*, “a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), guardadas, a toda evidência, as especificidades/particularidades dos modelos de direito do *common law* e *civil law*, deve ser entendida como uma metáfora. A resposta correta é uma metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 449-450.

³⁶⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

³⁷¹ “Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, como Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura”. A teoria Dworkiniana não desonera o juiz, aplicador do direito, dos discursos de fundamentação. Isso, como traz Streck, é o que faz a diferença. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 485.

³⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129-132. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 485.

de Princípios e não de políticas³⁷⁴, não é porque esses Princípios seja ou estejam elaborados previamente, à disposição da 'comunidade jurídica' como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. ele deve decidir por Princípios). É preciso compreender que essa 'blindagem' contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”.

Segundo Dworkin, um Princípio é um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou de imparcialidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade³⁷⁵. Na prática, “por causa da exigência de integridade, apenas os argumentos de Princípio podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem se comprometer a democracia”³⁷⁶.

Aliás, Dworkin³⁷⁷ considera a Constituição como fundamento para criação de outras leis e, portanto, a Interpretação dos casos difíceis consubstanciada na avaliação dos Princípios concorrentes naquele caso concreto, não pode distanciar-se de seus fundamentos. De toda sorte, as questões de Princípio, segundo o direito como integridade, formam o direito constitucional.

Ao contrário das Regras, os Princípios comportam exceções à sua aplicação que não estão relacionadas previamente à hipótese de sua incidência no caso concreto. Isso porque, qualquer outro Princípio pode, abstratamente,

³⁷⁴ “Um exemplo de *argumento de política*, nestes casos, é aquele que justifica a necessidade do decreto prisional na gravidade delitiva e no *aumento da criminalidade*. Ora, o problema da criminalidade e da violência passa pelo enfrentamento de políticas de bem-estar e de gestão da segurança pública. Em ambos os casos estamos fora do âmbito de atuação do Poder Judiciário. Portanto, não há juridicidade em um argumento como esse, apto a autorizar a decretação de uma prisão cautelar”. In: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

³⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁷⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 454.

representar uma exceção à aplicação de um Princípio.³⁷⁸ Evidente, inclusive considerando a concepção de integridade, que um Princípio só possa “excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os *discursos* de aplicação podem apresentar tal fundamentação”³⁷⁹.

Nesse sentido, “o juiz fará uma Interpretação considerando uma relação de concorrência entre os Princípios e não uma tensão entre direitos ou de contraditoriedade, pois os Princípios podem ser concebidos como independentes entre si”³⁸⁰.

Esses Princípios são independentes, e considerá-los contraditórios seria um grave mal-entendido da lógica dos Princípios. Não é incoerente reconhecê-los como Princípios; pelo contrário, qualquer ponto de vista moral seria falho se negasse um dos dois impulsos. Em alguns casos, porém, vão entrar em conflito, e a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em num nível mais profundo de moral política³⁸¹.

Ao contrário de Alexy, a concorrência entre os Princípios na proposta de Dworkin³⁸² não pressupõe uma gradação, mas uma cessão, na hipótese concreta, de um Princípio perante outro, por meio de exceções de aplicação, de sorte que “um dos dois Princípios deve ceder *nestas circunstâncias*”. Aliás, “o que move essa decisão é a exigência contingente de prosseguimento da jurisdição e do processo, ligada à integridade do direito”. Dworkin, coloca sua situação como intérprete, no sentido de que lhe é exigido que:

“encontre um lugar, em qualquer Interpretação geral de nossa prática jurídica, para os dois Princípios abstratos [...]. Nenhuma Interpretação geral que negasse qualquer um deles seria plausível; a integridade não poderia ser atendida se um deles fosse totalmente desautorizado. Mas a integridade

³⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41. Título original: *Taking Rights Seriously*.

³⁷⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 289.

³⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 320-321.

³⁸² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 321-322.

exige alguma forma de solução para o impacto desse conflito [...].

Com efeito, a compreensão de solução do conflito de Princípios proposta por Dworkin³⁸³, relaciona-se com o conceito de direito por ele apresentado, que é inerente às sociedades contemporâneas que se caracterizam pelo pluralismo:

O direito não se exaure em nenhum catálogo de Regras ou Princípios, cada um com seu próprio domínio sobre alguma arena separada do comportamento. [...] O império do direito é determinado pela atitude, não pelo território, ou pelo poder, ou processo. [...] Ele é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva endereçada à política no sentido mais amplo. É uma atitude de protesto que torna cada cidadão responsável por pensar o que os compromissos públicos de sua sociedade são em Princípio, e o que estes compromissos exigem em novas circunstâncias. O caráter de protesto do direito (...) almeja, no espírito interpretativo, assentar Princípio sobre a prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a fé correta no passado. É, finalmente, uma atitude fraternal, uma expressão de como nós estamos unidos em comunidade, apesar de divididos em projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer maneira, o que o direito é para nós, para o povo que nós queremos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter.

É, portanto, uma atitude fraternal, “uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós”, para o povo que nós buscamos ser e para a comunidade que nós pretendemos ter³⁸⁴.

A bem da verdade, nas sociedades pluralistas, a democracia somente será levada a sério se considerarmos que os Princípios jurídicos são expressão dessa diversidade e, por isso estão no mesmo patamar, sem o estabelecimento de uma hierarquia entre eles³⁸⁵.

De mais a mais, a questão inquietante é como solucionar a tensão entre Princípios expressos na Constituição? Dever-se-á atentar à resolução do caso concreto, respeitando o contexto do Estado Democrático de Direito, de modo que a jurisdição constitucional não se afaste das Garantias consagradas e que a

³⁸³ DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

³⁸⁴ DWORKIN. Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 492.

³⁸⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

imparcialidade impere para que haja a integridade do direito, não só como visa Dworkin, mas toda a sociedade.

É preciso construir, portanto, “a partir de um processo de Interpretação das práticas jurídicas – o argumento que mostre a Constituição em sua melhor luz”, como propõe Streck³⁸⁶. Aliás, como assevera Dworkin³⁸⁷, “o vício das más decisões está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos estão falhos”. Dessa forma, numa análise crítica das decisões judiciais: “é ingênuo tentar coibir os vícios das más decisões através de um procedimento universal a ser seguido por todos os juízes no momento em que decidem os casos constitucionais”³⁸⁸.

Com efeito, as teorias propostas por Dworkin e Alexy remetem a um constitucionalismo principialista, ou seja, marcado: a) por uma espécie de dogmatismo e absolutismo moral conexo com o constitucionalismo concebido como cognitivismo ético; b) pela debilidade do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; c) pelo ativismo judicial e enfraquecimento da sujeição dos juízes à lei e da certeza do direito, que, por sua vez, exaurem as fontes de legitimação da jurisdição. Por consequência, como assevera Ferrajoli³⁸⁹, o constitucionalismo garantista será o que melhor convergirá à edificação de um projeto normativo, voltado à construção de Garantias idôneas e instituições de Garantias, mediante políticas e leis de atuação, assim como concebe um novo paradigma do direito e da democracia.

Por isso, é importante a construção de uma Hermenêutica para o direito brasileiro, principalmente, em relação à Interpretação dispendida quanto às Garantias processuais e penais consagradas na Constituição.

2.3 EM BUSCA DE SEGURANÇA JURÍDICA: A NECESSIDADE DE

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

³⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O Direito de Liberdade**. Leitura moral da Constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 132.

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

³⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Roma III, n. 34, p. 16-53, 2011.

CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA PARA O DIREITO PROCESSUAL E PENAL BRASILEIRO

A carência em relação a uma Teoria da Constituição adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, fez com que fossem recepcionadas, equivocadamente, algumas teorias importadas de outras culturas. Um dos equívocos, como propõe Streck³⁹⁰, é a ponderação proposta por Alexy. Isso porque, na versão à brasileira, pondera-se sem critérios, como assevera o autor:

“[...] será que algum juiz ou tribunal no Brasil já se preocupou em determinar a Regra de Direito Fundamental atribuída quando opera com a ponderação? Será que qualquer um deles já aplicou tal Regra a outros casos similares? A resposta é óbvia: não há um caso a retratar esse tipo de aplicação. A própria ponderação é uma ficção. É uma máscara para esconder a subjetividade do julgador. De todo modo – para concluir o raciocínio anterior – é bom lembrar que até Alexy é explícito ao afirmar que os Princípios, quando afastados da aplicação em um caso específico, podem voltar com densidade normativa forte em outros casos futuros. As Regras a terem como modo de aplicação a subsunção, ou valem ou não valem: se excluídas de um caso, devem ser, necessariamente, excluídas de outros futuros”.

O que Streck³⁹¹ pretende ressaltar é que, ao se fazer “uma distinção estrutural entre ‘Regra-Princípio’ e jogá-la no âmbito da semântica, são possíveis sempre vários resultados, que nem sempre serão aqueles que apontaram para a concretização dos direitos”, por exemplo, o modo como a razoabilidade e a proporcionalidade podem propiciar resultados distintos para casos semelhantes. Isso demonstra o problema da distinção estrutural em relação à legitimidade democrática, porque promove “o sujeito solipsista da modernidade e o problema do ‘controle de sentidos’ (semânticos), culminando na não concretização dos direitos, na medida em que esta fica entregue ao protagonismo judicial. O resultado é uma jurisprudência constitucional que, muitas vezes, apresenta-se fragmentário; tanto que “num mesmo julgamento, ministros diferentes, fundamentando sua posição na ponderação, chegaram a resultados totalmente diferentes³⁹².”

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 548.

³⁹² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

Em Dworkin, a integridade e a coerência são formas de amarrar o intérprete, evitando a arbitrariedade, a discricionariedade e o decisionismo³⁹³. Aliás, se a Hermenêutica e a teoria integrativa de Dworkin não se preocupassem com a decisão, estas admitiriam várias respostas para cada problema jurídico. No entanto, como bem coloca Streck³⁹⁴

Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve preocupar-se com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode aceitar é que, para alcançar esse juízo decisório, sejam possíveis juízos discricionários, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo.

De toda forma, não é a imperatividade da lei (juiz boca da lei) ou a “criatividade (ilimitada) do intérprete que se constituem como inimigos da autonomia do direito” e da democracia, mas, sim, as condições pelas quais se dá a atribuição de sentido no ato interpretativo-aplicativo³⁹⁵.

A era dos Princípios constitucionais é corolário não só do surgimento de diversos textos constitucionais, “mas, fundamentalmente, decorrentes de uma revolução paradigmática ocorrida no direito” –, em que “parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los *um sucedâneo dos Princípios gerais do direito* ou o ‘suporte dos valores da sociedade’”³⁹⁶.

Deste modo, positivaram-se os valores, como bem diz Streck, facilitando a criação de todo tipo de Princípio, inclusive colocando-os como se o paradigma do Estado Democrático do Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, no sentido de que a extração de Princípios fosse a solução adequada à resolução de todo tipo de casos difíceis ou à correção das incertezas da linguagem³⁹⁷.

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 489.

³⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 482.

³⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 518.

Percebe-se das decisões judiciais, uma proliferação de Princípios, que pode resultar no enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), uma vez que parcela considerável (desses ‘Princípios’) é convertida em discursos com pretensões de correção e, por vezes, em álibi para que as decisões superem os próprios limites semânticos do texto constitucional. Está-se diante de um fenômeno cunhado por Streck³⁹⁸ como ‘pamprincipiologismo’. Na aferição desse tipo de adequação, o intérprete deve rechaçar essa principiologia e na ausência de um Princípio, pode criá-lo³⁹⁹; consequência disto, tem-se enunciados que travestidos de Princípios, constituem uma espécie de supraconstitucionalidade. A problemática está em que muitos desses Princípios constitucionalizados são incompatíveis com a Constituição⁴⁰⁰.

De todo modo, não se pode compactuar com argumentos que afastem o interprete do conteúdo da lei – democraticamente legitimada – consubstanciado em uma suposta “superação da literalidade do texto legal”. Isso porque literalidade e ambiguidade são conceitos que devem ser analisados dentro de um contexto e é isso que a Hermenêutica deve enfrentar, em razão de que podem culminar “em argumentos despistadores, como o da ‘superação’ da literalidade da lei” e que venham a esconder e comprometer o pacto democrático⁴⁰¹.

Essa é a trilha do neoconstitucionalismo⁴⁰², cujo percurso leva à

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538-539.

³⁹⁹ Como por exemplo, pode-se citar o Princípio da confiança do juiz da causa, do fato consumado, da moderação, da cooperação processual, que não passam de criações arbitrárias com pretensões corretivas. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 579.

⁴⁰⁰ Como exemplos de “princípios” que sequer possuem status constitucional, tem-se o de que “não há nulidade sem prejuízo”, “verdade real”, “íntima convicção” e correspondem a enunciados que vão de encontro às garantias penais e processuais insculpidas na Constituição do Brasil de 1988.

⁴⁰¹ Como insiste dizer Streck: “literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a “dobra da linguagem”, vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da “superação” da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

⁴⁰² Os pontos comuns que se pode destacar das teorias neoconstitucionalistas são: 1) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada “modelo prescriptivo de Constituição como norma”; 2) a defesa da tese segundo a qual o direito é composto (também) de Princípios; 3) a adoção da técnica interpretativa denominada “ponderação” ou “balanceamento”; 4) a

“jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, temperada por elementos provenientes da ponderação alexyana”. A par dessa teoria ter representado um grande passo à afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, culminou por impingir uma recepção acrítica da Jurisprudência do Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy⁴⁰³ e do ativismo judicial norte-americano, propalado por Dworkin⁴⁰⁴.

Diz-se, dessa forma, porque “o Brasil ingressou tardiamente nesse novo mundo constitucional”, semelhantemente à realidade europeia, que antes da segunda metade do século XX desconhecia a concepção de constituição normativa⁴⁰⁵. Destarte, após quase três décadas da Constituição de 1988 e considerando a realidade do direito brasileiro, necessário reconhecer que os atributos desse neoconstitucionalismo “acabam por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição”, principalmente, em relação aos direitos de liberdade⁴⁰⁶.

Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalistas defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como: *neoprocessualismo* e *neopositivismo*. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem um direito justo (*vide*, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual)⁴⁰⁷.

consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 79.

⁴⁰³ Que, como trabalhado neste capítulo da dissertação, cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35

⁴⁰⁵ Portanto, falar de neoconstitucionalismo implicava ir além de um constitucionalismo de feições liberais – que no Brasil, sempre foi simulacro em ano intercalados por regimes autoritários – em direção a um constitucionalismo compromissório, de feições dirigentes, que possibilitasse, em todos os níveis, a efetivação de um regime democrático em *terrae brasilis*. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

Para Streck⁴⁰⁸, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, uma superação – no plano teórico-interpretativo – do *paleojuspositivismo*⁴⁰⁹ (Ferrajoli), na medida em que nada faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta, ou seja, da Jurisprudência dos Valores.

Streck⁴¹⁰ reconhece ser incongruente continuar a utilizar a expressão ‘neoconstitucionalismo’ para mencionar aquilo que ele pretende demonstrar como a “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”, até porque este ao contrário de “representar uma solução ao problema da decisão, propicia ainda um protagonismo judicial”. A par dessa reflexão, o autor considera ser melhor nominar de “Constitucionalismo Contemporâneo”⁴¹¹ “o movimento que desaguou nas

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

⁴⁰⁹ “o neoconstitucionalismo não é uma superação do *paleojuspositivismo*, mas os neoconstitucionalistas acham que é. Nesse ponto, Ferrajoli tem razão (ele é contra o neoconstitucionalismo – porque o neoconstitucionalismo de que ele fala é o dos axiologistas, valorativistas, que acham que estão superando o velho positivismo, o primitivo). STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37. No paradigma paleo-positivista do Estado liberal, a lei, qualquer que fosse seu conteúdo, era a fonte suprema e ilimitada do direito. Em efeito, no imaginário dos juristas, e menos ainda no senso comum, não existia a ideia de uma lei superior à lei em condições de vincular os conteúdos da atividade legislativa. Esta onipotência da lei desaparece com a afirmação da Constituição como norma suprema a que todas as demais estão rigidamente subordinadas. Deste modo, diferentemente do paleo-positivismo rebatido por Ferrajoli, essa mudança quanto à validade da lei, demonstra que o direito resta positivado não só no *ser*, ou seja, em sua existência, mas também no *dever ser*, isto é, na sua condição de validade; igualmente, não só no *quién* e no *como* das decisões, mas no que deve ser decidido, ou seja, a lesão dos direitos de liberdade ou, ao contrário, no que deve ser decidido, isto é, a satisfação dos direitos sociais. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 33.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁴¹¹ Também é importante consignar que a ideia de um *neoconstitucionalismo* pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Entrementes, nos termos em que o constitucionalismo vem sendo utilizado, representa para Streck uma nítida contradição, uma vez que se a intenção é expressar um direito novo, “fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36-37.

constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*". Nesse sentido, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa

um redirecionamento no praxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos Princípios) e na teoria da Interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).

No entanto, "essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se devolve o constitucionalismo". Afinal, "o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e a garantir o exercício da cidadania"⁴¹².

A propósito, o Constitucionalismo Contemporâneo, agrega ao direito temas que antes se colocavam à margem da discussão pública, tais como, "a política, representada pelos conflitos sociais, os Direitos Fundamentais sociais historicamente sonogados e as possibilidades transformadoras da sociedade a serem feitas *no* e *a partir* do direito"⁴¹³. Em razão disto, a compreensão do que se entende por Constitucionalismo Contemporâneo implica o necessário entendimento acerca da relação existente entre a Constituição e a jurisdição constitucional⁴¹⁴.

Assim, em razão do embate entre Constitucionalismo Contemporâneo e o positivismo (em todas as suas vertentes) e o que isso representa a uma sociedade carente de realização de direitos como a brasileira, é importante discutir a questão metodológica representada pela

tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 433.

⁴¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da indeterminabilidade e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém dos positivismos exegético, fático e normativista, cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito objeto⁴¹⁵.

A par disso, necessário compreender que o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como corolário um efetivo crescimento no nível de “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas hipóteses de aplicação”. Deste modo, à proporção que crescem os litígios em busca dos Direitos Fundamentais e que o constitucionalismo, por meio de “preceitos e Princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes”⁴¹⁶.

Corolário disso, percebe-se que quanto mais minguia a liberdade de conformação do legislador em contraponto ao crescimento do espaço destinado à jurisdição constitucional, é necessário construir mecanismo para o controle democrático da aplicação (judicial) das leis. Afinal, evidente que “textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de Direitos Fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas”⁴¹⁷.

De toda sorte, há que se observar esses pontos a partir da conexão entre a concretização de direitos⁴¹⁸ e o Estado de Democrático de Direito, o que implica a

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 58.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴¹⁸ “A falta de concretização das Constituições programáticas demandou uma reformulação na teoria dos Princípios, representada pelo abandono do chamado critério fraco de diferenciação (que considera Princípio e Regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades semânticas) para a adoção do critério forte de distinção, onde Princípios assumiam estrutura lógica diferente daquela que identificava a Regra. Isso colocou os Princípios sob o manto metodológico da ponderação (enquanto que a Regra se mantinha na subsunção!), permitiu novas possibilidades para os Princípios e não demorou muito para que estivessemos falando em aplicação direta mediante ponderação controlada pela proporcionalidade”. O problema é que a

superação da ilusão provocada pelas várias formas de positivismo jurídico e que distanciaram a discussão jurídica das questões concretas da sociedade. Como bem coloca Streck⁴¹⁹:

Implica também afirmar que o significado da Constituição e do constitucionalismo depende da avaliação das condições de possibilidade para a compreensão desse (s) fenômeno (s). A (pretensa) plenipotenciariade da Regra – como fonte e pressuposto do sistema – cede lugar aos textos constitucionais, que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e Social) de Direito. Implica, assim, introduzir o ideal de vida boa, abrindo espaço para a institucionalização da moral no direito produzido democraticamente, a partir daquilo que denominou de “positivação dos Princípios”.

A partir disso, tem-se um direito legitimador das relações de poder, que busca transformar a sociedade, até porque o direito em relação aos paradigmas do Estado Democrático de Direito, é um instrumento de transformação, visto que “regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de Direitos Fundamentais-sociais”⁴²⁰. Percebe-se, deste modo, que o fenômeno do neoconstitucionalismo propiciou o “surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição” rígida⁴²¹, com o propósito, como assevera Guastini⁴²² de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.

Desse modo, a discussão sobre o papel da jurisdição constitucional no

percepção inicial de que os Princípios não continham densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da panprincipiologia, mas fez com que os Princípios elevassem o grau de decisionismo. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 576.

⁴¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59-60.

⁴²¹ Uma Constituição é rígida se e somente se, em primeiro lugar, é escrita; em segundo lugar, está protegida (ou garantida) contra a legislação ordinária, no sentido de que as normas constitucionais não podem ser derogadas, modificadas ou anuladas se não for mediante um procedimento especial de revisão constitucional (mais complexo do que o procedimento de formação das leis). Por essas razões, haverá dois níveis hierárquicos de legislação: a ordinária e a constitucional, porém a última prevalece sobre a ordinária. GUASTINI, RICCARDO. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 50-51.

⁴²² GUASTINI, RICCARDO. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49.

Estado Democrático de Direito, o novo constitucionalismo é um ambiente fértil para o surgimento de várias teorias, cuja finalidade no Campo jurídico é “superar o modelo de Regras, resolver o problema da incompletude das Regras, refundar a relação ‘direito-moral’, solucionar os ‘casos difíceis’ (não ‘abarcados’ pelas Regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes)”. O atual texto constitucional brasileiro, rompe com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), a partir de uma perspectiva dirigente e compromissória, no sentido de buscar construir um Estado Social⁴²³.

O objetivo das diversas teorias jusfilosóficas é buscar resposta para a seguinte questão: como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades sem cair em decisionismo e discricionariedades do intérprete (especialmente juízes)? Afinal, a nova relação entre direito e moral e o que se denomina de autonomia do direito, deslocam o problema da legitimidade para outro fator: as condições interpretativas⁴²⁴.

Logo, a importância disto decorre do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito que propiciou a superação do direito enquanto sistema de Regras, que somente se tornou possível com a introdução de “Regras (preceitos) e Princípios – produzidos democraticamente – introduzidos no discurso constitucional”⁴²⁵. Guastini⁴²⁶, sublinha que a constitucionalização é mais acentuada nos ordenamentos nos quais – conforme a doutrina dos juristas e a jurisprudência dos tribunais constitucionais – existem Princípios constitucionais (expressamente formulados ou meramente implícitos) que não podem ser modificados de modo algum: nem mediante procedimento de revisão constitucional, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴²⁷. Frisa o autor que o

⁴²³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 60-66.

⁴²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁴²⁶ GUASTINI, RICCARDO. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 51.

⁴²⁷ O art. 60 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu parágrafo 4º, dispõe que: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

conjunto de Princípios imutáveis é o que muitos denominam de Constituição material. Por isso que, por a rigidez estar formalmente estabelecida, a importância da Corte Constitucional está em assegurar um controle das leis em conformidade com o texto constitucional.

Entretanto, em virtude da dificuldade em se definir as diversas posturas do pós-positivismo, é mais fácil compreendê-lo a partir das teorias contemporâneas que pretendem superá-lo e privilegiam o problema da (in)determinabilidade do direito e as relações entre o direito, a moral e a política, dentre as quais estão as teorias da argumentação, a Hermenêutica, as teorias discursivas. Casalmiglia, traz que a maior preocupação que se deve ter é com a indeterminação do direito em relação à resolução dos casos difíceis. Afinal, os casos fáceis resolver-se-iam com a simples aplicação das Regras vigentes, enquanto os difíceis adentrariam em um terreno desconhecido, em razão de que “as fontes do direito não oferecem respostas a muitos problemas” e necessita-se de conhecimento para resolver os casos, o que aproxima o positivismo ao sujeito solipsista⁴²⁸, como define Streck⁴²⁹.

Por corolário, o pós-positivismo, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, deverá ser compreendido pelo constitucionalismo compromissório e transformador social, que Streck denomina de Constitucionalismo Contemporâneo, mas sem uma contribuição impactante à “superação do protagonismo judicial presente naquelas posturas críticas do formalismo jurídico do final do século XIX (Escola do Direito Livre, Jurisprudência dos interesses e Jurisprudência dos valores)”⁴³⁰.

Portanto, o Constitucionalismo Contemporâneo, como propõe Streck, deve romper com o positivismo, o que implica afirmar que a separação entre direito e moral, a tese das fontes sociais e, principalmente, a discricionariedade são

⁴²⁸ O sujeito solipsista é aquele que Streck define como a consciência encapsulada que deixa o juiz no momento da tomada da decisão e que, igualmente, coaduna-se com a afirmação “decido conforme a minha consciência. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 58-59.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-64.

⁴³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64-65.

“componentes que afastam qualquer forma de positivismo do Constitucionalismo (Contemporâneo)”. A separação do direito da moral, em razão de terem superado o paradigma da filosofia da consciência; a discricionariedade por ser intrínseca ao subjetivismo (sujeito-objeto) e incompatível com o Estado Democrático de Direito e, por fim, a ideia das fontes sociais está superada em virtude de que, no âmbito da Constituição, um preceito fundamental deve apontar para o futuro⁴³¹.

É inegável, deste modo, que “a noção de Constitucionalismo teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada”. Por consequência, essa “publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, espaço que vem a ser ocupado pelos Princípios”. Isso denota que a Constituição altera a teoria das fontes que alicerçava o positivismo e isto propõe uma nova teoria da norma, de sorte que por trás de cada Regra haverá um Princípio, que não a deixará se “desvencilhar do mundo prático. Haverá, nesse esteio, um rompimento com a subsunção, com o modelo sujeito-objeto, abrindo espaço a um novo modelo interpretativo”⁴³².

A partir disso e das consequências que o papel interventivo da jurisdição constitucional representa a qualquer teoria jurídica, esta deve “buscar condições para: a) a concretização de direitos – afinal, a Constituição (ainda) constitui – e, b) ao mesmo tempo, evitar decisionismo, arbitrariedades e discricionariedades (espécies do mesmo gênero, o positivismo) interpretativas”, o que é o cerne da discussão Hermenêutica⁴³³.

No entanto, na luta pela implementação dos textos constitucionais, diversos países reconhecem como Princípios o da concordância prática ou da harmonização⁴³⁴, da conformidade funcional ou da justeza⁴³⁵ e da força normativa

⁴³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66-67.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁴³⁴ Em determinado contexto, a aplicação de um Princípio não pode implicar o sacrifício total de outro. Seria a possibilidade de acomodar direitos fundamentais para que todos tenham uma eficácia ótima. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 537.

da Constituição⁴³⁶, embora todos estes colaborem para a harmonização das normas constitucionais, também é certo que citados Princípios são critérios hermenêuticos trabalhados, por exemplo, por Hesse e Bonavides, que vislumbram um mundo prático para além do paradigma solipsista⁴³⁷.

Como a teoria dos Princípios de Alexy implica uma continuidade dos velhos Princípios gerais, Streck⁴³⁸, por sua vez, propõe a “tese da descontinuidade”, segundo a qual se entende que os Princípios constitucionais instituem um mundo prático no direito (o que é diferente da razão prática *stricto sensu*), fazendo com que o juiz tenha o dever de decidir de forma correta. Trata-se, nessa perspectiva, do “dever de resposta correta, correlato ao Direito Fundamental de resposta correta” que defende. Isso porque, como também preconiza Dworkin, “a normatividade assumida pelos Princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem Hermenêutica contra discricionarismos judiciais” e que é diversa da operação semântica que se dá com a teoria dos Princípios de Alexy. Esses Princípios retiram seu conteúdo normativo da vivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade e, por isso, são elevados ao status da constitucionalidade.

Nessa linha, os Princípios não existem em razão da autoridade da Constituição que os instituiu, mas em virtude de que “a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto uma carga principiológica que já se manifestava no seio de nossa comum-unidade”.

De todo modo, nessa nova perspectiva Hermenêutica, qual a distinção válida que se deve ter entre Regras e Princípios? Primeiramente, é salutar registrar que as críticas feitas à distinção entre “Regras e Princípios e ao conceito semântico

⁴³⁵ Por esse Princípio, a aplicação judicial não pode subverter as repartições funcionais estabelecidas na Constituição. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 537.

⁴³⁶ Por ele, deve-se sempre considerar uma eficácia ótima às normas constitucionais. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538.

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 537-538.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 540.

de norma têm a preocupação, no plano de uma teoria do direito comprometida com a decisão jurídica”⁴³⁹.

Por corolário, é necessário lembrar que para Streck⁴⁴⁰ “a palavra ‘norma’ representa o produto da Interpretação de um texto, isto é, o produto da Interpretação da Regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”. Nessa concepção, se sempre há um Princípio atrás de uma Regra, a norma será o produto dessa Interpretação, razão porque Regras e Princípios não podem ser espécie, da qual a norma seria o gênero. Ou seja, não podem ser atributo da normatividade, como propõe Alexy.

Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma e, máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso. E como resolvemos os casos jurídicos? Resolvemos a partir de Princípios e Regras que determinarão a obrigação jurídica a ser cumprida pelas partes. Portanto, os Princípios e as Regras são como condições de possibilidades da normatividade e não o *contrário* (a normatividade como condição de possibilidade de Regras e Princípios)⁴⁴¹.

A par disso, “não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são Princípios e o que são Regras. A norma é o produto da Interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude”. Nessa perspectiva que Streck, considerando também a concepção de Dworkin, insiste em considerar que: “norma é um conceito interpretativo e não conceito semântico”⁴⁴².

A proposta que traz Streck⁴⁴³ de se fazer apenas a distinção e não a cisão entre Regras e Princípios, decorre da teoria integrativa de Dworkin, em relação ao caráter unificador dos Princípios, por serem o marco da autonomia do direito. A par disso, “as Regras não acontecem sem os Princípios. Os Princípios sempre atuam como determinantes para a concretização do direito e, em todo caso concreto, eles

⁴³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 547.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 549.

⁴⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 549-550.

⁴⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 550.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 562.

devem conduzir para determinação da resposta adequada”. Logo, a resposta correta provém dos Princípios, porque “as Regras constituem modalidades objetivas de solução dos conflitos”. Isso porque

elas Regram o caso, determinando o que deve ou não ser feito. Os Princípios autorizam esta determinação; eles fazem com que o caso decidido seja dotado de autoridade que – hermeneuticamente – vem do reconhecimento da legitimidade.

A resolução para a busca da resposta correta está em descobrir o Princípio que institui legitimamente a Regra do caso. Neste contexto, em razão da universalidade, abstratidade e generalidade dispendida às Regras, é ela quem abre a Interpretação, exatamente pelo seu caráter universalizante, cuja pretensão é “abarcas todos os casos e, na verdade, não abrange nenhum, sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica”⁴⁴⁴.

A propósito, o Princípio é o elemento instituidor, que dá existência a Regra, mas hermeneuticamente, diante da “impossibilidade de cindir a Interpretação e aplicação e em face da antecipação de sentido que sempre é condição de possibilidade para que se compreenda, torna-se impossível ‘isolar’ Regra e Princípio”⁴⁴⁵. Não se está, como pondera Streck⁴⁴⁶, a criar a Hermenêutica, pois os Princípios são o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo.

No Brasil, há necessidade de uma teoria da Constituição adequada às suas especificidades e de uma atuação interventiva da jurisdição constitucional equidistante do ativismo judicial⁴⁴⁷, que como bem coloca Streck⁴⁴⁸ é “praticado às

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 562-563.

⁴⁴⁵ A *applicatio*, que tanto trabalha Streck é exatamente o modo de demonstrar que o ato interpretativo não pode ser cindido. E ele não é cindido porque somente se dá na concretude, no mundo prático, *locus* dos Princípios. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 564-565.

⁴⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 567-568.

⁴⁴⁷ É complexo definir os limites entre ativismo e judicialização ou judicialismo, mas é clara a distinção entre os termos. Isso porque, um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando substitui o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrado, nos julgamentos colegiados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado, como por exemplo, o deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional. A judicialização ocorre, por exemplo, nos casos de ausência de efetividade da prestação das políticas públicas. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**:

avessas em *terrae brasiliis*”, contribuindo sobremaneira para a ineficácia e até a subversão dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, para se pensar o sentido da Constituição, deve-se partir de uma Teoria da Constituição adequada às necessidades inerentes a um país periférico como o Brasil, interligando-a com a Teoria do Estado. Na verdade, além disto, trata-se de compreender que “a especificidade do Campo jurídico” implica, essencialmente, em “entendê-lo como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade. Direito é ciência prática, aplicativa. E no topo do ordenamento está a Constituição”. Consequência disto, no Estado Democrático de Direito, a justiça constitucional assume um lugar de destaque e o direito pós-segunda guerra mundial assume novos contornos e um elevado grau de autonomia⁴⁴⁹.

De toda sorte, um sistema que reflete a vertente do constitucionalismo garantista e caracteriza-se também pela positivação dos Princípios aos que devem submeterem-se à produção normativa; revelando o desnível normativo e as divergências entre normas constitucionais sobre a produção e normas legislativas produzidas, impondo o reconhecimento do direito ilegítimo, inválido por ação ou omissão, quando se produza uma violação de seu dever ser jurídico⁴⁵⁰.

Aliás, concebe-se como um sistema de limites e vínculos impostos pelas constituições rígidas a todos os poderes e garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre seu exercício: de limites impostos na garantia do Princípio da igualdade e dos direitos de liberdade, cuja violação pela ação dá azo a antinomias, ou seja, a leis inválidas que devem ser anuladas pela intervenção judicial; de vínculos impostos essencialmente em garantia dos direitos sociais, cujo descumprimento pela omissão abre espaço à lacunas que devem ser colmatadas

constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 589.

⁴⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. são Paulo: Saraiva, 2012, p. 72.

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 926-927.

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Roma III, n. 34, p. 16-53, 2011.

pela intervenção legislativa⁴⁵¹.

Reconhece, portanto, à ciência jurídica uma normatividade forte, corolário das constituições rígidas, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que um Direito Fundamental constitucionalmente estabelecido, deve ser levado à sério em relação à Constituição e, em consequência, não deve permitir a existência de normas contraditórias a estes. Pois, o contrário, promoverá o surgimento de antinomias e abrirá espaço à criação de lacunas fictícias que são o mote para que a Interpretação da norma se dê no Campo da exceção.

Com efeito, o direito deve ser compreendido a partir desse grau de autonomia, não se podendo mais falar em separação (cisão) entre direito e moral, afinal, “a moral não corrige o direito”, deixando de lado a dicotomia Estado-sociedade e elevando as conquistas democráticas ao nível do direito. Em razão disto, as Constituições são normativas e possuem força vinculante, o que culmina em reconhecer que uma lei somente será válida se estiver em consonância com a Constituição. O “texto da Constituição é sempre examinado a partir da relação ‘texto-norma’, isto é, a norma é o produto da Interpretação do texto”⁴⁵².

Aliás, essa relação é importante para esclarecer que, a Hermenêutica que se adequa ao direito brasileiro é aquela de cunho garantista e não a da Teoria dos Princípios (Constitucionalismo Principialista), em razão de que a primeira é a que permite que se estabeleça um paradigma de segurança jurídica quando da Interpretação da norma penal e processual penal.

⁴⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Roma III, n. 34, p. 16-53, 2011.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 927-928.

CAPÍTULO 3

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NO CAMPO DA EXCEÇÃO: A PARADOXAL PROVIDÊNCIA JURÍDICA NO CAMPO DO DIREITO PENAL COMO FORMA LEGAL DAQUILO QUE NÃO TEM AMPARO NORMATIVO

3.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito é fruto da evolução histórica do Estado de Direito, um modelo organizado que surgiu e erigiu-se a partir da época da ilustração, como resposta as reivindicações de caráter socioeconômico, ético e cultural, que culminaram na positivação dos Direitos Fundamentais. Porém, para se chegar até esse modelo de Estado, importante analisar às formas que o antecederam, para que se possa distingui-lo daqueles, especialmente, do modelo totalitário.

A par disso, Elías Díaz introduz o tema asseverando que “no todo Estado es Estado de Derecho”. Por certo que todo Estado cria e utiliza um Direito, ou seja, produz normas jurídicas. Logo, é difícil pensar, na atualidade, em um Estado sem Direito, sem um ordenamento jurídico, porém para o autor não basta um sistema legal para se falar em Estado de Direito. Isto implica – em condições exaustivas – submissão do Estado ao Direito, a seu próprio Direito, regulação e controle dos poderes e toda atuação do Estado por meio das leis, criadas segundo os procedimentos, por vezes abertos; com livre participação popular e respeito inclusive aos Direitos Fundamentais em consonância com a sua organização institucional. Repisa-se, deste modo, que o Estado de Direito é aquele consubstanciado no império da lei como expressão da vontade geral, contrapondo-se a qualquer forma de Estado absoluto e totalitário⁴⁵³.

Nesse viés, os textos jurídicos da época medieval, conquanto tenham

⁴⁵³ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 17.

estabelecidos alguma proteção jurídica, tratavam-se de decretos e cartas outorgadas emanadas voluntariamente da vontade dos monarcas, sem que houvesse intervenção legislativa do povo, ou seja, o sentido era a proteção dos monarcas, de sorte que não se pode considerá-los como manifestações de um Estado de Direito⁴⁵⁴.

A propósito, pode-se citar, como exemplo, o Decreto de Alfonso IX nas Cortes de León de 1188, na Espanha, e a Magna Carta do rei Juan II de 1215, na Inglaterra. Esses documentos de concessão unilateral de direitos serão superados por outros que, já no contexto do pensamento político liberal, serão encontrados na Idade Moderna, como antecedente válido do que depois será o Estado de Direito. A representação deste, dar-se-á com o inglês Bill Of Rights de 1689, que foi uma convenção firmada entre o rei e o povo (representado pelo Parlamento), razão porque embora já previsse Garantias, estas eram insuficientes e careciam de força normativa⁴⁵⁵.

Dessa forma, o Estado de Direito deu seus primeiros passos com os textos jurídicos que constituem a Declaration of Rights do Estado da Virgínia em 1776, ou seja, a Declaração de Independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, cujo conteúdo foi formulado e aprovado pelos representantes do povo reunidos em Convenção (assembleia), ou seja, diferente dos anteriormente citados, não foi uma carta outorgada por nenhum soberano, tão pouco um pacto realizado entre o rei e o povo⁴⁵⁶.

Isso denota que a representação política moderna, muito diferente do que se praticava na Idade Média, foi resultado da Constituição Americana e da Revolução Francesa, em que se tem uma representatividade global, seja ela nação ou povo, considerada como um todo, sem divisões internas⁴⁵⁷.

Essas etapas conduzirão à formalização do sistema político liberal nos termos do Estado de Direito, cujo processo começa a se realizar no século XIX

⁴⁵⁴ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 26.

⁴⁵⁵ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 26-27.

⁴⁵⁶ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 27.

⁴⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

depois da difusão do ideário político da Revolução Francesa, que marcou o fim do antigo regime absolutista e dos privilégios feudais, com o começo dos Estados Liberais⁴⁵⁸.

Logo, esse movimento que se erigiu na França em 1789 mostrava uma renovação das estruturas sociopolíticas, a instauração não só de um novo governo, “mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura”. Em verdade, pode-se dizer que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão representa muito mais do que um atestado de óbito do antigo regime, mormente porque o caráter abstrato e geral de suas fórmulas transformam-se em “uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos⁴⁵⁹.”

Neste momento, o Estado passa a submeter-se a um controle jurídico. As ideias de controle jurídico⁴⁶⁰, de regulação da atividade estatal e de limitação do poder do Estado pela submissão à lei, são o cerne do conceito de Estado de Direito em relação à proteção à pessoa humana e aos seus Direitos Fundamentais⁴⁶¹.

O Estado de Direito, assim como concebido, é uma forma de Estado, um modelo de organização que foi surgindo e construindo-se nas condições históricas da modernidade como resposta a certas demandas, necessidades, interesses e exigências da realidade, de caráter socioeconômico e, unido a ele (como sempre ocorre), também de caráter ético e cultural⁴⁶². Por consequência, representa a institucionalização jurídico-política da democracia, ao converter em legalidade

⁴⁵⁸ Existem precedentes imprecisos acerca da ideia do império da lei desde a antiguidade, idade média e antigo regime. A antiguidade Grega tinha esse ideal de lei sobre o domínio despótico, porém isso não chegou a se institucionalizar. Igualmente, é inconcebível na Idade Média a ideia de Estado de Direito, até porque nesta sequer pode-se falar em Estado absoluto, mas apenas da existência de senhores feudais e de propriedade dotadas de poder absoluto com relação ao povo. A limitações recíprocas de poder entre monarcas, senhores feudais e a Igreja, amparam-se em critérios éticos, religiosos e sociais e não em critério estritamente jurídicos. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 23-27.

⁴⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118-132.

⁴⁶⁰ O controle jurídico não é o único que se apresentou como limitador aos poderes do Estado, em razão de que, em todas as épocas, até nos absolutistas cujo poder aparece limitado por um sistema de crenças religiosas (lei eterna de Deus) ou de exigências morais. A par disso, que antes do controle jurídico não se pode falar em Estado de Direito, mas absolutos. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 18.

⁴⁶¹ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 17-18.

⁴⁶² DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho**. V. I. Cajica: México, 2002, p. 219.

(Constituição, normas) o sistema de valores que evidenciam a legitimidade democrática. Logo, a democracia é parte desse mundo moderno que procede da ilustração, ou seja, faz parte desse processo histórico avaliado desde a razão e a liberdade⁴⁶³.

Logo, ao estruturar, não sem conflitos ou sem contradições, toda essa evolução histórica e os diferentes modelos de Estado de Direito, ter-se-á alguns componentes, mecanismos, procedimentos, valores que foram e devem ser considerados como fundamentais, básicos e imprescindíveis para que se possa falar do Estado de Direito, tendo como características comuns: a) o império da lei⁴⁶⁴; b) a divisão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário⁴⁶⁵; c) controle de legalidade dos atos administrativos⁴⁶⁶; d) proteção dos direitos e liberdades

⁴⁶³ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁶⁴ O império da lei se sobrepõe sobre os governantes e os cidadãos, porque como prevê o artigo 6º da Declaração Francesa de 1789, “la ley es la expresión de la voluntad general”, o que quer dizer que a lei é criada com a livre participação e representação do grupo social para a qual é destinada, ou seja, para todos. Por consequência, o império da lei é também o império da lei fundamental, isto é, da Constituição da qual se subordinam as demais leis do ordenamento jurídico. Logo, o império da lei produzida como livre expressão da soberania popular é condição necessária e imprescindível para uma eficaz proteção hoje das liberdades e direitos fundamentais. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁶⁵ Como traz Elías Díaz a divisão de poderes é mais uma diferenciação entre eles (estabelecimento de limites e funções) do que uma separação, com predomínio do Poder Legislativo, em razão de ser o representante legítimo do poder constituinte e, constituído como poder parlamentar, é quem produz as demais normas jurídicas. A instituição que representa a soberania popular é quem ministra a legalidade e a legitimidade à instituição que exerce a ação governamental. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁶⁶ A administração deve atuar segundo as leis em todos os seus órgãos e níveis (poder executivo), assim como consequente e eficaz controle pelos órgãos constitucionais e jurisdicionais: controle jurídico frente aos Tribunais Constitucionais de Justiça e interdição sobre as arbitrariedades, com respeito estrito ao Princípio da legalidade e suas implicações por todos os funcionários e servidores do Estado. O Estado de Direito é o estabelecimento de limites e controles legais (e legítimos) a todos os poderes e, em especial, ao executivo, à administração e ao governo. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

fundamentais, principalmente em relação às Garantias processuais e penais⁴⁶⁷. Nos regimes totalitários, absolutistas, ditatoriais⁴⁶⁸, suprimem-se todas essas propostas, aspirações, Garantias e instituições próprias do Estado de Direito⁴⁶⁹.

Consequentemente, os Estados que queiram ampararem-se e legitimarem-se sob o manto do Estado de Direito, deverão adequar rigorosamente

⁴⁶⁷ A proteção de direitos e liberdades fundamentais constituem a própria razão de ser do Estado de Direito. Há certas garantias jurídicas (penais, processuais e de todo tipo), assim como a efetiva realização material das exigências éticas e políticas, públicas e privadas, especificadas e ampliadas no tempo como direitos econômicos, sociais, culturais e de outra espécie que defendam os interesses das minorias (ley del más débil, como escreve Luigi Ferrajoli), constituem a base de para uma progressiva igualdade e dignidade entre todos os seres humanos. O Estado de Direito, hoje, não se restringe e nem deve, a uma concepção de que se defina e reconheça-se pela simples e só proteção das liberdades que derivem da segurança jurídica (nem mesmo na versão liberal desta). Afinal, a separação e redução levará de fato ao próprio falseamento e negação da tão buscada universalidade de tais direitos. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁶⁸ O caso que ocorreu na Venezuela, em março do corrente ano, quando o Tribunal Supremo de Justiça (TSJ), controlado pelo chavismo, decidiu destituir a Assembleia Nacional (equivalente ao Congresso brasileiro), de maioria oposicionista, de suas competências, por estar em situação de "desacato", segundo definira a corte suprema venezuelana no ano passado, após o descumprimento de várias sentenças por parte do Parlamento; representa um modelo ditatorial que não se coaduna com o paradigma do Estado de Direito. Afinal, o papel do Parlamento, conforme determina a sentença, de número 156, será ocupado pela Sala Constitucional do TSJ, de modo a garantir o "Estado de direito". Entre outros argumentos, o tribunal alega que a Assembleia deu posse a três dos quatro deputados do Estado do Amazonas (sul do país) cujas investiduras tinham sido impugnadas pela justiça. Há dois dias, o Supremo retirou dos deputados oposicionistas a imunidade parlamentar e outorgou atribuições especiais a Maduro em questões de ordem penal, militar, econômica, social, política e civil. "Estou recebendo um poder especial para defender a institucionalidade, a paz, a união nacional, e rechaçar as ameaças de agressão ou intervencionismo contra o nosso país. Esta é uma decisão histórica", disse o presidente. O Supremo, que assumiu a tarefa de invalidar as decisões que vinham sendo tomadas pelo Parlamento, deixa os deputados Popular, representa um precedente negativo nesse processo. Em janeiro, o parlamentar foi detido por suposta posse de armas de guerra. Diante dessa acusação, o vice-presidente do país, Tareck El Aissami, instou os tribunais a adotarem uma punição com "todo o peso da lei". Para a Unidade Democrática, esse caso vem se somar à lista já existente de presos políticos do país. 'Com a sentença que extingue a imunidade parlamentar dos deputados, poderemos ter novos casos como o de Gilber Caro. É algo grave', comentou para o EL PAÍS a advogada Laura Louza, diretora da ONG Acesso à Justiça". CASTRO, Maolis. Oposição da Venezuela denuncia golpe de Estado após o Supremo anular os poderes do Parlamento: Poder foi dividido entre o Judiciário e o Governo do presidente venezuelano Nicolás Maduro. **Jornal El País**. 30 mar. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/30/internacional/1490848414_081004.html>. Acesso em: 20 jun. 2017. Aliás, as últimas notícias denotam que a Constituinte de 30 de julho do corrente ano, não foi reconhecida pelos Chanceleres da América, em razão da flagrante ruptura da ordem democrática naquele país e também pela violação sistemática dos direitos humanos. Esses elementos inclusive são o fundamento para que a Venezuela seja suspensa do Mercosul. Igualmente, para que a Organização do Estados Americanos (OEA) intervenha para que haja a restauração do Estado Democrático de Direito.

⁴⁶⁹ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho**. V. I. Cajica: México, 2002, p. 221-222.

suas normas jurídicas e suas atuações fáticas às exigências de ética política e às Regras práticas de funcionamento e organização derivadas da liberdade e da responsabilidade de todos, tanto dos governantes como dos cidadãos. Assinala-se, no entanto, que a quem em última e decisória instância se dirige o Estado de Direito é precisamente ao próprio Estado, a seus órgãos e poderes, a seus representantes e governantes, obrigando-os enquanto tais, a atuarem em consonância com as normas jurídicas, com o império da lei, com o Princípio da legalidade, no mais estrito submetimento ao marco institucional e constitucional⁴⁷⁰.

Nesse sentido, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que marca a citada revolução, prega que “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”⁴⁷¹. Por essas razões, repisa-se, que Elías Díaz⁴⁷² assevera que nem todo Estado é Estado de Direito. Isso porque, se a Garantia não está assegurada, não há Constituição, não há Estado constitucional e nem Estado de Direito⁴⁷³.

A partir disso, destaca-se as quatro zonas: Estado, Sociedade, Economia e Direito, como propõe Elías Díaz⁴⁷⁴, como as implicações mais importantes do início desse processo histórico que tem na Revolução Francesa seu momento mais

⁴⁷⁰ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. *In: Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho*. V. I. Cajica: México, 2002, p. 222-223.

⁴⁷¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

⁴⁷² DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 27-28.

⁴⁷³ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. *In: Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho*. V. I. Cajica: México, 2002, p. 226.

⁴⁷⁴ Sob a perspectiva política, está representado pela passagem do estado absoluto (antigo regime) para o Estado liberal e, posteriormente, ao Estado constitucional (institucionalizado, inicialmente, como Estado de Direito); b) no plano sociológico, é fruto da profunda mudança de uma sociedade estamental (dividida em feudos e composta pela nobreza, clero, burguesia) a uma sociedade classista (burguesa, proletariado), com a expressão de um novo modo de produção e da grande diferença de posição das muitas classes sociais que o compõe; c) sob o ponto de vista da economia, mostra-se as transformações que vão desde o esgotamento do velho sistema feudal e união ao poderoso modo capitalista de produção, consubstanciado na acumulação privada; e, d) no campo jurídico, trata-se do trânsito – desde um direito desigual para indivíduos desiguais (inerentes dos regimes absolutistas) à consagração do direito à igualdade para indivíduos desiguais. Porém, anota Díaz, que este direito é coerente e potencializa a igualdade com amplo reconhecimento e garantia de um grande número de liberdade e direitos fundamentais a todos os cidadãos. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. *In: Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho*. V. I. Cajica: México, 2002, p. 226.

relevante e simbólico, em que se manifesta a dupla participação da democracia⁴⁷⁵. Afinal, ao longo dos séculos XIX e XX essas diferentes fases serão imprescindíveis para distinguir quando estar-se-á diante de um Estado de Direito e, para tanto, passa-se a analisar o Estado Liberal, em razão de ser o precursor, até se chegar ao Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal de Direito, tem a seu favor: a organização do quadro jurídico e institucional para uma identificação legal-racionalista de Estado e para o reconhecimento e garantia, ainda que desprotegida, de direitos e liberdades. No entanto, dentre as suas deficiências, estão: a) a aparência de um Estado abstencionista, despreocupado com os direitos sociais, econômico, culturais vinculados às necessidades básicas da saúde, educação, vida, trabalho, segurança para as grandes maiorias; embora intervencionista em prol da propriedade privada e a prevalência das posições liberais receosas e até contrárias ao sufrágio universal; b) o individualismo, consubstancia-se no seu caráter elitista, com a exclusão do proletariado e de outros grupos sociais, movimentos e partidos políticos de cunho socialista, assim como é marcado pela ascensão e consolidação do poder da burguesia, de seus direitos e liberdades; c) a consolidação da propriedade privada individual, como base do sistema de produção que virá a ser chamado de capitalista (economia competitiva, de livre mercado, baixos salários, subconsumo, pobreza); e d) a declaração de direitos e proteção jurídica das liberdades e Direitos Fundamentais, civis e políticos (de pensamento, expressão, religião, participação pública ainda que com restrições), Garantias penais e processuais, cujo alcance não

⁴⁷⁵ Essa ideia de dupla participação da democracia se vincula em sua gênese e formação histórica às melhores manifestações das ideias humanistas com raízes ambas na filosofia da modernidade e da razão ilustrada (iluminismo). No humanismo é o homem, os seres humanos, homens e mulheres, quem fazem e devem, a história e quem, por sua vez, constitui o objetivo, a finalidade da história: protagonismo, por assim dizer, nas decisões e também nos resultados, correlacionado a essa dupla participação democrática e com ela se inter-relaciona. O que na modernidade vem progressivamente ganhando terreno e, por um lado, essa exigência maior de participação por parte de cada vez mais amplos setores, de um maior poder de criação em todos os âmbitos da ação humana (Renascimento, Racionalismo, inclusive – com maior acento voluntarista – algumas tendências reformistas) e também, portanto, no campo da criação das normas jurídicas e na tomada de decisões políticas, intimamente ligadas a eles, dando sentido a tal presença e intervenção, está, por outro lado, a constante e progressiva afirmação e defesa dos direitos humanos entendidos nesse tempo como direitos naturais (superação do jusnaturalismo teológico pelo jusnaturalismo racionalista), ou seja, como metas e conteúdos apesar de todas as deficiências e insuficiências, para essa inicial restrição, mas insuprimível participação nos resultados. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. *In: Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho*. V. I. Cajica: México, 2002, p. 224-225.

era apenas “de” e “para” a burguesia, porque em razão das pressões e das exigências sociais eram concedidos também aos indivíduos de classes inferiores⁴⁷⁶.

Não obstante as insuficiências do liberalismo, principalmente, em relação ao individualismo e ao apoio à burguesia capitalista, enquanto símbolo da modernidade frente ao espírito absolutista, a insistência no Estado Liberal quanto à submissão de todos à legalidade, incluindo os governantes e, conseqüentemente, a afirmação de ser a lei um produto da soberania de toda a nação e não uma decisão pessoal de um ditador ou monarca absoluto; e a luta pelos direitos e liberdades do homem, constituíram aportações válidas para esse processo de democratização e de reconhecimento como Estado de Direito⁴⁷⁷.

Ainda assim, como assevera Elías Díaz⁴⁷⁸, seria necessária uma mudança nas condições propostas pelo Estado Liberal, a fim de que o Estado de Direito e a incipiente democracia pudessem alcançar os menos favorecidos e avançar até uma generalização dessas exigências e também a sua contemplação no aspecto econômico, social e cultural.

Por outro lado, certamente, o direito moderno, aquele do Estado Liberal de Direito, nasce para o Direito Penal, como Estado de direitos mínimos dirigidos a organizar, como tutela dos direitos de liberdade e de imunidade, duas espécies de respostas à dor sofrida, correspondentes aos objetivos justificadores do direito penal, nos quais se identificou o paradigma do direito penal mínimo⁴⁷⁹: a minimização da dor imposta aos indivíduos nas relações entre eles, através das proibições e a sanção como delito das ofensas produzidas aos direitos dos demais; e a

⁴⁷⁶ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho**. V. I. Cajica: México, 2002, p. 227-229.

⁴⁷⁷ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 28-29.

⁴⁷⁸ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho**. V. I. Cajica: México, 2002, p. 229.

⁴⁷⁹ O que Ferrajoli traz como direito penal mínimo é o sistema de normas idôneas com o fim de garantir a dupla minimização da violência e da dor aplicada: pelos delitos e pelas penas. Isso porque, o direito penal se justifica, se e somente se previne e minimiza, por meio de suas normas primárias ou substanciais, as ofensas e os sofrimentos aplicados pelos delitos e, através de suas normas secundárias ou processuais, as ofensas e sofrimentos aplicados pelas relações punitivas aos delitos. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 125.

minimização da dor aplicada pelo Estado sob a forma de penas, por meio dos limites a estas impostos pelos direitos de liberdade, principalmente, ao quanto ao poder de punir, ou seja, de definir como crime o exercício das liberdades fundamentais ou comportamentos inofensivos e, em segundo lugar, por meio dos limites impostos pelas Garantias processuais⁴⁸⁰.

Por corolário, com a intenção de superar as insuficiências do Estado Liberal⁴⁸¹, o Estado Totalitário se concretiza e institucionaliza a ideologia fascista, tecendo sua crítica em relação a dois pontos: no individualismo e no abstencionismo estatal, com a concepção de que o individualismo é substituído por um transpersonalismo e organização social (todo indivíduo dentro da sociedade representa seu papel fundamental nela); paralelamente, o abstencionismo estatal será substituído por um Estado de estrutura totalitária⁴⁸².

Na realidade, o fascismo jamais constituiria uma autêntica superação do liberalismo, senão um falseamento dos piores defeitos e inconvenientes destes, agravados com a organização totalitária do poder⁴⁸³.

A tese de um Estado ético no fascismo italiano e a ideia de comunidade ao modo do nazismo alemão seriam como concretizações históricas dessa despersonalização da sociedade e do Estado, dessa autêntica comprovação do

⁴⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 124.

⁴⁸¹ A ruptura do Estado Liberal em defesa do Estado Totalitário, configura-se como características oposta ao Estado de Direito, mormente porque no lugar do império da lei, encontrar-se-á a imposição da vontade de um ditador. Neste sentido, a lei deixa de surgir de um órgão democrático e representativo para converter-se em decisão de um chefe absoluto. Além disso, implica o uso e a exaltação da violência e do terror como sistema de controle, assim como a eliminação das minorias dissidentes que criticam o sistema (na Alemanha, cita-se o caso dos judeus). A ideologia fascista, no intento de superação do individualismo liberal, traz a teoria da sociedade organicista e transpersonalista, em que o indivíduo é absorvido pela grandeza que é o Estado e, também, o nacionalismo, como exaltação da raça ou da comunidade. A cultura e a filosofia, por sua vez, constituem-se em uma explícita defesa da filosofia irracionalista. O totalitarismo fascista tem uma íntima conexão com o capitalismo, considerado inclusive como uma manifestação tardia do capitalismo, porém, diferentemente do liberalismo, utiliza a violência para instituí-lo. Com isto, apresenta-se como opositor ao socialismo e, conseqüentemente, apresenta seu caráter antidemocrático. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 45-79.

⁴⁸² DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 43.

⁴⁸³ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 43-45.

coletivo que leva a cabo as concepções organicistas e transpersonalista. No entanto, o que se tem no organicismo é a ideia de que as partes deste organismo são simples membros subordinados a ele e que estes membros não estão situados no mesmo patamar de igualdade, pelo contrário, estão em uma estrutura rigidamente hierarquizada⁴⁸⁴.

Nesse ínterim, não se pode conceber um Estado ético como um Estado de Direito, substituto ideal do Estado Liberal, em razão de que aquele apresenta-se como algo superior ao Direito, podendo atuar inclusive contra o Direito. É, nesse ponto, que frente ao normativismo e formalismo liberal, que se tem o extremismo antinormativista e voluntarista aberto a toda as arbitrariedades e injustiças: pois, frente ao normativismo, tem-se o decisionismo⁴⁸⁵.

O decisionismo schmittiano circunda-se entre três elementos: soberania, decisão e exceção de sorte que este modelo pode culminar na implantação de um Estado de Exceção, pela criação do direito ou por meio da Interpretação da norma no Campo da Exceção, ou seja, reconhece-se a legalidade daquilo que não pode ter forma legal, formando uma zona anômica (vazia), em que há a suspensão da aplicação de normas constitucionais para instaurar uma nova ordem jurídica. Abre-se espaço para a formação de Estados como o Nazista. Para Carl Schmitt⁴⁸⁶

Esta normalidad fáctica no es un simple “supuesto externo” que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. [...] Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre “derecho de una situación”. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. Él asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de coacción o de mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión [...]. El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita derecho.

A propósito, “embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína do

⁴⁸⁴ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 53-57.

⁴⁸⁵ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 53-63.

⁴⁸⁶ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 17-18.

Estado de Direito”⁴⁸⁷, Giorgio Agamben⁴⁸⁸ lembra que “o Estado de Exceção é uma criação da tradição democrática-revolucionária e não da absolutista”. O Estado nacional-socialista⁴⁸⁹ alemão, igualmente, como o Estado fascista italiano e outras manifestações totalitárias⁴⁹⁰ semelhantes, aparecem como antítese ao Estado de Direito, em razão de que os pressupostos que o definem estão totalmente ausentes nos Estados fascistas⁴⁹¹.

Desta forma, após ser descartada as falsas soluções dadas pelo totalitarismo, decorrência do comunismo burocrático e das ditaduras fascistas, verifica-se que o desenvolvimento técnico, social e econômico será marcado pela passagem ao Estado Social de Direito, constituído como intento à correção do individualismo por meio do intervencionismo estatal e do abstencionismo com a promoção dos denominados direitos sociais e da realização de objetivos que promovam justiça social⁴⁹².

O Estado Social de Direito, nesse ínterim, apresenta-se desde a Constituição de Weimar de 1919⁴⁹³, passando pela crise econômica de 1929 e pelo

⁴⁸⁷ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 22.

⁴⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 13. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁴⁸⁹ O ‘sozialer Rechtsstaat’ aparece entre o Estado Liberal de Direito e o ‘Nicht-Rechtsstaat’ totalitário. Conclui Elías Díaz que é feliz o uso da expressão ‘sozialer Rechtsstaat’, em razão desta designar uma realização já mentalizada anteriormente quando da incorporação dos direitos sociais às constituições europeias, ou seja, convertendo-as em direito positivo e elevando-as a categoria de Princípios protegidos pelas garantias do Estado de Direito. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 84.

⁴⁹⁰ Foi a partir das trágicas experiências com os Estados totalitaristas que se produziu na Europa, depois da segunda guerra mundial, uma mudança de paradigma tanto do direito como da democracia, através da constitucionalização de uma e de outra. Esta mudança consistiu na sujeição da produção do direito em sua totalidade, incluída a legislação, a normas constitucionais rigidamente superiores a todos os poderes normativos e, com isso, o aperfeiçoamento do modelo paleopositivista do Estado de Direito. No velho Estado legal de direito o poder legislativo das maiorias parlamentar era um poder virtualmente absoluto, ao considerar inconcebível a possibilidade de uma lei que limitasse a lei. Existiam constituições e direitos fundamentais nas cartas constitucionais. Porém, ao menos, no continente europeu, estas cartas eram flexíveis: leis solenes, mas, por fim, leis que o legislador ordinário podia validamente modificar com outras posteriores. Os Princípios e os direitos estabelecidos nelas operavam, assim, de fato, como limites e vínculos somente políticos, carentes de força jurídica capaz de vincular a legislação. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011, p. 31.

⁴⁹¹ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 81.

⁴⁹² DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 83-85.

⁴⁹³ “Os Direitos Fundamentais como direitos clássicos da liberdade foram gerados por uma Sociedade que detinha o monopólio ideológico dos Princípios a serem gravados nas Declarações de Direitos,

New Deal, até impor-se como vigente em países ocidentais desenvolvidos, como Estados Unidos da América, Alemanha, Inglaterra, França, Itália⁴⁹⁴.

No mais, o Estado social apesar de estar à frente do liberal, continua reunindo as características e exigências já descritas como próprias do Estado de Direito, como o império da lei, formalizado por um órgão popular representativo, separação dos poderes, legalidade da administração, garantia dos direitos e liberdade fundamentais. A polêmica está no tipo de poder que se deve atribuir à administração em relação à função de incremento sobre o desenvolvimento econômico-social com vistas à consecução de uma sociedade de bem-estar? Busca-se, neste viés, um executivo forte, mas jamais incontrolável; até porque o Estado de Direito, igualmente, como a democracia pressupõe que os processos sejam abertos a possíveis e necessários aperfeiçoamentos. De todo modo, por isso, que o processo interno que se realiza no Estado de Direito passa por três estágios distintos: liberal, social até chegar ao democrático⁴⁹⁵.

Porém, diante desse aumento de poder, exige-se o controle e a responsabilidade jurídica, de sorte que o Princípio da legalidade da administração, surge em razão do dever de sua atuação ser em consonância com a lei, da aceitação do Princípio da divisão de poderes e do controle exercido pela vontade popular⁴⁹⁶.

A característica principal do Estado social é, sem dúvida, o propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: o capitalismo como forma de produção e a promoção geral do bem-estar social. A crença dessa compatibilidade constitui o elemento psicológico e ideológico que serve de base ao neocapitalismo

ou seja, nas Constituições. Não tinha ainda a sociedade burguesa um credo político contestado; emergia ea de um triunfo de ideias sobre a realeza de direito divino e antigas ordens privilegiadas. Por isso mesmo podia lavar a sua Constituição, a Constituição dos liberais". As primeiras Constituições liberais, no plano teórico, era a expressão das teses ali consagradas, diferentemente, daquelas do constitucionalismo social, que são marcadas pela instabilidade e buscam forma de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social, cuja trégua neste conflito ideológico deu-se com a introdução das normas programáticas nas Constituições, tendo-se como exemplo a Constituição de Weimar. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 231-232.

⁴⁹⁴ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 84.

⁴⁹⁵ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 85-87.

⁴⁹⁶ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 88.

típico do *Welfare State*⁴⁹⁷. A integração desse Estado administrador com a proposta de um Estado de bem-estar, alinhavado com o desenvolvimento econômico aparecem como propulsores à ação da técnica e da burocracia nas modernas sociedades industriais. A institucionalização jurídico-política do *Welfare State* ocorre com o Estado social de Direito⁴⁹⁸.

O bem-estar constitui um elemento bom do Estado social, o problema está em compatibilizá-lo com o neocapitalismo. Nesse contexto, Díaz⁴⁹⁹ esclarece que *Welfare State* quer apoiar-se no progresso tecnológico como mecanismo de conduzir à socialização, à democratização e a nivelção socioeconômica; enquanto o neocapitalismo produz uma equiparação superficial da vida social, pois de um lado aumenta a produção e o consumo, de outro, subsistem as desigualdades e as deficiências estruturais.

A cultura proposta pelo Estado de bem-estar exige que as necessidades primárias e secundárias sejam disponibilizadas a todos os cidadãos igualmente e eficazmente, ou seja, a homogeneização dos estratos ou grupos sociais; à medida que a cultura do neocapitalismo exige a difusão desse bem-estar, mas a contemplação da pobreza alheia pode ser um obstáculo ao próprio bem-estar. Logo, esse modelo de *Welfare State* não produz uma sociedade suficientemente democrática e nivelada⁵⁰⁰.

O Estado Social, por Boaventura de Sousa Santos⁵⁰¹, “exagerou na solidariedade entre cidadãos e transformou a desigualdade social num mal quando, de fato, é um bem”. Isso porque, como arremata o autor, “entre quem dá esmola e quem recebe não há igualdade possível, um é sujeito da caridade e o outro é objeto dela”, deixando evidente desnivelamento social.

⁴⁹⁷ O predomínio da administração sobre a política, o predomínio da técnica sobre a ideologia, caracterizam o *Welfare State* e são suficientes para conseguir o desenvolvimento econômico e, via de consequência, o bem-estar social geral. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 92-93.

⁴⁹⁸ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 92-102.

⁴⁹⁹ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 93-95.

⁵⁰⁰ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 99-101.

⁵⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 176.

A democratização econômica, social e política deve ser proposta, na atualidade, como meta de alcance universal, coisa realmente difícil de conseguir com o imperialismo econômico que parece inevitavelmente derivar do neocapitalismo próprio dos mais desenvolvidos Estados de bem-estar. Portanto, a análise e a compreensão das insuficiências e contradições do sistema econômico e do sistema ideológico que derivam do neocapitalismo, marcam o sentido e os caracteres da superação do Estado social de Direito: a passagem do socialismo será, assim, paralela à passagem ao Estado democrático de Direito⁵⁰².

Na perspectiva de Elías Díaz, o socialismo⁵⁰³ e a democracia vêm a coincidir e a institucionalizarem-se, conjuntamente, na proposta do Estado Democrático de Direito. Neste passo, o velho Estado de Direito terá de constituir-se em Estado de Justiça, ou seja, em um Estado legítimo, justo, em função precisamente de determinados valores históricos que são a democracia, o socialismo, a liberdade e a paz⁵⁰⁴.

O Estado democrático de Direito, como propõe Elías Díaz⁵⁰⁵, exige ser erigido com base em uma organização econômica e cultural de caráter socialista, como se essa fosse forma mais correta para se chegar à realização de uma autêntica democracia. O que importa, portanto, é que o binômio democracia-socialismo se institucionalize de modo que a realização da democracia e do socialismo ocorra em respeito às exigências fundamentais do Estado de Direito: império da lei, como expressão da vontade popular; divisão de poderes e legalidade da administração como mecanismo jurídico anti-totalitário; e, por fim, a garantia e a realização material dos direitos e liberdades fundamentais.

⁵⁰² DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 104-111.

⁵⁰³ Na perspectiva do socialismo, afirma Díaz ser possível essa convergência ao Estado democrático de Direito tanto, por um lado, quando os sistemas vão superando o Estado social de Direito como, de outro modo, em relação àqueles de democracia popular, em que um certo socialismo está implantado enquanto sistema econômico e de produção, sempre que se torne real o processo de despersonalização e de institucionalização jurídica do poder político. DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 152-153.

⁵⁰⁴ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 113-114.

⁵⁰⁵ DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática**. 8. ed. Madrid: Taurus, 1981, p. 154.

Nesse viés, o Estado Democrático de Direito⁵⁰⁶ constituir-se-á em uma proposta alternativa às dificuldades localizadas no Estado social e na redução do neoliberalismo, de modo a substituir o intervencionismo quantitativo pelo qualitativo e seletivo, fundamentais para o funcionamento desse novo paradigma de Estado. Isso porque caberá ao Estado atuar em função das metas, necessidades, interesses gerais e particulares, obrigações éticas e políticas que, inclusive, podem e devem ser exigidas pelos cidadãos⁵⁰⁷.

Logo, a superação à crítica paternalista dirigida ao Estado social será obtida com a observância pelo Estado do que realmente interessa aos cidadãos; à proposição de uma ética pública, voltada à exigência pessoal, do trabalho, do esforço, do mérito, da capacidade, da intervenção participativa e solidária, cujos valores correspondem a uma concepção aberta do mundo e a um modelo flexível de organização social e econômica que se pode considerar como próprios do que Elías Díaz⁵⁰⁸ denomina de socialismo democrático. Tratam-se de atitudes distintas dos dogmas do neoliberalismo⁵⁰⁹.

Esses valores democráticos visam à formação de uma sociedade mais sólida e forte, em que a presença de corporações econômicas, profissionais, laborais, sejam em efeito complementada e compensada com a dos novos movimentos sociais (ecologistas, feministas, de ação frente à xenofobia e o racismo) ou das plurais organizações não governamentais com sua tão decisiva ação altruísta através do voluntariado social. Tem-se, neste paradigma, uma inversão de valores

⁵⁰⁶ A Democracia, entendida em seu sentido substancial, tem ao lado da participação popular na tomada das decisões, a necessidade da plena realização dos Direitos Fundamentais. CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 59.

⁵⁰⁷ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵⁰⁸ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵⁰⁹ No entanto, no final da Segunda Guerra Mundial, “a tensão entre capitalismo e democracia foi institucionalizada na Europa sob condição de o socialismo deixar de ser o horizonte de lutas democráticas”. Deste modo, “o capitalismo cederia até o ponto em que isso não afetasse sua reprodução alargada”. Na América Latina, a compatibilidade, ou melhor, a incompatibilidade entre capitalismo e democracia estivera desde o início presente em países de democracias instáveis e excludentes seguidas de períodos de ditadura de vários tipos. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 123-124.

voltados à colaboração e à solidariedade, mormente porque o corporativismo abre espaço ao cooperativismo, propondo uma interação entre a sociedade civil e as instituições jurídico-políticas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesta perspectiva, o império da lei não deveria se submeter ao império da jusnaturalista lei de mercado como assinala Elías Díaz⁵¹⁰. Porém, como bem coloca Rubens Casara⁵¹¹:

No Estado de Direito, o formalismo jurídico, serviu de “mediação ideológica entre o Estado e a sociedade civil. Ao invés de controlar o poder e projetar uma nova sociedade, o direito serviu (e, ainda, serve) para ocultar as relações de dominação política e exploração econômica. Nesse quadro, a funcionalidade real do Estado de Direito passa a ser a de facilitar a dissimulação das forças sociais e, assim, viabilizar a aparência de normalidade indispensável à manutenção desse sistema de dominação e exploração.

Afinal, na proposta de Elías Díaz⁵¹² o estabelecimento da política econômica deverá levar em consideração a tripla função: de produção (qualitativa e seletiva), de redistribuição (progressiva e proporcional) e de regulação e organização (flexível e revisável), em que a dupla participação⁵¹³ do grupo social é a base para identificar a democracia, o Estado de Direito e, conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito.

Deste modo, se o Estado de Direito (democraticamente compreendido no contexto da soberania popular) é o império da lei, mostra-se evidente que sobrepor-se-á a este como império da Constituição. Logo, todo Estado de Direito seria além de um Estado legislativo de Direito, também um Estado constitucional, legislativo,

⁵¹⁰ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵¹¹ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 105.

⁵¹² DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵¹³ Elías Díaz propõe uma Democracia como participação (livre e de todos) entendida, como dupla participação: uma, participação nas decisões jurídico-políticas, o que também, implica participação no tecido social; e também, a participação nos resultados, medidos tanto em conseqüências diretamente econômicas como em reconhecimento de direitos e liberdades de diferentes índoles. DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

administrativo e judicial de Direito⁵¹⁴.

Afinal, os direitos civis e políticos (protegidos no Estado liberal) e os sociais, econômicos e culturais (predominantes no Estado social) passam a ser os novos direitos – de terceira geração – buscando a sua incorporação na lei (direitos das minorias étnicas, das diferenças sexuais, dos imigrantes, idosos, crianças, mulheres, relacionados ao meio ambiente, as gerações futuras, a paz, ao desenvolvimento econômico dos povos, a demografia, às manipulações genéticas, as novas tecnologias), mas que não se exaurem em razão das lutas sociais que promovem a constante evolução da sociedade⁵¹⁵. Isso porque os Direitos Fundamentais vão desde o direito à vida, passando pelos direitos de liberdades, até os direitos sociais à saúde, ao trabalho, à educação e à subsistência, são o que Ferrajoli⁵¹⁶ denomina de a *ley del más débil*, como alternativa à *ley del más fuerte*, que rege, por exemplo, o mercado capitalista. É a *ley del más débil* também o direito penal, que protege as minorias, que são, dependendo da circunstância, a vítima no momento do delito, o acusado durante o processo e preso na execução penal.

Os direitos democráticos são, assim, o nexo de união entre os direitos liberais e os socialistas. Supõe a liberdade de participar na criação da regulamentação e do exercício da liberdade de fazer o que se quer (direitos como interferência do modelo liberal) e de criar as condições para que todos possam beneficiarem-se da liberdade (direitos prestacionais do modelo socialista). Favorecendo a incorporação ao parlamento dos setores vinculados à classe trabalhadora⁵¹⁷.

Nessa perspectiva, como assevera Boaventura de Sousa Santos⁵¹⁸ “o

⁵¹⁴ DÍAZ, Elías. **El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, p. 79-83.

⁵¹⁵ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 36.

⁵¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 202.

⁵¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo:

imaginário da revolução socialista foi dando lugar ao imaginário da social-democracia, e este, ao imaginário da democracia”, que se complementa com o conteúdo dos Direitos Humanos.

A propósito, o direito contemporâneo tem se desenvolvido no último século, ademais, nas formas do Estado Social de Direito, como Estado e direitos máximos dirigidos a organizar, na tutela dos direitos sociais, um sistema de respostas a dor sofrida, naturalmente, pelas enfermidades por meio do direito à saúde, pela ignorância através do direito ao estudo, pela indigência em razão do direito à assistência e à previdência social. O paradigma do Estado de Direito é sempre o mesmo: o desenvolvimento da esfera pública, que tutele o conjunto de Direitos Fundamentais estipulados nesses pactos fundadores da convivência social que são as Constituições⁵¹⁹, como objetivo ou razão de ser do direito e do Estado⁵²⁰.

O que se deve ter em consideração é que mais do que um Estado de Direito, qualquer que seja o conceito adotado e a justificação do Estado, este “só se concebe hoje como Estado Constitucional”. A propósito, “o Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”⁵²¹.

No entanto, o rótulo Estado constitucional quer dizer algo distinto de um Estado em que há uma constituição vigente. Isso porque, em um sentido amplo, Atienza⁵²² assinala que onde uma Constituição pode tomar-se como equivalente ao ordenamento jurídico, há direito em sua dimensão mais usual, geral e inclusive

Boitempo, 2016, p. 22.

⁵¹⁹ Como conceitua Canotilho, “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o Princípio da divisão dos poderes, o poder político”. Esse conceito foi produzido em consonância com as pretensões da modernidade e do sujeito moderno: os homens são capazes de construir um projeto racional, condensando as ideias básicas desse projeto num pacto fundador – a Constituição. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 12-13.

⁵²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 124.

⁵²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92.

⁵²² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz; REGLA, Josep Aguiló. **Fragmentos para uma teoría de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007, p. 114.

fundamental, tendo como referência a estrutura política de um Estado: desenhado e organizado com poderes de decisão coletiva de uma comunidade; de forma que, deste modo, qualquer Estado ou unidade política teria uma Constituição. Porém, complementa o autor que, em um sentido estrito, uma Constituição supõe mais dois requisitos: uma declaração de direitos e uma organização consubstanciada no Princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, Atienza consigna que todo Estado ou unidade política teria uma Constituição, mas que nem todo Estado será um Estado constitucional, acaso não contenha em sua carta de direitos os dois pressupostos citados⁵²³.

Elías Díaz⁵²⁴, ao tratar da questão da legitimidade no socialismo democrático já acolhia essa diferenciação, ao entender que nem todo Estado é um Estado de Direito. Assim, todo Estado que tivesse uma constituição material – aquela que, em sentido estrito e formal, possui um conteúdo especial – o termo Constituição haveria de ser entendido como sinônimo de Estado constitucional ou, acaso se prefira, como sinônimo de Estado de Direito. Isso porque além da mera legalidade, deve-se exigir uma certa legitimidade das normas.

Afinal, a “Constituição deve(ria) funcionar na racionalização da atividade estatal e integrar a pré-compreensão dos agentes estatais”, em razão de que o “Estado Constitucional é Estado de direito, mas também é Estado democrático”; demonstrando que o poder é limitado e deve ser realizado de forma democrática, convergindo à concretização do projeto constitucional⁵²⁵.

A propósito, como já visto no primeiro capítulo, foi após a Segunda Guerra Mundial, que se firmou uma inovação na estrutura dos ordenamentos jurídicos com a introdução de constituições rígidas, cujas Regras sobrepõe-se às leis ordinárias que, por isso, podem ser objeto de controle jurisdicional constitucionalidade. Como

⁵²³ Nesse mesmo contexto, repisa-se que o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão propôs que sem esses caracteres, não há uma constituição. Além do que, no marco do império da lei, é a expressão da vontade geral.

⁵²⁴ DÍAZ, Elías. **El derecho y el poder**: realismo crítico y filosofía del derecho. Madrid: Dykinson, p. 71-73.

⁵²⁵ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 106.

consequência, há uma mudança quanto à análise nas condições de validade das leis, ligadas não só as formas e aos procedimentos de sua produção, mas também ao seu conteúdo, isto é, a coerência de seus significados com os Princípios estabelecidos nas normas constitucionais, dentre os quais está a igualdade e os Direitos Fundamentais⁵²⁶.

Para Ferrajoli, esta mudança fez retroagir a natureza das democracias, considerando inadequadas as concepções puramente formais ou procedimentais da democracia como conjunto de Regras do jogo, independentes e indiferentes ao conteúdo do jogo democrático. A partir disso, introduziu-se na democracia uma dimensão substancial da validade das leis, desenhada pelos limites e vínculos jurídicos, cujo conteúdo é imposto aos poderes políticos da maioria. Em resumo, impôs-se o que Ferrajoli denomina de esfera do não decidível: ou seja, o que nenhuma maioria pode validamente decidir, quer dizer, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e o que nenhuma maioria pode legitimamente não decidir, quando se trata da satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos⁵²⁷. Como propõe Silvio Dobrowolski

Uma Constituição democrática se assenta, portanto, sobre o compromisso político e social de cumprir ideais de vida em comum voltados à observância e concretização de valores e objetivos culturalmente compartilhados ou desejados, cuja síntese pode fazer-se com a referência a um governo limitado, ao controle de todos os poderes – não só o político, como também os demais encontráveis na sociedade, sejam econômicos, sociais e culturais, – e ainda, a um conjunto de Direitos Fundamentais considerados necessários para uma coletividade humana ordenada segundo critérios de uma democracia pluralista. Uma Carta dessa espécie se apresenta como um projeto aberto a ser realizado coletivamente, no curso da História, e não como algo definido e acabado. A atual Constituição do Brasil indica, desde o seu Preâmbulo, os pilares desse compromisso. Nele se lê que o objetivo dos constituintes foi o de instituir um Estado Democrático, com a missão de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

⁵²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 33.

⁵²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 32-33.

internacional, com a solução pacífica das controvérsias⁵²⁸.

O Estado democrático de direito, portanto, não se contenta com a democracia meramente formal, identificada com o Princípio da maioria como elemento legitimador do exercício do poder. Para que exista verdadeiro Estado de Direito em sua versão democrática é indispensável que o Estado seja “dotado de efetivas Garantias, sejam liberais ou sociais”⁵²⁹.

Essas Garantias são aquelas da rigidez dos Princípios e dos direitos constitucionalmente estabelecidos, sobre os quais incidem os poderes supremos do Estado. Logo, essa rigidez coloca a Constituição no vértice da hierarquia das fontes, assegurando-a por meio das Garantias primárias e secundárias, cuja violação abre espaço às antinomias e às lacunas decorrentes da inefetividade e da ilegitimidade das Garantias dos direitos constitucionalmente previstos⁵³⁰.

Essas antinomias e lacunas, não só violam a lei, como podem corromper o paradigma do Estado Democrático de Direito, por meio da Interpretação inadequada da norma, no que tange ao direito penal e processual, pois dão substrato para que a Interpretação se dê no Campo da Exceção.

3.2 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL E PROCESSUAL NO CAMPO DA EXCEÇÃO

A proposta do Estado Democrático de Direito é a de “perseguir a noção de justiça pautada na preservação dos Direitos Fundamentais orientados pela dignidade humana” e, para tanto, é importante que os direitos sejam materialmente garantidos, por meio do “exercício da lei pela tutela dos juízes independentes e imparciais que tenham a liberdade de assegurar a fidelidade com o titular do poder constituinte

⁵²⁸ DOBROWOLSKI, Sílvio. Direito Constitucional: Módulo V. Hermenêutica Constitucional. **Caderno de Direito Constitucional**. Emagis – Escola da Magistratura do Tribunal Federal da 4ª região e Tribunal Federal da 4ª região. (Org.) Maria Luiza Bernardi Fiori Schilling. 2006.

⁵²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694.

⁵³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 40-43.

originário”⁵³¹.

Neste norte, todos os interesses sociais discutidos e decididos, principalmente, os penais, devem pautarem-se com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, dentre as quais se percebe o intuito de promover “a coexistência entre as aspirações da justiça real e os anseios de segurança da previsão texto normativo”, cujos confrontos, naturalmente, são estabelecidos na concretização de tal convivência⁵³².

Neste paradigma, entra em cena o Judiciário como ativo formador da criminalização secundária, imprescindível na “realização do Estado Democrático de Direito com a limitação do sistema penal através do exercício da função de defensor dos Direitos Fundamentais”. Por consequência, a Interpretação jurisdicional com a elaboração das normas constitucionais reveste-se de importância ímpar⁵³³.

De todo modo, “a sistemática da Constituição da República impõe ao juiz a formação da norma pela Interpretação do caso penal”, razão porque deve “conhecer a realidade e exercer o dever imposto constitucionalmente de dar vida aos Direitos Fundamentais, concretizando, com a Interpretação no caso concreto, a efetividade das normas constitucionais”⁵³⁴.

Portanto, na apreciação dos casos penais, o judiciário não deve submeter-se a interesses que o afastem da tutela dos Direitos Fundamentais. Ou seja, como esclarece Ferrajoli⁵³⁵, o juiz “não deve representar nem maiorias nem

⁵³¹ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁵³² BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁵³³ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁵³⁴ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50.

⁵³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 476.

minorias”. A propósito, aspiração constitucional da prestação jurisdicional é a “proteção da liberdade que deve ser vista como um dogma para que sejam fincadas as estacas da construção de uma sociedade que se pretenda justa, solidária e democrática”⁵³⁶.

Exatamente, por isso, que os textos normativos constitucionais, traduzem-se em comandos emanados do poder constituinte, com força vinculativa para interferir nas relações sociais. Pode-se dizer que são as “munições mais potentes para que o juiz criminal possa ter condições de encontrar a norma constitucional que que permita realizar a sua função de limite do sistema penal”⁵³⁷.

Assim, impõe-se dissociar o significado do texto normativo constitucional da norma constitucional. Isto porque, a norma constitucional é o produto da Interpretação realizada sobre o texto constitucional⁵³⁸. Como perfilhado por Streck⁵³⁹, o “texto não segura, por si mesmo, a Interpretação que lhe será dada. Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre produto da Interpretação do texto. O texto será sempre o 'já normado' pelo intérprete”.

Então, à medida que a construção da norma passa pela subjetividade de quem interpreta, a tradicional separação entre Princípios e Regras como espécies de normas jurídicas perde sua dimensão absoluta. Isso porque, aqueles não têm a “capacidade de resolver o problema da Interpretação constitucional, na medida em que a mera separação cartesiana entre eles pode funcionar para legitimar ponderações que deságuem em inversões ideológicas”⁵⁴⁰.

⁵³⁶ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.

⁵³⁷ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57.

⁵³⁸ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 57.

⁵³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 305.

⁵⁴⁰ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58.

Desta forma, além da observância aos mandamentos formais da Constituição, deve-se levar em consideração a dimensão material da Constituição, respeitando todos os sentidos que a representam, pois, conforme Sergio Cademartori⁵⁴¹, “determinados âmbitos jurídicos são totalmente indisponíveis ao poder político”.

A partir disso, ressalta-se o papel do Garantismo que, ao ser utilizado como instrumento, constitui-se em importante “estratégia para mitigar os abusos que o Estado Penal comete contra os excluídos sociais, tendo nascido para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito”. Justamente porque as Garantias penais e processuais, “não são outra coisa senão a técnica voltada para minimizar a violência e o poder punitivo, ou seja, para reduzir ao máximo possível a previsão do delito, o arbítrio dos juízes e a aflição da pena”. Então, o Garantismo constitucional implica a busca da legitimidade (interna) normativa frente às agressões reais do sistema penal, buscando por posturas críticas do operador do direito ao se deparar com fatos penais envolvidos pelo sistema⁵⁴².

Afinal, o Estado, conquanto democrático, como assinala Weber, é o “monopólio legítimo da violência; para que seja tal (legítimo) tem de tratar, portanto, de uma força, de uma coação, de uma violência desse modo produzida e regulada no Estado de Direito”. Logo, não pode, nem deve, de qualquer modo, “responder ao delito com o delito, a violação da lei pelo delinquente com a violação da lei pelo governante ou seus representantes: converter-se-ia assim em um Estado delinquente”. Deste modo, também não pode e nem deve sob a escusa de combater a criminalidade, cair em um correlativo terrorismo de Estado, exercido ou ajudado ilegalmente pelas legítimas instituições. Isso porque, colocará em xeque a sua própria legitimidade: por acolher à razão da força perderia a força da razão⁵⁴³.

Neste propósito, a “atividade jurisdicional em um sistema garantista

⁵⁴¹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista, 2. ed. Campinas: Millenium, 2007, p. 08.

⁵⁴² BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77-78.

⁵⁴³ DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Derechos Humanos. In: **Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho**. V. I. Cajica: México, 2002, p. 223.

depende de uma acusação que precisa ser formalizada em consonância com o efetivo modelo de separação do órgão julgador imparcial, do órgão acusador”⁵⁴⁴. Afinal, o Garantismo é uma técnica constitucional que prima “minimizar a violência do poder punitivo, propondo-se a limitar ao máximo possível a criação de crimes, o arbítrio judicial e a cominação de penas”.

Porém, nos discursos da cultura do medo e da sociedade punitiva, os Direitos Fundamentais passam a ser encarados como entraves daquilo que as subjetividades entendem como justo, alimentando inclusive uma lógica totalitária. A subjetividade, nesse panorama, acaba por comandar a formação da norma constitucional para o caso penal, permitindo injunções no resultado das decisões, fora do sentido constitucional limitativo⁵⁴⁵. Como salienta Alexandre Bizzotto⁵⁴⁶,

A inversão ideológica do discurso garantista é retratada como sendo uma prática judiciária sub-reptícia de utilização do amparo de normas constitucionais de teor garantista para fundamentar atos de teor limitativo aos direitos humanos e ampliativo do sistema penal, subvertendo as finalidades históricas e teleológicas das Garantias constitucionais.

Afinal, “os maiores perigos nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários”⁵⁴⁷. A partir disso, vê-se a importância de entender a noção de Campo proposta por Giorgio Agamben que colocará a Interpretação da norma penal no paradigma do Estado de Exceção por meio da atuação do Poder Judiciário.

Giorgio Agamben⁵⁴⁸ desenvolve o conceito de Campo, não sobre uma abordagem histórica que o explique como uma anomalia do passado, mas fazendo pensar sua condição de possibilidade a partir da estrutura político-jurídica que o

⁵⁴⁴ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79-97.

⁵⁴⁵ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 105-107.

⁵⁴⁶ BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista**: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 129.

⁵⁴⁷ CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime**: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 5.

⁵⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 52.

funda: o Estado de Exceção. A partir disto, questiona, sobretudo: o que é um Campo? Qual sua estrutura jurídico-política? Porque aconteceram coisas similares? Isto conduzirá a enxergar a importância que a noção de Campo adquire para se pensar o ordenamento jurídico atual, já que para o autor, este é a matriz oculta do *nomos* desse ordenamento.

Os historiadores discutem se a primeira aparição dos Campos deve identificar-se com os campos de concentração criado pelos espanhóis em Cuba em 1896 para reprimir as insurreições da população colonizada, ou com os *concentration camps* nos quais os ingleses, no início do século, assinaram aos bôers; o que importa, na verdade, é que, em ambos os casos, trata-se da extensão a uma população civil inteira de um Estado de Exceção ligado a uma guerra colonial. Os Campos nascem, assim, não do direito ordinário (e muito menos, como se poderia ter acreditado, de uma transformação e de um desenvolvimento do direito carcerário), mas do Estado de Exceção e da lei marcial⁵⁴⁹.

O Campo, nesta perspectiva, funda-se em uma estrutura jurídica extraordinária, não no direito ordinário, ou seja, na possibilidade que os Estados têm de decretar o Estado de sítio ou de exceção quando estão em perigo. O campo, na verdade, terá origem quando este Estado de Exceção se desprender do limite temporal e tornar-se a Regra, projetando-se sobre uma população inteira ou parte dela⁵⁵⁰.

A par disso, Giorgio Agamben⁵⁵¹ descreve que o nexó constitutivo entre Estado de Exceção e campo de concentração não pode ser valorado quanto à compreensão da natureza do Campo. Isso porque, a proteção da liberdade que está em questão em *Schutzhaft*⁵⁵² (literalmente: custódia protetora) é, ironicamente, a

⁵⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 52.

⁵⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 52.

⁵⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 53.

⁵⁵² A origem da *Schutzhaft* está na lei prussiana de 4 de junho de 1851 sobre o estado de sítio, que se estabeleceu em 1871 em toda a Alemanha (com exceção da Baviera), e, todavia, antes na lei prussiana sobre a proteção da liberdade da pessoa de 12 de fevereiro de 1850, que encontrou uma considerável aplicação na Primeira Guerra Mundial. AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo?

proteção contra a suspensão da lei que caracteriza a emergência. Por isso, a novidade que o autor traz é a de que a instituição se desprende do Estado de Exceção sobre o qual se fundava e deixa-se definir na situação normal. Logo, o Campo é o espaço que se abre quando o Estado de Exceção começa a se tornar a Regra. Nesse momento, o Estado de Exceção, que era essencialmente a suspensão temporal do ordenamento, adquire uma ordem especial permanente que, como tal, permanece, sem embargo, constantemente fora do ordenamento normal.

É comum fazer uma referência ao estatuto paradoxal do Campo enquanto espaço de exceção: trata-se de uma parcela do território que se coloca fora do ordenamento jurídico normal, mas não é simplesmente um espaço externo. Isso porque o que deste se exclui é colocado para fora, segundo o significado etimológico do termo exceção (*ex-capere*), inclusive por meio de sua própria exclusão. Assim, o que é realmente capturado no ordenamento jurídico é o Estado de Exceção. O Campo é a estrutura na qual o Estado de Exceção, sobre cuja decisão se funda o poder, vem a se realizar de forma estável. Logo, o Campo move-se em uma zona cinzenta entre interior e exterior, exceção e Regra, lícito e ilícito, no qual toda proteção jurídica é minimizada⁵⁵³. Por isto, como escreve Agamben⁵⁵⁴, o Campo é o paradigma do próprio espaço político, no ponto em que a política se torna biopolítica e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão.

O nascimento do Campo, na atualidade, aparece, desde esta perspectiva, como um acontecimento político do Estado-nação próprio da modernidade e fundamenta-se no nexos funcional entre uma determinada localização (o território) e um certo ordenamento (o Estado), mediado por Regras automáticas de inscrição da vida (o nascimento, ou a nação), que ao entrar em uma crise duradoura, faz com o Estado decida assumir diretamente a cura da vida biológica da nação (biopolítica). Se a estrutura do Estado-nação é definida por estes três elementos - território, ordenamento, nascimento – a ruptura do velho *nomos* não se produz nos aspectos

Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 53.

⁵⁵³ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 53.

⁵⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 53.

que o constituíram segundo Carl Schmitt (a localização e o ordenamento), mas no ponto que marca a inscrição na vida desnuda (o nascimento que o torna, assim, nação) em seu interior. Algo já não pode funcionar nos mecanismos tradicionais que regulavam esta inscrição, e o Campo é o novo regulador oculto da inscrição da vida no ordenamento jurídico ou, mais ainda, o signo da impossibilidade de o sistema funcionar sem transformar-se numa máquina letal⁵⁵⁵.

É significativo que os Campos apareceram junto as novas leis sobre cidadania e sobre a desnacionalização dos cidadãos (não só as leis de Nuremberg sobre a cidadania do Reich, mas também as leis sobre a desnacionalização dos cidadãos, emanadas em quase todos os Estados europeus, inclusive na França, entre 1915 e 1933). O Estado de Exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, torna-se agora uma ordem espacial nova e estável que, crescentemente, já não pode ser inscrita no ordenamento. A brecha cada vez maior entre o nascimento (vida desnuda) e o Estado-nação é o fato novo da política atual; e aquilo que chamamos de Campo é este desvio. A este ordenamento sem localização⁵⁵⁶ (o Estado de Exceção, quando a lei é suspensa) corresponde agora a uma localização fora do ordenamento (o Campo, como espaço permanente de exceção)⁵⁵⁷.

Partindo-se desse contexto, pode-se entender que o Poder Judiciário ao subverter as Garantias e os Direitos Fundamentais, proferindo decisões que se amoldem a interesses diversos daqueles propalados em um Estado que tenha como fundamento a Democracia Constitucional, atua de forma não localizável dentro da norma, em um Campo que se transforma em um espaço permanente de exceção.

Deste modo, a partir de uma perspectiva diferente, Giorgio Agamben põe em tensão a dualidade entre democracia e totalitarismo em relação ao conceito de

⁵⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 54-55.

⁵⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 55.

⁵⁵⁷ O campo como localização deslocada é a matriz oculta da política em que, todavia, vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses. Este é o quarto e inseparável elemento que vem a somar, despedaçando, a velha trindade de estado-nação(nascimento)-território. AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es un campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998, p. 55.

Campo, que surge a partir da estrutura jurídico-política que fundamenta o Estado de Exceção. Ademais, o totalitarismo moderno para Agamben⁵⁵⁸ pode ser definido como

a instauração, por meio do Estado de Exceção, de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos mas de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão não sejam integráveis no sistema político. A criação voluntária de um estado de emergência permanente (mesmo se eventualmente não declarado em sentido técnico) tornou-se, desde então, uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, mesmo dos chamados democráticos.

A propósito, foi Carl Schmitt⁵⁵⁹, na obra *Teologia Política* que estabeleceu uma proximidade entre Estado de Exceção e soberania. Isso porque o Estado de Direito e seu desenvolvimento, mediante a divisão de poderes e controle recíprocos, adiaram o máximo possível o problema da soberania.

Para una jurisprudencia que se orienta hacia los problemas y los negocios cotidianos, el concepto de la soberanía carece de interés práctico. En su concepto, sólo lo normal es cognoscible; todo lo demás constituye una perturbación. Frente al caso extremo se encuentra sin saber qué hacer. Porque no toda facultad extraordinaria, ni una medida cualquiera de policía o un decreto de necesidad son ya, por sí, un estado excepcional. Hace falta que la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente. Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación, los elementos que integran el concepto de orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos – a norma y la decisión – permanecen dentro del marco jurídico.

Desta forma, “El caso excepcional, en su configuración absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos”. É difícil, entretantes, construir uma unidade sistemática e uma ordem poder suspendê-las em um caso concreto, enquanto o Estado de Exceção não se distinguir do caos jurídico e da anarquia, o que demonstra que o

⁵⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 13. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁵⁹ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 17-18.

problema não será somente político, mas igualmente jurídico. A tendência do Estado de Direito é regular exaustivamente os casos possíveis em que o Estado de Exceção não implique a tentativa de prescrever os casos em que o próprio direito possa ser suspenso. Ou seja, “¿De donde toma el derecho esa fuerza y cómo es posible lógicamente que una norma tenga validez excepto en un caso concreto que ella misma no puede prever hecho?”⁵⁶⁰.

Carl Schmitt⁵⁶¹ já destacava que a excepcionalidade transpõe a essência da autoridade do Estado, de sorte que quando a decisão se separa da norma jurídica, neste paradoxo, a autoridade demonstra que para criar um direito não se necessita ter direito. À vista disso, o Estado de Exceção constitui “um ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político”. Nesse ponto,

Tanto mais urgente se torna assim a questão das fronteiras: se as providências excepcionais são fruto dos períodos de crise política e, como tais, estão no âmbito político e não jurídico-constitucional, vêm então a encontrar-se na situação paradoxal de providências jurídicas que não podem incluir-se no plano do direito e o Estado de Exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal⁵⁶².

Logo, “se a exceção é o dispositivo original através do qual o direito se refere à vida e a inclui em si próprio por meio da sua própria suspensão”, é necessário ter-se uma teoria do Estado de Exceção para se definir o “que liga e, ao mesmo tempo abandona, o vivente⁵⁶³ ao direito”⁵⁶⁴.

Isto demonstra a existência de uma zona cinzenta entre o direito público e o facto político, e entre a ordem jurídica e a vida, que a teoria do Estado de Exceção vem explorar. Deste modo, apenas com a remoção do “véu que cobre esta zona incerta é que podemos aproximar-nos da compreensão do que está em jogo na diferença – ou na suposta diferença – entre o político e o jurídico e entre direito e

⁵⁶⁰ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 18-19.

⁵⁶¹ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 18.

⁵⁶² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 11-12. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁶³ O vivente para o presente trabalho pode ser comparado ao intérprete.

⁵⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 12. Título original: *Stato di Eccezione*.

vivente”⁵⁶⁵.

A aproximação ao tema exceção vem acompanhada da incerteza terminológica e da indissimulada polissemia da expressão Estado de Exceção. François Saint-Bonnet⁵⁶⁶ traz que o termo Estado de Exceção é utilizado de duas maneiras distintas. Na primeira, em sentido clássico, Estado de Exceção é entendido como um tempo durante o qual as Regras de direito são previstas, em períodos de silêncio, de forma transitória, suspenso ou excluído para enfrentar uma situação de perigo. De toda sorte, neste momento, não haverá concentração de poder em geral, em favor do executivo, e outro para a redução ou suspensão dos Direitos Fundamentais, considerados durante períodos de calma.

Por outro lado, no segundo, o Estado de Exceção representa uma profunda modificação do sistema legal para lidar com supostos perigos duradouros, de modo que a nível mundial cita-se o terrorismo e, na atualidade brasileira, destaca-se a corrupção e o pretense combate à criminalidade. Giorgio Agamben perfilha-se a este contexto e constrói sua teoria alinhavada às ideias de Carl Schmitt. A propósito, sugere o autor que o Estado de Exceção está se tornando um paradigma normal de governo ou um Estado de Exceção permanente⁵⁶⁷.

Saint-Bonnet, contudo, descarta este sentido, argumentando que “a ideia de um Estado de Exceção permanente compreenderia uma contradição em termos, na medida em que exceções se tornaram Regras”. Portanto, a exceção objeto de análise por Saint-Bonnet está num plano de linguagem distinto daquele adotado por Giorgio Agamben, cujo “propósito é compreender a exceção como paradigma de governo”⁵⁶⁸.

Salienta-se, no entanto, que a busca incessante pelo combate à

⁵⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 12. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁶⁶ SAINT-BONNET, François. L’etat d’exception et la qualification juridique. **Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux**, n. 6, 2007, p. 29-38. Disponível em: <<https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0603saintbonnet.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁵⁶⁷ SAINT-BONNET, François. L’etat d’exception et la qualification juridique. **Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux**, n. 6, 2007, p. 29-38. Disponível em: <<https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0603saintbonnet.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁵⁶⁸ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 18.

corrupção e à criminalidade em geral, no Brasil, reflete uma cadência de decisões judiciais, de natureza reconhecidamente excepcional, que se tem denominado de “Estado de Exceção judicial”, conforme assevera Rafael Valim⁵⁶⁹. A par do exposto, vê-se que o tema exceção transita em diversas áreas do conhecimento e, portanto, interessante explicitar outros significados atribuídos à locução Estado de Exceção.

Na Teoria Geral do Direito o termo não é visto como um problema de indeterminação normativa, isto é, de dúvida acerca do “alcance da norma jurídica, mas sim de um *desacordo* entre a finalidade da norma jurídica e o resultado decorrente de sua aplicação a uma *específica* situação fática”⁵⁷⁰. Em arremate, Guastini⁵⁷¹ faz uma reflexão no sentido de que assim como a beleza não está nas coisas e sim nos olhos de quem as observa, a derrotabilidade não está nas normas, mas nas atitudes dos intérpretes.

No plano dogmático-jurídico a exceção pode ser compreendida como o “feixe de prerrogativas, explícito ou implícito, de que se vale o Poder Executivo para enfrentar situações anômalas como uma grave instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções”, o que na Constituição Federal do Brasil de 1988, é conhecido como Estado de Defesa (art. 136) e Estado de Sítio (art. 137)⁵⁷².

No viés sociológico, a exceção, em geral, propõe-se a revelar a “ambiguidade dos autoproclamados Estados de Direito, dentro dos quais se instauram regimes de Terror para enormes contingentes da população”. De outro modo, na teoria política a exceção é empregada como “paradigma de governo na contemporaneidade”, ou seja, nessa perspectiva que se verifica o uso da expressão “Estado de Exceção permanente”, cuja característica é a substituição progressiva da “política por formas de controle social – *violence douce* ou violência física e

⁵⁶⁹ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 16-20.

⁵⁷⁰ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 20.

⁵⁷¹ GUASTINI, Riccardo. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 202.

⁵⁷² VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 20.

aberta”⁵⁷³.

Giorgio Agamben⁵⁷⁴, no mais, traz que o significado biopolítico do Estado de Exceção “como estrutura original na qual o direito integra em si o vivente através da sua própria suspensão emerge com nitidez na *military order* exarada pelo Presidente dos Estados Unidos” em relação a não cidadãos americanos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas. Porém, diante da inexatidão do sintagma Estado de Exceção, o contexto que propõe o autor é de utilizá-lo “como termo técnico para designar o conjunto coerente de fenômenos jurídicos que se propõe definir”. Ou seja, não é a de considerá-lo como um “direito especial (como o direito à guerra⁵⁷⁵) mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define o seu limiar ou o seu conteúdo limite”.

Por último, o prisma filosófico, cuja afirmação clássica de Carl Schmitt⁵⁷⁶ assinala que “soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção” e, deste modo, destacam-se como elementos determinantes do decisionismo schmittiano: a soberania, a decisão e a exceção⁵⁷⁷. Logo, o soberano seria o único capaz de tomar a última decisão, que tem por objeto a exceção e, por consequência, o que caracterizaria a exceção seria a autoridade ilimitada, a corroborar a total suspensão da ordem existente⁵⁷⁸.

Além da busca pelo significado mais adequado ao termo Estado de Exceção, há um entrave na doutrina quanto à oportunidade de uma previsão

⁵⁷³ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 20-21.

⁵⁷⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 14-17. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁷⁵ Isso porque “se as noções de estado de sítio e de lei marcial exprimem conexão com o estado de guerra que historicamente foi decisiva e ainda está presente, revelam-se todavia inadequadas para definir a estrutura do fenômeno e necessitam portanto das qualificações de político e fictício, também de certo modo enganadoras”. Essa qualificação de político e fictício são comuns às doutrinas italianas e francesas, que preferem falar em decretos de urgência e estado de sítio. Já na doutrina anglo-saxônica prevalecem os termos *martial law* e *emergency powers*. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 15-16. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁷⁶ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 13.

⁵⁷⁷ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 21.

⁵⁷⁸ SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009, p. 18.

constitucional ou legislativa deste termo, cuja crítica cinge-se à impossibilidade de “regular por lei aquilo que por definição não pode ser regulado”. Aliás, o problema apresenta analogia com o direito de resistência, ou seja, quando ocorrer a violação às liberdades e aos Direitos Fundamentais, a resistência à opressão é um direito e um dever do cidadão. O fato é que seja no direito de resistência, seja no Estado de Exceção, o que está em pauta, é o problema semântico jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica. Deste modo, o que está em confronto é

a tese que afirma que o direito deve coincidir com a norma e aquela que sustenta, pelo contrário, que o âmbito do direito excede o da norma. Mas ambas as posições são em última análise solidária sem excluir a existência de uma esfera da atividade humana subtraída ao direito⁵⁷⁹.

A propósito, em razão da dualidade existente na doutrina, o Estado de direito é concebido, por um lado, “como parte integrante do direito positivo, porque a necessidade em que se funda actua como fonte autónoma de direito” ou, “como um direito um direito subjetivo (natura ou constitucional) do Estado à sua conservação” e, por outro, como elementos de fato essencialmente extrajurídicos, embora possam eventualmente ter consequências no âmbito do direito. A bem da verdade, como propõe Agamben⁵⁸⁰

o Estado de Exceção não é nem exterior nem interno ao ordenamento jurídico e o problema da sua definição respeita justamente a um limiar, ou zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa a sua abolição e a zona de anomia que instaura não é (ou, pelo menos, pretende não ser) sem relação com a ordem jurídica.

Afinal, de qualquer modo, a compreensão da questão do Estado de Exceção requer uma correta determinação da sua localização (ou ilocalização), de maneira que o conflito sobre o Estado de Exceção mostra-se “essencialmente como uma disputa sobre o *locus* que lhe compete”, ou seja, sobre o Campo em que se realizará de forma estável a exceção. Por corolário, pressupõe uma análise do conceito jurídico de necessidade⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 23-25. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 42-43. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 43-47. Título original: *Stato di Eccezione*.

A teoria da necessidade não é mais, aqui, do que uma teoria da excepção (*dispensatio*), em virtude da qual um caso específico é subtraído à obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei nem sequer propriamente suspende a lei; limita-se a subtrair um determinado caso à aplicação literal da norma: ‘Aquele que em caso de necessidade age para além do texto da lei, não julga da lei mas do caso singular, no qual vê que as palavras da lei não devem ser observadas’.

Trata-se de um Princípio, segundo o qual a necessidade define uma situação particular na qual a lei perde a sua obrigação. Porém, o Estado de Excepção moderno é, ao contrário, “uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria excepção, criando uma zona de indistinção na qual facto e direito coincidem”. Portanto, o Estado de Excepção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se, conquanto haja revolução e instauração de fato de um ordenamento constitucional, como “uma providência ilegal, mas perfeitamente jurídica e constitucional, que se concretiza na produção de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)”⁵⁸².

Nesta perspectiva, no “estado de necessidade ‘o juiz elabora um direito positivo de crise, quase como em tempos normais colmata as lacunas do direito’”. Justamente, a irresignação quanto ao Estado de Excepção compreende um “problema de particular interesse na teoria jurídica, o das lacunas do direito”. Como esclarece Agamben⁵⁸³

A lacuna não consiste, aqui, numa carência do texto legislativo que deva ser integrada pelo juiz; consiste, antes, numa *suspensão* do ordenamento vigente para garantir a sua existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o Estado de Excepção apresenta-se como a abertura no ordenamento de uma lacuna fictícia com o escopo de salvaguardar a existência da norma e a sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei mas diz respeito à sua relação com a realidade, à própria possibilidade de aplicação. É como se o direito contivesse uma fractura essencial que se situe entre a posição da norma e a sua aplicação e que, em caso extremo, só pode ser colmatada por meio do Estado de Excepção, isto é criando uma zona na qual a aplicação é suspensão, mas a lei, como tal, permanece em vigor.

A propósito, a doutrina Schmittiana traz uma oposição entre normas e decisão, mostrando que a decisão nunca pode ser deduzida sem um mínimo de conteúdo de uma norma. Assim, na decisão sobre o Estado de Excepção, a norma será suspensa ou, até, anulada. Porém, o que será objeto desta suspensão é a

⁵⁸² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 47-49. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Excepção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 53-54. Título original: *Stato di Eccezione*.

“criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma (‘deve-se criar-se uma situação na qual possam valer normas jurídicas)”. Portanto, define-se o Estado de Exceção como “o lugar onde a oposição entre a norma e a sua actuação atinge a máxima intensidade”, formando um “Campo de tensões jurídicas, em que um mínimo de vigência formal coincide com um máximo de aplicação real e vice-versa”⁵⁸⁴.

A partir disso, tem-se o que se denominou de ‘força-de-lei’⁵⁸⁵ que passa a definir um estado da lei no qual, por um lado, “a norma vigora mas não se aplica (não tem força) e, por outro, actos que não têm valor de lei adquirem a sua força”. Desta maneira, a força-de-lei, em caso extremo, flutua como elemento indeterminado, que pode ser reivindicado pela autoridade estatal, assim como por uma revolucionária, isto é, corrobora o Estado de Exceção como um espaço anómico, em que o que está em jogo é “uma força-de-lei sem lei”⁵⁸⁶.

Nessa perspectiva, o Estado de Exceção é a “abertura de um espaço no qual aplicação e norma exibem a sua separação e uma pura força-de-lei realiza (ou seja, aplica, desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa”. Significa, portanto, que para aplicar uma norma é necessário suspender a sua aplicação, produzindo uma exceção. De qualquer modo, o Estado de Exceção assinala um “limiar em que a lógica e prática se indeterminam e uma pura violência sem *logos* pretende actuar um enunciado sem qualquer referência real”⁵⁸⁷.

Aliás, há também um instituto do direito romano: o *iustitutum*; que se coaduna com o paradigma do Estado de Exceção, pois significa a suspensão do direito. Implicava a suspensão não só da administração da justiça, mas do direito como um todo. Nesta perspectiva, é o sentido deste “paradoxal instituto jurídico – que consiste unicamente na produção de um vazio jurídico”, que se deve examinar

⁵⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 60-61. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸⁵ O conceito de força-de-lei, como termo técnico do direito, define, assim, uma separação da *vis obligandi*, ou da aplicação da norma, da sua essência formal, pela qual decretos, providências e medidas que não são formalmente leis adquirem no entanto a sua força. AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 63. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 64. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 66. Título original: *Stato di Eccezione*.

tanto na sistemática do direito público como na do filosófico-político⁵⁸⁸.

Nessa proposta, quando há a produção deste vazio, com a suspensão da norma, esta recua a um mínimo e é destruída no Campo da Exceção. Isto significa que a exceção atinge sobremaneira um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é a soberania popular. Valim⁵⁸⁹ ao citar Marie Coupy bem descreve que

Subverte-se a concepção de que toda e qualquer autoridade – administrativa, legislativa ou judiciária – é mera mandatária do povo e, por essa razão, deve atuar nos limites da Constituição e das leis, abrindo-se um perigoso espaço para o *voluntarismo*, o que constitui, aliás, o *sentido genealógico* do Estado de Exceção. [...] Em outras palavras, a exceção, ao negar a lei, principal produto da soberania popular, toma de assalto a democracia. A pretensão de um governo *impessoal* das leis cede lugar ao governo *pessoal* dos homens. O povo é destronado em favor do soberano, o que explica a afirmação de Giorgio Agamben de que *a exceção é o absolutismo da contemporaneidade*.

Isto, leva-nos a questionar quem é o soberano na atualidade? É quem decida sobre a exceção? A verdade é que há que se analisar uma série de fatores para se obter essas respostas. Afinal, como assevera Ferrajoli⁵⁹⁰, não são mais os governos democraticamente eleitos que gerem a vida econômica e social, em razão do interesse público, mas potências ocultas e relacionadas principalmente com o capital financeiro, de forma a surgir uma democracia voltada à satisfação dos interesses do mercado.

Para Rafael Valim⁵⁹¹ o mercado é o soberano na contemporaneidade, de sorte que “*o Estado de Exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal*”. É o meio pelo qual se *neutraliza* a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal.

A bem da verdade, o mercado não é o único a propalar essa confusão de poderes, resultado do conflito de interesses gerados pela estreita aliança entre

⁵⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 68. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁵⁸⁹ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 26.

⁵⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 150.

⁵⁹¹ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 33-37.

poderes políticos públicos e poderes econômicos privados e pela subordinação dos primeiros aos segundos. Tanto que, sob este aspecto do conflito de interesses, nas formas de corrupção ou de intercâmbio político com *lobbies* corporativos e, sobretudo, com os meios de comunicação, que são hoje fenômenos endêmicos em todos os ordenamentos democráticos; resulta cada vez mais forte a relação entre dinheiro, informação e política: dinheiro para fazer política e informação; informação para fazer dinheiro e política; política para fazer dinheiro e informação, seguindo um círculo vicioso que se resolve no crescente condicionamento anti – ou extra – representativo da ação de governo⁵⁹². A par disso, percebe-se que são vários os soberanos. A mídia, por exemplo, influencia mais os julgamentos do que a própria ciência jurídica com os textos doutrinários e demais produções científicas⁵⁹³.

Como consequência desse contexto, o Direito Penal e Processual Penal “sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado”, de forma que a persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas. Aliás,

A crise da capacidade regulatória do Direito, a crise do constitucionalismo, o insustentável nível de desigualdade social em todo o planeta, a despolitização das sociedades, a emergência do terrorismo, o recrudescimento do fascismo e da intolerância em todas as suas formas, a crise de legitimidade dos parlamentos, entre outros elementos, concorrem para uma *complexa trama cujo desvelamento se faz possível por meio das virtualidades heurísticas do Estado de Exceção*⁵⁹⁴.

Desta maneira, o ativismo judicial decorrente da crescente jurisdicionalização dos conflitos sociais e políticos, demonstra a interferência do Poder Judiciário no âmbito de competência do Legislativo e do Executivo, que além afirmar o caráter excepcional de sua atuação, demonstra uma rotineira usurpação do que determina a Constituição e as Leis⁵⁹⁵. Aliás, a exceção como vem sendo aplicada nas decisões judiciais, coloca em cheque assuntos que representam

⁵⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011, p. 53.

⁵⁹³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 53.

⁵⁹⁴ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 33-37.

⁵⁹⁵ FORNAZIERI, Aldo. O estado de exceção e a Lava Jato. **Revista Brasileiros**. 28 dez. 2016. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2016/04/o-estado-de-excecao-e-lava-jato/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

conquistas civilizatórias irrenunciáveis, que no direito Constitucional brasileiro, denominou-se de cláusulas pétreas. Isso porque é explícita a afronta às Garantias e aos Direitos Fundamentais pelo Poder judiciário.

Prova disto, é a aparição frequente da exceção no universo jurídico latino-americano, em decisões judiciais, de caráter evidentemente excepcional, proferidas sob o “pretexto de ‘combater’ a corrupção, a que se tem denominado ‘Estado de Exceção judicial’”⁵⁹⁶. O corrupto, por vezes, figura como o inimigo e, portanto, é quem têm

Negadas as mais óbvias Garantias processuais enfeixadas no Princípio do devido processo legal, em uma guerra que desconhece limites. Nesse contexto, o enfrentamento da corrupção, enquanto desafio fundamental das democracias contemporâneas, passa a constituir um *cavalo de troia* dentro do Estado de Direito, sendo usado em favor de interesses inconfessáveis.

Surge, paralelamente, o papel do “bom juiz”, construído/vendido pela mídia e percebido por parcela da população como herói, mas que é aquele que, contrariamente ao paradigma da Democracia Constitucional, considera os Direitos Fundamentais como óbices à eficiência do Estado (ou do mercado). Isso, para muitos – alguns por ignorância das Regras do jogo democrático, outros por compromissos com posturas autoritárias – o “bom juiz” é justamente aquele que, ao afastar Direitos Fundamentais, nega a concepção material de democracia⁵⁹⁷. Porém, o magistrado, consoante as diretrizes garantistas,

não deve desenvolver atividade probatória, nem participar da persecução penal; não tem compromisso com as versões parciais (da acusação e da defesa); também não é órgão de segurança pública, mas de concretização dos direitos e Garantias constitucionais⁵⁹⁸.

Nesta perspectiva, “a produção de provas não pode ocorrer sem a provocação das partes”, evitando, assim, “o ‘quadro mental paranóico’, o primado da

⁵⁹⁶ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 16-50.

⁵⁹⁷ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 26.

⁵⁹⁸ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 141-142.

hipótese sobre o fato”⁵⁹⁹.

Por certo que uma atividade decisionista do juiz baseada na “credibilidade social” subverte os fins alinhados à percepção de uma Democracia Constitucional, já que o exercício jurisdicional resta baseado na ideia de que o consenso da maioria poderia legitimar a ofensa aos Direitos Fundamentais. Como anota Geraldo Prado⁶⁰⁰, “não é legítima a decisão do juiz que condena o acusado porque a maioria das pessoas quer esta condenação”. Conforme ele, a “legitimidade da condenação e validade jurídica da sentença depende da correspondência entre aquilo que afirma o juiz e as provas lícitas produzidas no curso do processo”.

Um processo penal efetivo, no entanto, exige o respeito aos Direitos Fundamentais e a capacidade de punir em atenção ao devido processo penal, diferentemente do que a saga desenfreada e inescrupulosa ao combate à corrupção e à criminalidade. Afinal, “o Estado que pretende legítima a punição daqueles que violam a lei, não pode, para punir, violar seus próprios comandos legais”⁶⁰¹.

Nesse paradoxo, percebe-se a inegável importância da Hermenêutica em relação aos paradigmas do Estado Democrático de Direito, porquanto há visivelmente, “uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção”. A propósito, a possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, conduz, inevitavelmente, às arbitrariedades, arruinando, com isso, a própria Constituição. “É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a ‘proteger’ o direito e a concretizá-lo”.⁶⁰²

Com efeito, “só há efetividade e, portanto, espaço constitucionalmente

⁵⁹⁹ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 141-142.

⁶⁰⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 34.

⁶⁰¹ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 145.

⁶⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 45.

adequado para o processo penal, na medida em que existam condições para a compreensão dos limites ao exercício do poder”. Até porque, “impossível pretender essa compreensão (compreender é interpretar) sem que se realize o desvelamento de cada ato processual” e, principalmente, dos atores jurídicos que interpretam o texto legal, produzem os atos e concretizam o poder penal⁶⁰³.

Ao confrontar a teoria com a realidade das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário, é possível cogitar-se, na atualidade, da instauração de um Estado de Exceção no Brasil? Há alternativa à exceção ou estamos condenados a uma ‘exceção permanente’⁶⁰⁴?

3.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO PROTAGONIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como asseverou Ferrajoli⁶⁰⁵ em palestra ao Parlamento italiano é a carta política que mais consagrou direitos de liberdade, igualdade e sociais aos seus cidadãos, dentre os quais se destacam aqueles relacionados ao direito penal e processual. Ademais, além de reconhecer os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, optou pelo postulado da Democracia Constitucional, introduzindo o que autor denomina de rigidez constitucional⁶⁰⁶.

Foi essa estrutura rígida que promoveu a mudança, radical e simultânea, tanto da validade das leis como da estrutura da democracia, colocando no topo da hierarquia das fontes as normas constitucionais e vinculando-a, em relação à legislação infraconstitucional, às expectativas universais em que consistem os direitos nela estabelecidos: como expectativas negativas da não lesão dos direitos

⁶⁰³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 145.

⁶⁰⁴ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 16.

⁶⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** **247**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. V. 2. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 37. Título original: *Principia Iuri: Teoria del diritto e della democrazia*.

de liberdade e como expectativas positivas da satisfação dos direitos sociais. Em primeiro lugar, do direito e das condições, já não somente formais, mas também substanciais, da validade das leis; em segundo lugar, da estrutura da democracia, caracterizada por sua vez já não pela dimensão política ou formal como única, mas também por uma dimensão substancial, relativa ao conteúdo das decisões⁶⁰⁷.

Além disso, prevê mecanismos que, por um lado, consistem na proibição de derrogar e na obrigação de agir dos Princípios, direitos e institutos estabelecidos pela Constituição, que somente poderão ser modificados por meio de procedimento de revisão complexos ou imutáveis (como é o caso das cláusulas pétreas) de qualquer modo; e, de outro modo, no controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis ordinárias que contradigam tais Princípios e direitos, principalmente, as Garantias primárias negativas⁶⁰⁸.

Deste modo, o direito penal e o constitucional estão perfeitamente interligados, em razão de que a Constituição é a primeira a traçar os limites do poder punitivo do Estado, com a inclusão de Garantias no âmbito do direito penal e processual que, diante da rigidez imposta, condicionam toda a legislação penal ordinária⁶⁰⁹. Por essas razões, o Princípio da legalidade coloca-se como peça fundamental a enfrentar os limites impostos pelo Estado em relação ao exercício do seu poder de punir⁶¹⁰, de sorte a desdobrar-se em outros dois: a) o republicano (ou democrático), que obriga inclusive o Poder Judiciário à interpretar e aplicar de forma coerente as leis penais; e b) a soberania popular, cujo intento é impedir que a justiça penal atue em prol de poderes absolutos e a favor da vontade das maiorias⁶¹¹.

Desaparece, portanto, a soberania como *potestas legibus soluta*, claramente, incompatível com o Estado constitucional de direito, que não admite a

⁶⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011, p. 32.

⁶⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez . Madrid. Trotta, 2011, p. 39-40.

⁶⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

⁶¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 97.

⁶¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121.

existência de poderes absolutos, ou seja, não sujeitos às leis. Isso porque a soberania passa a pertencer ao povo, que já a exerce nas formas e dentro dos limites da Constituição⁶¹². De toda sorte, o direito à jurisdição, no “*status activus processualis*”, é o resultado da utopia garantista que se faz da crítica ao Direito processual da monarquia absoluta, desde Tomasio, Voltaire, Montesquieu e Beccaria⁶¹³.

A par disso, a Hermenêutica constitucional tem um papel fundamental ao fixar parâmetros para que a produção da norma pelos atores jurídicos ocorra em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com os Direitos Fundamentais por ela consagrados. Consequentemente, o sistema de justiça criminal faz parte da estrutura do Estado e, portanto, será o espaço político, *locus* em que se dará o “controle social e outras funções típicas de governo da sociedade”⁶¹⁴, que deve decorrer da lei em sentido estrito.

A propósito, como assevera Juarez Cirino dos Santos⁶¹⁵ a teoria da lei penal destaca objetivos diferentes atribuídos ao Direito Penal nas sociedades contemporâneas,

os objetivos declarados de proteção de bens jurídicos atribuídos pelo discurso oficial e os *objetivos reais* de garantia das relações de propriedade e de poder atribuídos pelo discurso criminológico. Essa perspectiva crítica define as premissas de um projeto teórico democrático, comprometido com a redução do flagelo social produzido pelo sistema penal nas sociedades capitalistas, assumindo como modelo programático as propostas do Direito Penal Mínimo.

Desta maneira, importante ter-se conhecimento acerca das premissas ideológicas do poder punitivo por ser condição à redução da repressão seletiva do Direito Penal, mediante a prática judicial comprometida com o valor superior da democracia, que começa pela garantia do indivíduo em contraponto ao poder repressivo do Estado, prossegue com a promoção dos direitos humanos da

⁶¹² FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid. Trotta, 2011, p. 36.

⁶¹³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 515.

⁶¹⁴ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 16.

⁶¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. V.

população criminalizada e consolida-se com a plena realização da cidadania e da dignidade humana⁶¹⁶.

Porém, será a partir da “consciência da dimensão política do Processo Penal (e da possibilidade de manipulação da persecução penal e do sentimento de medo da população)” que se propiciará a construção de práticas processuais democráticas e éticas. A propósito,

Basta lembrar que prisões em desacordo com o Princípio da presunção da inocência e “delações premiadas”⁶¹⁷ são apresentadas à sociedade como instrumentos neutros de combate ao crime, mas, na verdade, escondem a perda da superioridade ética do Estado, que, ao violar a lei e afrontar os Direitos Fundamentais (sob o argumento de “combater o crime”, “acabar com a corrupção”, etc.), acaba por se igualar ao criminoso⁶¹⁸.

Nessa perspectiva, evidente que o Estado Democrático de Direito não é compatível com decisões judiciais discricionárias ou arbitrárias. Entrementes, o que está em foco, principalmente, na mídia, são as decisões e a atividade jurisdicional

⁶¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. vii.

⁶¹⁷ O professor de Direito Processual Penal Diogo Malan, em entrevista à Revista Consultor Jurídico, expôs suas críticas ao uso do instituto da delação premiada no Brasil, asseverando que: “No âmbito do sistema penal brasileiro, a delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica ou um violoncelo numa bateria de escola de samba. Isso porque no sistema norte americano, em primeiro lugar, existe um controle popular sobre as atividades do acusador, que em Regra é eleito e reeleito pelo voto dos membros da comunidade. Em segundo lugar, a ação penal condenatória é regida pelos Princípios da oportunidade e da disponibilidade, que são justamente os Princípios opostos àqueles adotados pelo legislador brasileiro. No julgamento pelo júri norte americano, o acusador se depara com ônus probatório e argumentativo altíssimo, porque ele deve convencer 12 jurados sobre a culpa do acusado. Ou seja, exige-se um veredicto unânime para a condenação, o que significa que o defensor técnico do acusado chega à mesa de negociação do acordo com cartas de naipe muito mais alto na manga do que o seu colega brasileiro, que se depara com um julgamento feito por um único juiz togado”. De mais a mais, traz duas críticas à utilização do sistema: “o fato de que a liberdade do ser humano é um bem considerado fora do comércio, sobre o qual o Poder Judiciário, o Ministério Público e o defensor técnico do acusado não dispõem. Como o sistema de administração da Justiça Criminal não é um mercado persa, e a liberdade do acusado não é uma espécie de tapete, aberto a negociação, é no mínimo questionável a compatibilidade entre esse instituto e valores axiológicos que devem pautar o Estado, como, por exemplo, os Princípios da legalidade e da moralidade. Outro ponto que eu gostaria de salientar é que a natureza supostamente voluntária da adesão a um acordo dessa natureza, por parte do investigado, é comprometida pela coação resultante de uma ameaça, explícita ou velada, de aplicação de uma pena mais grave caso não seja celebrado o acordo”. RODAS, Sergio. “No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica”. **Revista Consultor Jurídico**. 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶¹⁸ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 16-17.

voltadas ao combate à corrupção, que ao utilizarem argumentos sub-reptícios promovem a Interpretação da norma no Campo da Exceção, o que culmina na instauração do que Giorgio Agamben denomina de Estado de Exceção. Este será o *locus* (ou seja, onde se determinará a ilocalização do Estado de Exceção), ou seja, o Campo que se realizará de forma estável a exceção.

Elege-se, para tanto, a figura do inimigo a ser combatido, que Jessé Souza⁶¹⁹ ao tratar a questão da corrupção, frisa que a razão dessa configuração é no sentido de que como o “combate à desigualdade é um valor universal, que não se pode atacar em público sem causar forte reação, tem-se que combater essa bandeira inatacável com outra bandeira inatacável”.

Porém, nem sempre a corrupção é o mote, afinal, em nome da segurança jurídica⁶²⁰ e do combate à criminalidade, a garantia constitucional da presunção da inocência, já foi distorcida sob o argumento de atender ao clamor social, por exemplo.

A partir disso, testemunha-se a um fenômeno de superação da normatividade, principalmente, no âmbito do Poder Judiciário, o que confere maior gravidade ao Estado de Exceção que se instaurou no Brasil, em razão de sua origem proceder justamente do órgão que seria a última fronteira de defesa constitucional. Deste modo, todo o rol de Direitos Fundamentais é atingido: individuais, sociais, políticos, em um acelerado processo desconstituente⁶²¹. No entanto, a pedra fundamental da proteção dos Direitos Fundamentais, que é o

⁶¹⁹ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. São Paulo: LeYa, 2016, p. 112.

⁶²⁰ “Não se trata aqui de considerações ligadas a “segurança jurídica”, categoria que ao longo da história serviu ao projeto político de manutenção do *status quo* e da desigualdade social (pense-se, por exemplo, no fenômeno da interpretação retrospectiva”, distorção que muitos justificavam em nome da “segurança jurídica”), mas de uma questão essencial à democracia, a saber: o limite ao poder. As agências Judiciais não são livres para decidir de acordo com o que as deixam convencidas (o “livre convencimento é um mito”); não há, portanto, o direito do julgador escolher arbitrariamente um determinado sentido, isso porque tanto o círculo hermenêutico quanto a diferença ontológica entre o texto e a norma, resgatam a facticidade e proporcionam uma espécie de blindagem contra decisões discricionárias/arbitrárias (vale lembrar que o texto é um evento a ser considerado e que a linguagem sempre antecipa os sentidos)”. CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 107.

⁶²¹ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 162.

controle jurisdicional, resta subvertida pelo seu garantidor, o próprio Poder Judiciário. Isso porque, como assevera Peces-Barba⁶²², somente quando o Direito Fundamental pode ser alegado por seu titular perante o judiciário, pode-se falar em seu sentido integral de proteção.

Nesse contexto, “saltam aos olhos decisões que relativizam Direitos Fundamentais e reduzem as Garantias que justificam o processo penal”, em vez de promoverem a sua proteção e concretização. Como assevera Rubens Casara⁶²³

ocultam-se tanto as diferenças estruturais entre os direitos e Garantias fundamentais (que integram o processo penal) e os direitos patrimoniais quanto a diferença ontológica entre texto e norma, desconsiderando-se ainda no círculo hermenêutico os Princípios que dão concretude aos Direitos Fundamentais. Diferenças que se fossem percebidas impediriam o tratamento homogêneo entre essas espécies de expectativas estruturalmente distintas. Diferenças que geram situações subjetivas heterogêneas e, em vários aspectos, opostas: de um lado, direitos relacionados com toda classe de sujeitos, de outro, direitos de um titular, com exclusão de todos os demais; direitos inclusivos que se opõe a direitos exclusivos; direitos universais que não podem ser tratados da mesma forma que os direitos singulares.

Isso conduz inexoravelmente a instauração de uma zona de anomia (um vazio decorrente da suspensão da norma), conseqüentemente, promovendo a destruição da norma no Campo da Exceção.

O processo penal, a propósito, atua em um Campo historicamente marcado pela tensão entre valores, decorrente da possibilidade de o Estado constranger as liberdades individuais, “no qual as Garantias processuais, expressão de valores que deveriam se encontrar imunes aos desejos inquisitivos e até às maiorias de ocasião”, ou seja, “a dimensão substancial da democracia para além da mera dimensão política/formal”. Nesse contexto, a dessimbolização produz efeitos desastrosos, dos quais se pode citar: o “afastamento imotivado (ou com motivação em desconformidade com a Constituição da República) de Direitos Fundamentais, a inversão do ônus da prova, a existência de um encarceramento provisório em

⁶²² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 513.

⁶²³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 109.

massa, etc”⁶²⁴. Logo, esse quadro reflete o que propõe o Estado de Exceção.

À vista disso, como expressa Rafael Valim, “o regime de exceção corrói por dentro, ao modo do cupim com a madeira, o vínculo entre o mandato popular e a legitimidade da dominação política”. Nessa perspectiva, arremata que “permanece a ‘casca’, a legalidade constitucional como letra morta, que passa a ser regida por atos sucessivos de agressão a esta mesma legalidade”. Para corroborar, o autor menciona a denominada ‘Operação Lava Jato’” como um exemplo desse processo de Interpretação de norma no Campo da Exceção. Afinal “o ataque sucessivo a todos os tipos de Garantias individuais e ao próprio processo legal é legitimado pelo Tribunal que deveria defender a constituição”⁶²⁵.

Todavia, antes mesmo da ‘Operação Lava Jato’ ganhar os holofotes e ter os desdobramentos que são objeto de debate por operadores do direito de todo o mundo⁶²⁶, o Poder Judiciário protagonizou a subversão da garantia à presunção da inocência com a Interpretação inadequada da norma constitucional, em mais de uma oportunidade.

A presunção da inocência é, primeiramente, uma Regra de tratamento que favorece do indiciado ao réu, desde a investigação preliminar até, e inclusive, o julgamento do caso penal nos tribunais superiores, de forma que todos os imputados (diga-se, indiciados ou acusados) devem ser tratados como se inocentes fossem até que sobrevenha a certeza jurídica da culpabilidade oriunda de uma sentença penal irrecorrível. Isto, em outras palavras, é o que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil. O tratamento diferenciado, nessa proposta, somente se justifica acaso fundamentada a necessidade de se afastar o tratamento isonômico, o que não é o caso das situações que serão exemplificadas na

⁶²⁴ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 109.

⁶²⁵ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 10-11.

⁶²⁶ A imprensa Alemã, por exemplo, após a condenação do ex-presidente Lula, manifestou-se como muitos outros, que este processo foi moldado mais por critérios políticos do que jurídicos, de sorte a influenciar as eleições de 2018, em que este busca a sua reeleição. Ver: notícia veicula em: O Brasil na imprensa alemã. **Jornal DW**. 19 jul. 2017. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/o-brasil-na-imprensa-alem%C3%A3-19-07/a-39757064>. Acesso em: 19 jul. 2017.

sequência⁶²⁷.

Além disso, citado Princípio apresenta-se como Regra de garantia, ou seja, é dirigido ao Estado para que atue contra as opressões tanto públicas quanto privadas. Dito de outra forma: “o Estado, para concretizar o Princípio da presunção da inocência, recebe do legislador constituinte o dever de adotar todas as medidas que permitam assegurar ao indiciado ou acusado tratamento digno”. Consequentemente, também tem por objeto servir como óbice às “tentativas totalitárias (de fazer do imputado um objeto a ser manipulado pelo Estado) e às perversões inquisitoriais que levam ao encarceramento em massa da população brasileira, em especial aqueles que não interessam à sociedade de consumo”⁶²⁸.

A propósito, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 17 de fevereiro de 2016, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 126. 292, é um dos exemplos da criação de uma lacuna fictícia no direito, sob o fundamento de proteger a existência da norma e a sua aplicabilidade à situação normal, promovendo, na verdade, uma fratura entre a posição da norma e a sua aplicação, que só poderá ser preenchida por meio do Giorgio Agamben denominou de Estado de Exceção.

Extraí-se essa perspectiva, ao analisar a ementa do citado julgamento, cujo conteúdo propõe que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de recurso de apelação, ainda que sujeito ao recurso especial ou extraordinário, não viola o Princípio da presunção da inocência” e o que dispõe a garantia constitucional violada, no âmbito nacional e internacional: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CRFB, art. 5º, LVII) e “toda pessoa acusado de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (CADH, art. 8º, § 2º). Igualmente, o art. 283 Código de Processo Penal reflete essa orientação, dispondo que

⁶²⁷ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 32.

⁶²⁸ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 33-34.

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

Totalmente discrepante o atual entendimento com o anteriormente adotado desde o ano de 2007, cujo julgamento do Habeas Corpus n. 91232/PE⁶²⁹ deixa claro que a inobservância do Princípio da presunção da inocência subverte o paradigma da democracia e inclusive a dignidade da pessoa humana, dentro outros direitos citados no acórdão.

Logo, o *locus* em que se situa a mudança de entendimento da Corte Constitucional, permitindo a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, demonstra “a confiança na capacidade do poder executivo (pela via cárcere) equilibrar os direitos de liberdade e a segurança da coletividade”, enquanto, na verdade, além de ser ilegal e inconstitucional, “contribui para a ampliação de um problema crônico no Brasil: a explosão carcerária no país, especialmente daqueles que cumprem prisão provisória”. Resultando, igualmente,

⁶²⁹ “HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o Princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 6. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida”. STF, 2ª Turma, HC 91232/PE, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 06/11/2007.

no aumento do “déficit de vagas no sistema prisional e, por via reflexa, contribui para todas as ilegalidades decorrentes do cárcere nessas condições, mitigando os direitos e Garantias”, inclusive, aqueles relacionados ao confinamento⁶³⁰.

A Interpretação da norma, no contexto apresentado, além de se situar no Campo da Exceção, acaba por legitimar a Violência do Estado, como escreve Airto Chaves Júnior⁶³¹, “num sistema e manutenção de forças para garantir o controle social, pois é justamente nas estruturas sociais que o Direito se mostra necessário”. Apesar da promoção e legitimação dessa ideologia do poder não ser exclusividade do judiciário, diferentemente dos

demais atores políticos que atuam no processo de criminalização sustentando a Violência Legítima, é o Poder Judiciário quem tem a última palavra para decidir se cabe ou não a execução de determinada medida que legitime a lesão ao bem jurídico (liberdade caso a pena seja privativa de liberdade, patrimônio no que se refere a pena de multa, etc) do sujeito autor da conduta submetida à apreciação.

Nessa perspectiva, salienta referido autor⁶³² que “o cumprimento da legislação é supremo referente de civilidade e, dessa maneira, quanto mais se respeitem as leis, menos Violência se tem”. Idêntica orientação pode-se utilizar para afastar a norma dessa zona de anomia característica do Estado de Exceção e

⁶³⁰ CHAVES JÚNIOR, Airto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões**: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. 2017. 267 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em regime de dupla titulação com o Curso de Doctorado em Derecho com a Universidad de Alicante, Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí/ Universidad de Alicante, Itajaí, 2017, p. 157-158. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/66209/1/tesis_airto_chaves_junior.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

⁶³¹ CHAVES JÚNIOR, Airto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões**: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. 2017. 267 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em regime de dupla titulação com o Curso de Doctorado em Derecho com a Universidad de Alicante, Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí/ Universidad de Alicante, Itajaí, 2017, p. 155. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/66209/1/tesis_airto_chaves_junior.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

⁶³² CHAVES JÚNIOR, Airto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões**: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. 2017. 267 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em regime de dupla titulação com o Curso de Doctorado em Derecho com a Universidad de Alicante, Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí/ Universidad de Alicante, Itajaí, 2017, p. 154. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/66209/1/tesis_airto_chaves_junior.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

aproximá-la aos fins propostos pela Democracia Constitucional.

Outro exemplo, que demonstra a perfeita Interpretação da norma penal e processual no Campo da Exceção, provém do julgamento da Ação Penal n. 470, pelo Supremo Tribunal Federal, em razão da distorção da teoria do domínio do fato, para “transformá-la em uma Regra de inversão do ônus da prova, em uma hipótese que beira a responsabilidade objetiva em matéria penal”. E isso, claro, para afastar a incidência da dimensão probatória do Princípio da presunção da inocência⁶³³. Essa aplicação foi extremamente rebatida, inclusive, pelo próprio Claus Roxin, que dogmatizou a teoria do domínio do fato, como já delineado no primeiro capítulo.

Aliás, “as teorias penais, ao menos nas sociedades democráticas, só existem e se justificam a partir da finalidade de conter o poder punitivo, de conter o poder penal”. Deste modo, “sempre que uma teoria é distorcida, há a certeza de se estar diante de movimentos autoritários de ampliação do poder e de restrição de direitos e Garantias fundamentais”⁶³⁴.

Isso reforça a necessidade de construção de uma resposta Hermenêutica a partir de uma Interpretação adequada da Constituição, como propõe Lenio Streck, a fim de coibir a criação dessa zona cinzenta que coloca a norma em um Campo jurídico⁶³⁵ alheio ao texto constitucional que se buscou interpretar, ou seja, coloca-a

⁶³³ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 53.

⁶³⁴ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 53.

⁶³⁵ Esse campo jurídico constitui-se de um conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos lhe dão dinamismo, mas também o mantêm, como um campo: os jogadores em competição é que disputam entre si, mas não o campo em si mesmo; portanto, a disputa reafirma e ainda fortalece o campo. Todos os jogadores num campo jurídico têm determinado conjunto de disposições que orientam suas ações. Tais disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e de conflitos internos, o que constitui o *habitus* desse campo. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 926-927. Para Bourdieu, o campo é o espaço simbólico onde se determinam, validam e legitimam as representações sociais. Com a teoria dos Campos, o autor procura explicar que a realidade é orientada por convenções sociais e que as pessoas sofrem influência da estrutura interna dessas relações. Assim, para entender como as pessoas se comportam, faz-se importante compreender qual o tipo de relações de poder dessas partes, especialmente, aqueles oriundos da linguagem. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Lisboa/Portugal: Difel, 1989. Referido autor entende como *habitus* o sistema de disposições para determinada prática consubstanciado num fundamento objetivo de condutas regulares. BOURDIEU, Pierre. **Coisas**

no Campo da Exceção.

O Campo jurídico encaixa-se num paradoxo semelhante ao do Estado de Exceção proposto por Giorgio Agamben⁶³⁶, a partir da oposição entre norma e decisão trabalhada por Carl Schmitt, de sorte que na decisão, sob esse prisma, a norma é suspensa ou, mesmo, anulada; mas aquilo que está em causa nesta suspensão é, uma vez mais, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma (deve-se criar uma situação na qual possam valer normas jurídicas). Ou seja, situa-se no Campo da Exceção.

Nesse esteio, quantas são as possíveis posições em relação ao Princípio da presunção da inocência? Em mais um caso paradigmático, levado ao judiciário para analisar a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010, o problema cingiu-se em ponderar se o Princípio da presunção da inocência (direito individual) poderia ser restringido em prol do Princípio da moralidade administrativa, que é um direito coletivo⁶³⁷.

A partir disto, houveram os que defenderam que essa presunção deveria ser mitigada, em razão de que ao oportunizar a interposição de recurso a um órgão colegiado, se a condenação fosse mantida, seria desarrazoado aguardar o julgamento do último recurso nas instâncias superiores⁶³⁸. Ideia que se coaduna com aquela apresentada, na mudança de entendimento que ocorreu no Supremo Tribunal Federal em 2016, quanto à possibilidade de execução provisória da pena. Outro entendimento apresentado à época foi no sentido de defender a

ditas. Tradução de Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 98. Noutra obra, o autor conceitua que o *habitus* pode ser entendido como “sistema das disposições socialmente constituídas que, enquanto estruturas estruturantes, constituem o Princípio gerador e unificador do conjunto das práticas e das ideologias características de um grupo de agentes. Tais práticas e ideologias poderão atualizar-se em ocasiões mais ou menos favoráveis que lhes propiciam uma posição e uma trajetória determinada no interior de um campo intelectual que, por sua vez, ocupa uma posição determinada na estrutura da classe dominante”. BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Tradução de Sergio Miceli, Silvia de Almeida Prado, Sonia Miceli e Wilson Campos Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 191.

⁶³⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 60-61. Título original: *Stato di Eccezione*.

⁶³⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87.

⁶³⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87.

inelegibilidade de candidatos com condenações emitidas por órgãos colegiados, uma vez que se objetiva com isso dar vazão ao 'Princípio' constitucional da moralidade administrativa, que é um direito coletivo e deve prevalecer diante do direito individual que cada candidato tem de ser presumido inocente até o efetivo trânsito em julgado da condenação.

A questão a se destacar é, como um direito individual como a presunção da inocência, pode ser restringido? Num primeiro momento, “o motivo determinante para restringir a presunção de inocência é baseado em um típico argumento de exceção”, que atenta sobremaneira contra os Princípios que suplantam o Estado de Direito. Afinal, o problema acerca do funcionamento do sistema político é “apontado como um caso que coloca em xeque toda a ordem pública e que, por isso, precisa de uma resposta legislativa que restabeleça a ordem perdida”. O reflexo disto, é que o restabelecimento da suposta ordem, acarretará a suspensão do direito⁶³⁹.

Logo, os entendimentos apresentados reforçam a ideia de que são constantes os argumentos que invadem o Campo da Exceção para justificar o injustificável nas decisões judiciais. Com isto, adentram no paradoxo apontado por Giorgio Agamben em seu livro intitulado Estado de Exceção. À vista disso, “uma situação de necessidade reivindica a suspensão da execução de um direito, com o pretexto de salvar o próprio direito, com o restabelecimento da ordem”, cujo “caminho é perigoso, tortuoso e sem volta”⁶⁴⁰.

De todo modo, por pior que seja vivenciar esses casos de corrupção, esse descaso com a coisa pública, a exclusão do processo político deve ser realizada no contexto do jogo democrático (por meio do sufrágio e dos meios legais de condenação e ilegalidade). Afinal, “suspender o direito de presunção de inocência em virtude da ‘necessidade’ de moralizar o processo político é abrir um perigoso espaço de institucionalidade, a partir do qual emergem figuras típicas de um Estado de Exceção”⁶⁴¹.

De toda sorte, o argumento de que o direito social à moralidade

⁶³⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

⁶⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

⁶⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88-89.

prepondera sobre o individual da presunção de inocência, denota uma falsa ideia de colisão de Princípio e, disto resta claro o perigo da utilização da teoria alexyana no direito brasileiro. Isso porque esse argumento esteve presente em diversos elementos das “visões” totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado, de sorte a constituir um risco à democracia, além de atentar aos Direitos Fundamentais⁶⁴². Afinal, como Georges Abboud⁶⁴³ descreve

a fórmula que postula a necessária e incontestável primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (Estado). A própria existência dos Direitos Fundamentais seria colocada em risco, caso fosse admitida qualquer restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade ou então para o próprio governo, ou ainda a preservação do interesse público. A primazia dos Direitos Fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. Assim, caso fosse admitida a restrição de Direito Fundamental com fundamento na primazia do interesse público, de uma única vez, seriam esvaziadas as duas principais funções dos Direitos Fundamentais: (i) oponibilidade contra o poder público; (ii) proteção do cidadão contra formação de eventuais maiorias, ou da atuação do governamental supostamente embasada na vontade da maioria.

Neste caso, a democracia prevaleceu, em razão de que o julgamento afastou os entendimentos que culminariam para que a decisão adentrasse ao Campo da Exceção, de sorte que o STF julgou improcedente a ADPF n. 144, que objetivava vetar as candidaturas de cidadãos, cujo passado estivesse maculado por processos criminais ou de improbidade administrativa, ainda em curso, fazendo prevalecer o Princípio da inocência. Dessa forma, a Corte Constitucional, por maioria de votos, decidiu que “o Princípio da inocência não dava azo a outra Interpretação senão a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Como bem menciona Streck⁶⁴⁴, o julgamento utilizou argumentos de Princípio como propõe Dworkin:

Vê-se, assim, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela Associação dos Magistrados Brasileiros, com apoio na

⁶⁴² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 89.

⁶⁴³ ABOUD, Georges. **O mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado:** a Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos necessários para se autorizar restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. n. 907. maio 2011, p. 61.

⁶⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 592.

expressiva maioria da imprensa, o STF esgrimiou decisão contrária, exatamente com fundamento em argumentos de Princípio (presunção da inocência). [...] Por tais razões, argumentos de Princípio, como bem diz Dworkin, mostram-se superiores aos argumentos fundados na moral individual ou coletiva ou de outros argumentos de política *latu senso*.

A prevalência dos Direitos Fundamentais, no Campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade⁶⁴⁵, dado que invertem a lógica do Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode em nome da dita segurança coletiva, flexionar de forma excessiva e desproporcional, os Direitos Fundamentais⁶⁴⁶.

Destarte, as teorias que se ocupam do conceito de Princípio, dentre as quais se destacou no segundo capítulo aquelas desenvolvidas por Alexy e Dworkin, conquanto antagônicas, são importantes para mostrar que os Princípios jurídicos são mais do que “simples fatores de colmatação das lacunas”, porquanto são “normas

⁶⁴⁵ “O *in dubio pro societate* é uma fraude retórica à serviço da mentalidade autoritária e de jurista preguiçoso. Sem falar que nunca foi recepcionada pela Constituição ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (falta assim conformidade constitucional e convencional). Na ação processual penal, o caráter abstrato coexiste com a vinculação a uma causa, que é o fato aparentemente delituoso. Logo, uma causa concreta. Existe assim uma limitação e vinculação a uma causa concreta que deve ser demonstrada, ainda que em grau de verossimilhança, ou seja, de *fumus commissi delicti*. Portanto, nessa linha de pensamento (que é a mais próxima da realidade do processo penal, sublinhe-se), a *ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso pena*. A “pedalada” motivacional do *in dubio pro societate*, significante vazio e manipulador da devida análise dos requisitos legais, ainda é dominante, embora boa parte dos magistrados já se envergonhe de tal proceder, assim como no drible da pronúncia. Claro que é cômodo e a maioria usa, até o dia em que se dá conta de que não faz sentido jogar para drible do *in dubio pro societate*. Não se trata de condenação antecipada, nem de receber sem motivação, mas de analisar os requisitos legais em juízo de probabilidade. Decorência do *in dubio pro hell*, repete-se o do *in dubio pro societate*, outra invenção da hermenêutica do conforto, em que, no caso de dúvidas, prevalece o interesse coletivo, da sociedade. A única presunção é a de inocência. Diante das dificuldades probatórias, articula-se esse mecanismo capaz de demitir os jogadores/julgadores da necessária fundamentação. Portanto, não se pode invocar o *in dubio pro societate* para burlar o necessário enfrentamento da presença (ou ausência) das condições de admissibilidade da acusação, fundamentando essa decisão, sem desconsiderar que não se está a exigir uma cognição exauriente ou a plena convicção, mas, sim, um juízo de verossimilhança, de probabilidade, que não isenta de fundamentação e elementos probatórios mínimos. Presente a verossimilhança das condições de admissibilidade, que se fundamente e receba a acusação. Não superando esse juízo de convicção, deve ser rejeitada a denúncia. Não existe espaço para o drible do *in dubio pro societate* como imunizador retórico ao dever de fundamentação e enfrentamento da justa causa (e demais condições)”. LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. Conheça a pedalada retórica do *in dubio pro societate*. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de jul. de 2017. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-jul-14/limite-penal-conheca-pedalada-retorica-in-dubio-pro-societate#_edn2>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁶⁴⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal: conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62.

jurídicas vinculantes, presentes a todo momento na comunidade política”⁶⁴⁷.

Neste sentido, a proposta apresentada por Dworkin, ainda que não em sua integralidade, ao propor que o juiz deve responsabilizar-se pelas decisões que profere e, portanto, ao analisar o caso concreto deve ser coerente com os direitos constitucionalmente previstos, utilizando-se de argumentos de Princípios e não de política, coaduna-se com o que propõe o ordenamento brasileiro. Entrementes, por atender ao que propõe o constitucionalismo principialista, contrapõe-se aos pressupostos do paradigma garantista proposto por Ferrajoli.

Percebe-se do exposto, que são múltiplas as exceções que assolam o Estado de Direito brasileiro, mas a que tem deixado a comunidade jurídica cada vez mais perplexa, com a atuação do Poder Judiciário, é aquela decorrente da “Operação Lava Jato”, iniciada em novembro de 2014. Isso porque, promoveu a prisão cautelar de empresários e agentes públicos, “revestidas de grande espetacularização, somadas aos chamados ‘vazamentos seletivos’ de informações, em absoluta orquestração com grandes veículos de comunicação social”, criando condições tanto sociais como políticas que culminaram na instauração do processo de *impeachment* e, posterior, destituição da Presidenta Dilma Rousseff⁶⁴⁸. O que aconteceu neste período até o fim do mandato da Presidenta, permite identificar três elementos do “Estado de Exceção: o soberano, o inimigo e a superação da

⁶⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 93-94.

⁶⁴⁸ “A Câmara dos Deputados admitiu a acusação contra a Presidenta da República e, em 12 de maio de 2016, o Senado, por 55 votos a 22, determinou a instauração do processo, com o consequente afastamento da Presidenta de suas funções, à luz do art. 86, § 1º, inc. II, da Constituição Federal. A partir deste momento, assumiu, interinamente, o então Vice-Presidente Michel Temer, quem, de imediato, não só compôs um novo governo, mediante a substituição de Ministros e outras autoridades, como também promoveu uma aberta e despudorada campanha junto ao Senado em favor da condenação da Presidenta afastada. É dizer: a norma constitucional que determina o afastamento do Presidente da República, cujo evidente objetivo é evitar a interferência daquele no desfecho do processo, prestou-se à interferência explícita do Vice-Presidente *em prol* do impedimento. Finalmente, em 31 de agosto de 2016, após outras tantas inconstitucionalidades e demonstrações de misoginia, consumou-se a destituição da Presidenta Dilma Rousseff. A partir daí, o governo ilegítimo, em aliança com o Parlamento, inicia uma avassaladora estratégia de desfiguração do modelo de Estado Social de Direito consagrado na Constituição de 1988, diante de um povo domesticado pelos grandes veículos de comunicação social, cujas verbas publicitárias cresceram exponencialmente desde a chegada dos golpistas ao poder”. VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 48-49.

normatividade”⁶⁴⁹.

As prisões que se sucederam, em geral eram evidentemente ilegais, por se fundarem no conceito vago e indeterminado como é o da garantia da ordem pública, sem qualquer outro contexto que as justificassem. Demais disso, tem a questão das interceptações telefônicas, cujo regime nos termos do art. 2º, II, da Lei 9.296/1996⁶⁵⁰, prevê que seja demonstrado, no pedido e na decisão, a impossibilidade de produção da prova por outros meios, a saber, se houver outro meio menos gravoso, necessariamente, deve prevalecer. A interceptação é excepcional por violar a intimidade (Direito Fundamental)⁶⁵¹. Então, o que dizer do vazamento, pelo juiz condutor do processo penal, das gravações entre os ex-presidentes Dilma e Lula?

Primeiro, porque a Presidenta foi interceptada por um juiz de primeira instância, ou seja, manifestamente incompetente e que, não satisfeito com a ilegalidade, ordenou a divulgação do conteúdo à mídia, em uma verdadeira afronta ao art. 8º⁶⁵² e 9º⁶⁵³ da Lei 9.296/1996; seja pela quebra do sigilo, seja pelo fato de que o áudio deveria ter sido inutilizado. Aliás, essa situação constitui crime tipificado no art. 10º⁶⁵⁴ da referida Lei e, no mínimo, já demonstra a quebra da imparcialidade para continuar à frente da persecução penal. Entrementes, como frisa Rafael Valim⁶⁵⁵ a decisão proferida pelo Desembargos do Tribunal Regional Federal da 4ª

⁶⁴⁹ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 41-48.

⁶⁵⁰ “Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; [...]”.

⁶⁵¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal: conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62.

⁶⁵² “Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas. Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal”.

⁶⁵³ “Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada. Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal”.

⁶⁵⁴ “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

⁶⁵⁵ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 42-44.

Região⁶⁵⁶, consagrou um verdadeiro Estado de Exceção jurisdicional.

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada 'Operação Lava Jato', sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao Regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.

Entretanto, conquanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tenha referendado o ato, o vazamento fez o Juiz Sergio Moro ser repreendido pelo ex-relator da Lava Jato no Supremo Tribunal Federal, o falecido Ministro Teori Zavaski, que invalidou o uso daqueles áudios. Além disso, tramita no Conselho nacional de Justiça processo administrativo relacionado a mesma situação, cujo julgamento está pendente de realização.

A questão da interceptação telefônica é palco também para refletir acerca da violação do sigilo das comunicações realizadas por este meio entre o advogado e seu cliente, sob o argumento de que o cliente daquele é o alvo interceptado; de sorte que as conversas com o advogado seriam interceptadas de maneira fortuita e, portanto, essa prova não seria ilícita⁶⁵⁷. Assustadoramente, esse é o entendimento adotado atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça a partir do julgamento do Habeas Corpus 66.368⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Essa decisão foi proferida no P. A. n. 0003021-32.2016.4.04. 8000/RS. Rafael Valim, ainda, ressaltou que o Desembargador federal Rogério Favreto votou pela abertura de processo administrativo contra o Juiz Sérgio Moro. VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 44.

⁶⁵⁷ RODAS, Sergio. "No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica". **Revista Consultor Jurídico**. 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁵⁸ "CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DAS ELEMENTARES DOS CRIMES. OFENSA AO ART. 41 DO CPP. NAOOCORRÊNCIA. NOME COMPLETO DAS VÍTIMAS NAO EXPLICITADO. IRRELEVÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NAO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE DE PROVA COLHIDA NO INQUÉRITO POLICIAL.

O dever de sigilo profissional da advocacia é inviolável⁶⁵⁹ como dispõe a Constituição Federal, dessa forma não importa se o alvo original das investigações é o cliente, pois “a única exceção a essa Regra geral é quando o advogado atuar como coautor ou partícipe de crimes praticados pelo seu cliente”⁶⁶⁰. Logo, a decisão citada quanto a este tema é mais um exemplo das arbitrariedades decorrentes de

INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CONVERSAS ENTRE OS RÉUS E SEUS DEFENSORES. INTERCEPTAÇÃO NOS TELEFONES DOS INVESTIGADOS. FILTRAGEM QUE NAO DEVE SER FEITA PELA AUTORIDADE POLICIAL. AFRONTA AO ESTATUTO DO ADVOGADO NAO CONFIGURADA. DOCUMENTOS QUE PODEM SER DESCARTADOS PELO JUÍZO. SENTENÇA NAO PROFERIDA. ORDEM DENEGADA. I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa dos acusados, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP o que não se vislumbra no presente caso. II. Se o órgão de acusação descreveu minuciosamente os fatos praticados pelo co-réu, esclarecendo que os pacientes, juntamente com os outros dois denunciados, seriam os mandantes da prática delitiva, demonstrando por meio de provas testemunhais os motivos do delito, bem como a ligação destes com o contratado para efetuar os disparos fatais, resta evidenciada a existência de elementos suficientes a embasar a acusação, não havendo que se falar em ofensa ao art. 41 do CPP. III. O fato de os nomes das vítimas de outros homicídios citados na exordial não terem sido apresentados de forma completa não prejudica a defesa dos acusados, pois, além de se tratarem de delitos praticados em pequeno município, onde a comunidade tem conhecimento generalizado dos fatos que ali acontecem, a supressão destes dados não impede a associação da narrativa com a realidade fática. IV. Existindo vinculação mínima entre os fatos da denúncia e a conduta dos pacientes, mesmo que a autoria não se mostre claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, dentro do contexto fático de que dispõe o Ministério Público no limiar da ação penal, não sendo indispensável a descrição pormenorizada da conduta de cada agente. V. O fato de ter sido verificado o registro das últimas chamadas efetuadas e recebidas pelos dois celulares apreendidos em poder do co-réu, cujos registros se encontravam gravados nos próprios aparelhos, não configura quebra do sigilo telefônico, pois não houve requerimento à empresa responsável pelas linhas telefônicas, no tocante à lista geral das chamadas originadas e recebidas, tampouco conhecimento do conteúdo das conversas efetuadas por meio destas linhas. VI. É dever da Autoridade policial apreender os objetos que tiverem relação com o fato, o que, no presente caso, significava saber se os dados constantes da agenda dos aparelhos celulares teriam alguma relação com a ocorrência investigada. VII. Se o Magistrado singular, ao determinar a escuta telefônica, o fez em relação às pessoas investigadas, explicitando os números dos telefones, não cabe à Autoridade policial fazer qualquer tipo de filtragem. VIII. Mesmo que em algumas interceptações os investigados tenham recebido e feito ligações para os seus defensores, estas foram gravadas e transcritas de maneira automática, do mesmo modo como ocorreu com as demais conversas efetivadas através dos celulares dos pacientes. IX. Cabe ao Juiz, quando da sentença, avaliar os diálogos que serão usados como prova, podendo determinar a destruição de parte do documento, se assim achar conveniente, no momento da prolação da sentença. Ordem denegada”. STJ - HABEAS CORPUS: HC 66368 PA 2006/0201607-4, 5ª Turma, Ministro Gilson Dipp, julgado em 5 jun. 2007.

⁶⁵⁹ O sigilo profissional é com concebido como Direito Fundamental e, portanto, como cláusula pétrea inserta no artigo 5º, incisos XIII e XIV da Constituição Federal, prevendo que “XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

⁶⁶⁰ RODAS, Sergio. "No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica". **Revista Consultor Jurídico**. 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

decisões judiciais no Campo de Exceção.

No mais, com a persecução penal deflagrada contra o ex-presidente Lula, tem-se mais uma série de inconstitucionalidades promovidas no âmbito do judiciário, que subvertem Princípios como o do juiz natural, da imparcialidade, e da presunção da inocência⁶⁶¹. A iniciar pela condução coercitiva de Lula⁶⁶² e de outras pessoas, como por exemplo, o caseiro do sítio de Atibaia e inclusive de advogados, que foram autorizadas de forma irregular pelo Poder Judiciário, criando-se por meio dessa postura, “uma aparente legitimidade necessária para que se suspenda a lei quando conveniente ao sujeito que manipula as Regras do jogo”⁶⁶³.

A constitucionalidade da condução coercitiva já é duvidosa, ao levar-se em consideração a garantia consagrada no direito brasileiro, de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si, ou seja, *nemo tenetur se detegere*, aliada aos requisitos legais que a autorizam⁶⁶⁴, quais sejam: a prévia intimação e o descumprimento injustificado do chamado ao juízo e que isso ocorra durante o curso da ação penal (no Processo Penal)⁶⁶⁵. Nessa perspectiva, cabe inclusive fazer uma

⁶⁶¹ VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 44.

⁶⁶² Autos n. 5006617-29.2016.4.04.7000, que tramitam perante a 13ª seção Judiciária Federal de Curitiba/PR.

⁶⁶³ CHAVES JÚNIOR, Aírto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo**. p. 154.

⁶⁶⁴ A condução coercitiva pode ser direcionada ao ofendido (CPP, art. 201. “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade”), à testemunhas (CPP, art. 218. “Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”) e, igualmente, ao acusado em Processo Penal (CPP, art. 260. “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”). Uma ressalva deve ser feita em relação a questão do interrogatório, que na atualidade “é visto não como um meio de prova, mas essencialmente como um meio de autodefesa do interrogando. Por isso, seu comparecimento ao interrogatório não deve ser visto como um dever, passível de sanção. Pelo contrário: é um direito renunciável pelo seu titular. A esperança que eu tenho é que o Supremo Tribunal Federal faça, ao julgar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 395 e 444, uma interpretação conforme a Constituição desse artigo, excluindo a possibilidade de condução coercitiva do acusado para fins de interrogatório e mantendo as demais hipóteses previstas em lei”. RODAS, Sergio. “No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica”. **Revista Consultor Jurídico**. 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrj-uerj>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁶⁶⁵ CHAVES JÚNIOR, Aírto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões: a**

reflexão com o jogo da guerra processual delineado por Alexandre Morais da Rosa⁶⁶⁶:

A Guerra, como tal, não acontece por palavras, mas por batalhas reais, enquanto nos jogos processuais o desacordo encontra um Campo para realização do embate de posições (argumentativas), sem desprezar as artimanhas e jogos ocultos.

Isto ficará visível quando, “o jogador, em nome do resultado, aceita mitigar Princípios da própria guerra, uma vez que a necessidade de vitória exclui a legalidade impeditiva do êxito. Vira uma *guerra suja*”, comum nos Estado de Exceção⁶⁶⁷.

De todo modo, o curso da ação penal deflagrada contra o ex-Presidente Lula até o seu julgamento⁶⁶⁸, está eivado de ilegalidades perpetradas pelo Poder Judiciário⁶⁶⁹, que deixam nítido um Processo Penal de Exceção, como mencionado

violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. p. 158.

⁶⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. ver. atual e ampl., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 82-83.

⁶⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. ver. atual e ampl., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 85.

⁶⁶⁸ Em 12 de julho de 2017, o juiz Sérgio Moro condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 anos e 6 meses de prisão, sob a acusação de ter recebido um apartamento triplex no Guarujá como contraprestação de corrupção em contratos firmados entre a Petrobrás e a construtora OAS. A acusação, que não apontou qualquer documento de registro de imóvel, como também não conseguiu uma única testemunha que ratificasse o que foi posto na denúncia – as 73 testemunhas, das quais 27 da acusação, negaram o fato ou disseram desconhecer-lo – conseguiu êxito com o Juiz de Direito. Moro utilizou a delação de Léo Pinheiro, ex-presidente da OAS, como única fonte de prova para a condenação, ressaltando-se que o seu primeiro acordo foi recusado, no qual Lula era inocentado. O ex-presidente somente foi apontado na segunda delação. A condenação repercutiu avidamente pelas redes sociais e levantou debates acerca do Estado Democrático de Direito e o forte apelo midiático que envolve a Operação Lava Jato desde seu início. Notícia intitulada: Comunidade jurídica critica condenação de Lula por Sérgio Moro. **Jornal Justificando**. 12 jul. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁶⁶⁹ São tantos os motivos que identificam que se instaurou um Estado de exceção no Brasil, que o professor Lenio Streck, escreveu em sua coluna, identificando 21 delas: “Vou elencar alguns tópicos que compõem uma espécie de *check list* para saber se estamos ou não perigosamente na tênue linha do Estado de exceção. Assim, pode-se dizer que estamos em Estado de exceção quando 1. a advocacia se torna um exercício de humilhação cotidiana; 2. indício e presunções viram prova, prova é transformada em uma mera crença e juiz condena réu a longa sentença (reformada) baseado em meros relatos de delatores; 3. faz-se condução coercitiva ATÉ de advogado, em flagrante violação do CPP e da CF; 4. advogado é processado por obstrução de justiça porque aconselha seu cliente a não fazer colaboração premiada; 5. ocorre divulgação (seletiva ou não) de gravações resultantes de interceptações não autorizadas; isto é, quando a *GloboNews* e o *Jornal Nacional* sabem antes do próprio réu; 6. arquiva-se, com argumentos de política e não de Princípio, representação contra quem procedeu — confessadamente — a

pelo professor de Direito Constitucional Bruno Galindo: a atuação do juiz Sergio Moro colide com a garantia constitucional da imparcialidade e deveria ocasionar o “seu afastamento por suspeição em qualquer sistema judiciário sério do mundo [...] por muito menos do Moro fez por aqui, o célebre juiz Baltazar Garzón foi afastado por 11 anos da magistratura espanhola”⁶⁷⁰.

O papel da imparcialidade do juiz reside não só nos gostos e preferências pessoais que deveriam restar negados, mas principalmente em oportunizar às partes

divulgação da prova ilícita; 7. ex-ministra do Superior Tribunal de Justiça confessa que foi conivente com vazamento, sob o argumento de que a ilegalidade era para o bem; 8. o MP faz denúncia criminal considerada por Tribunal Regional Federal como coação ilegal (assim, literalmente) e isso não acarreta repercussão nos órgãos de fiscalização do MP; 9. membros do Ministério Público e do Judiciário se manifestam em redes sociais (tomam lado) confessando parcialidade e incitando a população contra o Tribunal Superior Eleitoral, face a julgamento com o qual não concordam; 10. agentes políticos do Estado vendem, por intermédio de agenciamento comercial, palestras por altos valores, autopromovendo-se a partir de processos judiciais das quais são protagonistas; 11. ocorre a institucionalização da ausência de prazo para prisões preventivas (há casos de prisões que ultrapassam a dois anos, usadas para forçar delações premiadas e acusados (ou indiciados) “aconselhados” a trocarem de advogado, para contratarem causídicos “especialistas” em delação; 12. juiz constrói um Código de Processo Penal próprio, a ponto de, no bojo de uma sentença de um réu, dar incentivo condicionado à delação de um outro réu, tudo à revelia da lei e do CPP; 13. se institucionaliza a dispensa dos requisitos do artigo 312 do CPP para decretação de prisão preventiva; lei vale menos que o clamor popular; 14. um agente político do Estado troca de lado no combate ao crime: em linguagem ludopédica, é um craque — sai do ataque e vai para a defesa; 15. delações concluídas e homologadas à revelia da legislação, inclusive com cumprimento de penas que-não-são-penas porque não houve julgamento; ou seja, o prêmio da delação premiada é recebido antes do processo; 16. “normalização” do lema “se delinquir, delate” (conforme bem denuncia o jornalista Vinicius Mota): “está aberta a via para um ciclo de delações interminável e potencialmente infernal, porque composto de informações de difícil comprovação”; lambuzamo-nos com o melado recém-descoberto, diz Mota; 17. perigo de se institucionalizar uma espécie de “lavagem de prova ilícita”, isto é, a legitimação de delações sem denúncia e “constitucionalização” da possibilidade de uso de prova ilícita (por exemplo: o sujeito, via prova ilícita de raiz, chega ao MP e faz acordo; com esse acordo, recebe imunidade; depois essa prova estará “lavada” e o judiciário não mais poderá anulá-la); 18. naturalização de decisões que decretam prisões baseadas em argumentos morais e políticos; 19. naturalização de denúncias criminais baseadas em construções ficcionais; enfim, decisões (atenção: o ato de denunciar alguém já é uma decisão) que deveriam ser baseadas no Direito não passam de escolhas baseadas em opiniões morais e políticas; 20. como se fosse candidato a senador ou presidente da república, candidato a PGR diz que precisamos de uma reforma política..., mostrando, assim, que alguma coisa está fora de ordem nas funções estatais; 21. por último, estamos em Estado de exceção Regional (EER) quando todos os itens acima não causam indignação na comunidade jurídica e parcela majoritária dela os justifica/naturaliza pelo argumento de que “os fins justificam os meios”. A lista pode ser estendida. São sintomas. Cada leitor pode fazer a sua. O que aqui foi exposto é simbólico. *Tudo começou com o ativismo e a judicialização da política... para chegar ao ápice: a politização da justiça.* Imparcialidade e impessoalidade: eis o que se espera de quem aplica o direito. E isso já se erodiu”. STRECK, Lenio Luiz. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Revista Consultor Jurídico**. 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁷⁰ Comunidade jurídica critica condenação de Lula por Sérgio Moro. **Jornal Justificando**. 12 jul. 2017. Disponível em: < <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

igualdade de oportunidades na ‘captura psíquica’ do juiz. A par disso, o contraditório consistiria na peça imprescindível de um processo democrático, no qual as liberdades prevalecem sobre o interesse exclusivo do Estado⁶⁷¹.

Luigi Ferrajoli⁶⁷², em palestra no Parlamento Italiano sobre os rumos da

⁶⁷¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: Introdução principiológica à teoria do processo penal irregular. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 139.

⁶⁷² Eu gostaria, antes de tudo, de lembrar a extrema atenção, o empenho, da cultura jurídica democrática italiana em relação à legislação de Direitos Humanos no Brasil. Em particular a Fundação Bassa. Diante das violações cometidas pelo regime ditatorial do Brasil há 50 anos, foi criado o segundo Tribunal Racer sobre o Brasil, sob a iniciativa da Fundação Bassa e cujo relator, Salvatore Cenezze, está presente aqui hoje. Acredito que é necessário, há uma distância de meio século, voltar a refletir sobre aquelas violações em um contexto totalmente diferente e absurdamente paradoxal sobre as violações dos direitos fundamentais e direitos humanos, de primeira geração, no processo judiciário do qual Lula é vítima hoje aparecem de maneira inacreditável. Quero, antes de tudo, revelar uma contradição entre o constitucionalismo brasileiro, que é um constitucionalismo avançadíssimo, a Constituição brasileira é talvez a mais avançada do mundo na área de direitos sociais e introduziu novidades extraordinárias, como garantias tanto primárias quanto secundárias em matéria de direito social e de várias outras. Se pensarmos nos vínculos orçamentários introduzidos pela Constituição brasileira, que são exatamente os opostos aos estabelecidos na Itália, com previsões de aportes fixos, rígidos, de parte do orçamento para destinar ao ensino, à saúde... O governo Lula tirou da miséria 30 ou 40 milhões, alguns dizem 50 milhões de brasileiros. De outro lado, o desenvolvimento de garantias jurídicas do tipo constitucional, há um duplo controle da constitucionalidade. Não apenas um controle centralizado no trabalho do Supremo Tribunal, que pode anular as normas constitucionais e aplicação delas por parte dos juízes, algo que também existe nos Estados Unidos. Tem também um controle da constitucionalidade por omissão, ou seja, pela falta de cumprimento de promessas expressas nos direitos sociais e um Ministério Público de garantia com poder de intervenção e presença na legislação social. O paradoxo é que, ao lado desta garantia de terceira geração, nós estamos assistindo de maneira dramática no processo contra Lula, um problema de garantias de primeira geração e garantias elementares para um justo processo judiciário. É claro que nós não conhecemos exatamente os atos deste processo. Mas podemos notar singulares violações, como a difusão e a publicação das interceptações promovidas pelo próprio juiz instrutor e traços típicos de impedimento. Eu diria três traços: O primeiro é a confusão entre a acusação e a justiça. Nós temos neste processo, e temo que não seja uma coisa exclusiva deste processo, mas de um defeito institucional do ordenamento processual brasileiro, a figura do juiz instrutor, que, ao mesmo tempo que recolhe as provas, promove os julgamentos, com uma perversão específica oposta ao cargo de juiz instrutor na Itália. Porque esse juiz é o mesmo juiz que julga em primeira instância. Então nos encontramos diante de um tipo de violação das garantias elementares da função exercida por um juiz, a qual permite que um julgamento vire uma luta contra um inimigo, como falou há pouco o advogado Teixeira. E nos lembra da figura de um juiz descrita pela magistratura, ou seja, quando um juiz vira inimigo do réu e teme perder o jogo, não consegue provar a culpa. Em vez disso, ele vence tentando comprovar uma acusação. Em contrapartida, tem-se um modelo do processo acusatório, no qual um juiz é um questionador e investigador indiferente da verdade. Esta confusão entre acusação e justiça é o primeiro traço do impedimento. O andamento de mão-única do processo, que não tem parte contraditória, e possui apenas uma pessoa que julga. O segundo trato que tem sido mostrado pelas poucas notícias que temos acessos, principalmente vindas dos advogados de defesa, refere-se à epistemologia do juiz. O que isso significa? Significa que o instrumento lógico para uma petição ou um inquérito começa com um argumento acusatório. Ou seja, a hipótese acusatória, que é um processo com este nome justamente porque é colocado a prova e a contraprova. Por outro lado, a petição de Princípios funciona através dessa lógica: tudo que confirma as acusações é validamente considerada como prova. E tudo que contradiz aponta uma deformação do processo, fazendo com que a petição de Princípio inclua a conclusão já na aceitação, na hipótese acusatória. O terceiro e mais impressionante traço é o que está

Operação Lava Jato:

provocando esta demonização pública do Lula. A espetacularização do processo, o fato do juiz Sergio Moro ou do Ministério Público ir à televisão para falar deste processo, promover coletivas e imprensa e acusações externas à série documental processual do investigado. Isto constitui, em outras palavras, na criação da figura do inimigo. Naturalmente, tudo isso não é nada mais que a deformação da obtenção da verdade. Quando o processo é revirado desta forma, a fonte da vitimização e da jurisdição não é mais a busca pela verdade, mas sim, pelo consenso da opinião pública. Ou seja, uma sentença, um processo, são cada vez mais legítimos à medida que correspondem ao clamor popular, às manifestações nas ruas, da imprensa, do consenso que se forma. Ninguém sabe muito bem do que estamos falando, porque o processo é realizado fora da série processual. Não há um debate. Não tivemos ainda um processo no qual foi apresentado uma parte contraditória, um terceiro juiz. Já temos determinados culpados. Eu acredito que o verdadeiro sentido político desta história é uma operação que tenta desabilitar Lula de se lançar candidato às próximas eleições presidenciais. Livre exercício do poder legislativo, dos direitos políticos, a segurança interna do país, a honestidade da administração, o cumprimento das leis judiciárias. No art. 85, há a representação de uma estrutura típica de processo de impeachment, que se configura em um crime de subversão cometido através de outros meios. Ou seja, os crimes do PT não são suficientes. O impeachment consiste no processo em que a acusação da subversão democrática é cometida através um destes tipos de crime. E aqui não temos nenhuma subversão. A única acusação contra ela (Dilma Rousseff) é de não ter comunicado o Banco que gerencia as contas do Brasil e ter, digamos, usado os fundos para uma outra determinada despesa além do previsto. Nenhuma dessas duas “ilegalidades” correspondem a um dos sete tipos de crimes usados para impeachment, ou seja, não existe nenhum tipo de subversão. Tivemos um impeachment que destituiu uma presidente com base em um clamor de desconfiança, porque não houve nenhum processo jurídico nos termos reais, nenhuma parte contraditória. É uma lesão gigantesca aos direitos dos cidadãos, porque ela (Dilma) foi difamada e condenada em um processo, naquele momento, político e foi julgada pelo Congresso em uma votação que praticamente produziu sua destituição. Então eu acredito que nós estamos diante agora de uma inconstitucionalidade avançada de terceira geração social, com uma redução das garantias elementares da democracia política, de um lado, contrastando com o que seria o processo correto, de outro lado, ou seja, a constitucionalidade de primeira geração. O caso é tão paradoxal e representa, por assim dizer, a prova, como se ela fosse necessária, da relação entre a constitucionalidade e a garantia dos direitos sociais e de liberdade. Um tomou o lugar e a condição do outro. Porque esse caso, evidentemente, tem um sentido político e os dois episódios se complementam. O impeachment completamente insensato e infundado da presidente Dilma Rousseff ilumina o sentido político da operação contra Lula, e vice-versa. O processo, a fúria judiciária, a demonização, a espetacularização, tudo isso ilumina o verdadeiro sentido do impeachment. Isso quer dizer que há uma distorção e um tipo de oposição, sobre os quais se falou em golpe de Estado judiciário ou parlamentar. Ou seja, uma operação contra uma presidente legitimamente eleita, Dilma Rousseff, e um impedimento que a proíbe de se candidatar evidenciam uma mudança no alinhamento político, inclusive institucional, visto que o governo tinha implementado programas como o Bolsa Família, as medidas sociais e de acesso à saúde e à educação. Por isso devemos nos preocuparmos, por que, além do caso do judiciário escandaloso e do processo institucional que atingiu a presidente do Brasil, estamos diante de uma operação que tenta deformar o espírito público do senso comum e, decididamente, agitar e contrapor, usando meios judiciários e pseudoparlamentares, a sede institucional do Brasil. Nós estamos diante de uma fase geral de crises nas nossas democracias, e crises que se manifestam das maneiras mais diversas. Esta é uma crise muito singular que deveria criar alarde, começando pelos liberais, pelos republicanos e pelos liberalistas, a tradicional tríade da democracia política. Também estamos diante de formas mais que intoleráveis de exibicionismos e protagonismo judiciário que contam com o consenso público como forma de legitimar suas ações. Apesar dos defeitos do ordenamento jurídico italiano, certamente seria inconcebível no nosso país [essa situação do Brasil] e acarretaria em gigantes procedimentos disciplinares e penais. FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** 247. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

O surpreendente é que um constitucionalismo assim avançado como o brasileiro não tem nenhum modo de impedir deformações como esta. Por isso, acredito que seja muito importante a informação, antes de tudo. A análise dos atos do processo com o máximo possível de apuração. E sobre a crítica, a perda de posição da cultura jurídica, não somente brasileira, mas internacional também, todos nós devemos analisar, entender o que está acontecendo no Brasil, o sentido desta operação, porque é uma operação que está atentando contra a democracia e o Estado de Direito brasileiro. E não somente isso, mas também apresenta problemas e que são passíveis de ocorrer em nossos ordenamentos democráticos.

Aliás, complementa sua explanação ao responder ao questionamento de que a crítica ao sistema penal brasileiro pretende reduzir a gravidade dos abusos não autorizados por uma Constituição garantista, acreditando que a jurisdição da exceção é uma patologia gravíssima, fruto dos abusos e, provavelmente, também em razão dos defeitos intrínsecos ao sistema penal brasileiro que os permitem. Esse contexto, demonstra que

a aparência política que este processo tem, imprimiu nele características enormemente alarmantes. Existe uma categoria horrenda introduzida pelos alemães no direito penal inimigo que até hoje vinha sendo utilizada distinguindo o inimigo dos cidadãos comuns, do terrorismo e do máximo nível do crime organizado. Quando nos confrontamos com o risco do direito penal de que um inimigo vire um licenciante político, acaba virando a parte política que quer uma derrota. Nesse caso, corre-se o risco de uma ruptura da ação, sendo necessária uma análise dos atos do processo e de uma tomada de posição crítica, não somente de juristas, mas também dos próprios juízes⁶⁷³.

Para contextualizar a gravidade do assunto, Ferrajoli⁶⁷⁴ traz como exemplo a Operação Mãos Limpas realizada na Itália e que, como a operação brasileira, não foi um modelo de processo de Garantias, mormente porque também foi marcada por abusos, como descrito pelo autor geram um dano à democracia e o descrédito para o qual foi criada a jurisdição.

A operação mãos limpas, com todos seus defeitos, é um processo que ocorreu seguindo a Regra do Estado de Direito e do Direito Processual existente. É muito importante que os juízes da Operação mãos Limpas, os mesmos magistrados que, hoje tem a oportunidade da globalização, do debate público da jurisdição, das sentenças distintas aplicadas pelas Constituições de outros países, é muito importante fazer críticas a esses processos, aos abusos, a desinformação de outros juízes, magistrados,

⁶⁷³ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** **247**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** **247**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

porque muitos tomam distância e não dizem “não, isso não é admissível”. Essa atitude gera descrédito, não somente um dano para a democracia política em sua crença, mas um descrédito da criação da jurisdição. Não é admissível!

A partir disso, como rebate Ferrajoli, “é preciso proteger, antes de tudo, a jurisdição e o Estado de Direito, que quer um respeito às leis e as quais foram criadas sem o intuito de declarar guerra a ninguém” e, por isso, entende ser necessário a formação de uma “organização de magistrados ativos que precisam analisar esses processos, criticá-los, denunciar os abusos, nem que seja para discutir opiniões”, como freio e deslegitimação dos abusos propalados pela Operação Lava Jato, que é gravíssima, quando vista sob o seu prisma político, pois reflete conseqüentemente no rumo das eleições que serão realizadas em 2018⁶⁷⁵.

Afinal, essa operação pode ruir a estrutura do Estado de Direito, com “base na indiferença, na desinformação e no consenso geral. Porque existe um tipo de populismo, o mais horrível de todos, que não é o populismo político, mas sim, o populismo judiciário”⁶⁷⁶, o que pode representar “um perigo para a cultura jurídica,

⁶⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** **247**. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁷⁶ O populismo é muitas vezes usado nesse contexto para deslegitimar a política popular. Para insinuar que ela não dispõe de alianças nem dos recursos institucionais necessários para aplicar suas políticas. O modo mais eficaz que a política popular tem usado para fugir à armadilha de confundir o popular com o populista consiste em criar instituições híbridas constituídas por elementos e lógicas próprios da democracia representativa e da democracia participativa. Em geral, “o populismo invoca a ideia de uma construção de subjetividades e modos de atuação políticos hostis à mediação das instituições da democracia representativa, por vezes indiferentes ou até mesmo hostis à distinção entre esquerda e direita que tem caracterizado a representação política, mediante apelos a uma ampla convergência de interesses e expectativas de maiorias excluídas ou ameaçadas de exclusão por parte dos inimigos internos e externos. A fixação nos inimigos radicaliza a vontade política transformadora contra o *status quo* e confere um caráter identitário à polarização entre nós e eles. O populismo tende a privilegiar a participação em detrimento da representação, a ter uma vocação antielitista, ainda que, por vezes, delegada a um líder ou até um Estado em que se deposita afetivamente a esperança de dias melhores. Devido a sua crítica das mediações institucionais, o populismo tem uma vocação anti-institucional ou pós-institucional; tende a expressar-se sob a forma de mobilizações massivas intensas e fugazes em que a denúncia política prevalece sobre a formulação de alternativas políticas. O populismo é uma ideia política extremamente ambígua. A primeira ambiguidade é originária e reside na própria noção de povo que, sobretudo depois da Revolução Francesa, designa tanto a parte oprimida do conjunto de classes e dos grupos sociais que coexistem no mesmo espaço geopolítico como o conjunto de todas as classes e os grupos. O povo pode ser classe, nação, identidade etnocultural, massa amorfa à espera de ser sujeito político, Princípio fundador da subjetividade política, enquanto sede do poder soberano. A segunda ambiguidade reside no fato de que a vocação antissistêmica que anima o populismo pode ser assumida por instituições (partidos políticos) que não podem existir fora do sistema e até pelo próprio Estado, que preside o ‘sistema’. A terceira ambiguidade consiste no fato de que a polaridade entre esquerda e direita, por vezes, expulsa

que deve ficar atenta de maneira alarmante para proteger a própria jurisdição e a credibilidade do direito”⁶⁷⁷.

Nesta perspectiva, como frisa Aldo Fornazieri⁶⁷⁸, se o Estado de Direito já vinha sofrendo as vicissitudes antes da atual crise política, “com a Operação Lava Jato a violação do Estado de Direito elevou-se a estatuto de Estado de Exceção judicial”, em razão da violação sistemática e politicamente orientada de direitos e Garantias previstos ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o que não se pode perder de vista é que a função do juiz no processo penal, diante do Sistema de Democracia Constitucional, é de guardião da Constituição e da máxima eficácia dos Direitos Fundamentais do réu a ele submetido, pouco importando quem seja o acusado e o crime perpetrado⁶⁷⁹.

Afinal, atividade jurisdicional tem como dois Princípios essenciais: o da independência e da submissão ao direito, de sorte que a conjugação destes, principalmente com os Direitos Fundamentais, fazem com que as decisões devam ser presumivelmente aceitáveis para a comunidade⁶⁸⁰.

A independência do juiz está relacionada com o Princípio da separação dos poderes, com a forma de nomeação e com a garantia a inamovibilidade. Trata-se de um Princípio que nasceu no Estado Liberal de Direito, mas que sofreu uma mudança em sua concepção, passando ao submetimento pleno e exclusivo do juiz à

pela porta, entra pela janela sob a forma de populismo de esquerda e do populismo de direita. Por último, a relação do populismo com a democracia também é ambígua. Se, por um lado, a crítica da representação implica um apelo à participação e, portanto, à democratização da democracia, por outro lado, a intensificação da participação pode ter por objetivo excluir os benefícios da democracia e da deliberação democrática grupos sociais muito significativos, sejam habitantes dos países menos desenvolvidos da Europa, sejam imigrantes e solicitadores de asilo político”. Diante de tanta ambiguidade, o populismo é hoje um dispositivo ideológico, utilizado por quem tem mais poder e recursos para definir ideologicamente dada realidade política. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 159-166.

⁶⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** 247. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁶⁷⁸ FORNAZIERI, Aldo. A ditadura da Lava Jato e a radicalização da crise. **Jornal GGN**. 7 mar. 2016. Disponível em: < <http://jornalggn.com.br/noticia/a-ditadura-judicial-da-lava-jato-e-a-radicalizacao-da-crise-por-aldo-fornazieri>>. Acesso em: 3 jun 2017.

⁶⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 570.

⁶⁸⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 517-518.

lei e a possibilidade de decidir segundo limites do ordenamento jurídico⁶⁸¹. Segundo Roberto Bergalli⁶⁸², é uma independência frente aos outros poderes do Estado, porém não se deve entender como a separação da sociedade, nem como um corpo separado de toda forma de controle democrático.

A responsabilidade dos juízes é outro Princípio essencial ao poder judicial e supõe o contrapeso da atividade livre e independente. Também são condições para uma eficaz proteção dos Direitos Fundamentais, a exclusividade e a unidade da jurisdição⁶⁸³. O Princípio da igualdade na aplicação da lei também é importante, por mais que seja aplicado restritivamente, constitui-se em um marco indispensável à efetiva tutela judicial, a igualdade e a segurança jurídica em relação às decisões⁶⁸⁴.

Na visão de Ferrajoli⁶⁸⁵, portanto, a única reforma capaz de fazer efetiva a fronteira e a separação entre o poder dos juízes e dos demais poderes públicos é, pois, uma refundação da legalidade penal dirigida a reduzir a excessiva discricionariedade daqueles e a garantir quanto mais possível, o caráter cognitivo da jurisdição, com a sua principal fonte de legitimação, a Constituição.

Dito de outra forma, o Estado democrático de direito somente existirá se coexistir com a democracia formal, a substancial, ou seja, se, além dos direitos

⁶⁸¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 518.

⁶⁸² BERGALLI, Roberto. **Estado democrático y cuestión judicial**. Vías para alcanzar uma auténtica y democrática independencia judicial. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 101.

⁶⁸³ A propósito, Peces-barba ao citar Andrés Ibañez e Movilla Alvarez, traz que o Princípio da exclusividade tem um aspecto positivo e outro negativo. O primeiro no sentido de que qualquer possível conflito que surja na vida social, pode ou deve ser solucionado em última instância por Juízes e Tribunais independentes e predeterminados pela lei. Supõe, portanto, a proibição da justiça privada. O segundo no sentido de que os juízes e tribunais não exerçam outras funções que as propriamente jurisdicionais, porque através da conferência da competência que não significa estritamente o julgamento e a execução do julgado, pode desvirtuar-se a verdadeira natureza dos órgãos judiciais e deteriorar sua independência. A par da isso, o Princípio da unidade da jurisdição postula que a função de julgar seja realizada por um só corpo de juízes, e que as normas referentes à organização dos órgãos judiciais, as Regras de comportamento e procedimento e as garantias processuais, sejam as mesmas para todos os órgãos jurisdicionais e estejam baseadas nos Princípios reais e não aparentes do Estado de Direito. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 518-519.

⁶⁸⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 519.

⁶⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del derecho y de la democracia. V. 2. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011, p. 375-376. Título original: *Principia Iuri: Teoria del diritto e della democrazia*.

políticos, como o sufrágio universal, também se fizer presente o respeito às Garantias e aos Direitos Fundamentais, de sorte que Democracia e Direitos Fundamentais “estão interligados com a mesma primordialidade no processo constituinte”. Enfim, porque na “Democracia, os cidadãos dão a Constituição, e assim reconhecem direitos, a si mesmos”⁶⁸⁶.

Por conta disto, há uma mudança no paradigma do direito quanto à jurisdição, à ciência jurídica e à democracia. Nesta proposta, além da questão da validade da lei, mormente porque a jurisdição e a relação do juiz com a lei, sujeitam-os à Constituição, impondo ao magistrado a crítica acerca das leis inválidas por meio de uma Interpretação adequada à norma suprema ou a denúncia de sua inconstitucionalidade. A ciência jurídica, por sua vez, pretende com o respeito aos imperativos constitucionais e com a introdução de Garantias, superar a questão das antinomias e das lacunas da legislação⁶⁸⁷.

Portanto, a Interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre ela, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger o único significado válido, ou seja, aquele coerente e compatível com a norma constitucional substancial e com os Direitos Fundamentais estabelecidos. Esta sujeição do juiz à lei, ou seja, do seu papel de garante dos Direitos Fundamentais constitucionalmente estabelecidos, é o principal fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judicial dos demais poderes, legislativo e executivo, embora sejam ou são, poderes da maioria⁶⁸⁸.

Isto dá sentido à célebre frase: ¡Hay jueces em Berlín!, cujo fundamento é o dever de o juiz independente intervir para reparar as injustiças sofridas, para tutelar os direitos dos indivíduos, embora a maioria se una contra ele; ou seja, disposto a absolver por falta de provas quando a opinião geral queira a condenação,

⁶⁸⁶ CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 106.

⁶⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 31.

⁶⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, p. 26.

ou a condenação se existirem provas, embora essa mesma opinião demandasse pela absolvição. Neste sentido, o Princípio da igualdade e da legalidade se conjugam como o alicerce político da independência do magistrado: sua função de analisar e dirigir o processo segundo as Garantias previstas⁶⁸⁹.

Nesse contexto, tecendo um paralelo com o cenário brasileiro, deve-se questionar: Há juízes no Brasil? É claro que não se pode generalizar⁶⁹⁰, mas o contexto atual de decisões arbitrárias e, muitas vezes, voltadas à satisfação das maiorias (mídia, mercado financeiro, etc.) e em confronto com as Garantias e Direitos Fundamentais inscritos na Constituição, sob o mito de promover a segurança jurídica, leva a crer que o Poder judiciário está consolidando no país um verdadeiro Estado de Exceção.

Igualmente, faz perceber a necessidade de uma proposta Hermenêutica adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, como propósito de se defender a democracia. Afinal, a proposta de Ferrajoli⁶⁹¹, é que o papel da jurisdição e do juiz é de garantidor dos fins que consagram o Estado Democrático de Direito, inclusive levando à “expansão dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas e na minimização dos poderes”. Consequentemente, porque o projeto de Estado Democrático de Direito não comporta atos fascistas que “levam à ampliação dos poderes do Estado (em especial, do poder penal, apresentado como solução para os mais diversos problemas sociais) e a minimização das liberdades individuais”⁶⁹².

O eixo de consideração como um exercício legítimo do Poder público reside hoje em serem capazes de perseguir e de alcançar objetivos sociais sem

⁶⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, p. 27.

⁶⁹⁰ São muitos os juízes, promotores de justiça, advogados, delegados, operadores jurídicos que combatem efetivamente a atuação do Poder Judiciário quando adentram ao Campo de Exceção, promovendo lacunas fictícias, que, via de consequência afrontam as garantias e os Direitos Fundamentais.

⁶⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do Garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694-695.

⁶⁹² CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 106-107.

violar os Direitos Fundamentais dos cidadãos. No entanto, alçar esse difícil equilíbrio – que vem a ser o Princípio regulador do jurista contemporâneo – dependerá, sobremaneira, de que se desenvolva uma teoria e uma prática dos Princípios jurídicos⁶⁹³.

A Democracia Constitucional⁶⁹⁴ é uma construção jurídica e, por vezes, uma construção política e social, confiada por um lado à elaboração e à proteção teórica e, por outro, à prática política e às lutas sociais. Igualmente, ao direito, que é a linguagem em que se pensa as formas e as técnicas de Garantias, a Democracia Constitucional é uma construção artificial de cuja projeção, defesa e garantia de todos, como juristas e como cidadãos, somos responsáveis⁶⁹⁵.

⁶⁹³ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 50.

⁶⁹⁴ As dimensões da democracia, a formal e a substancial, resultam assim anuladas, pelo paradigma constitucional, a outras tantas classes de Direitos Fundamentais: os que podemos chamar de autonomia formal – os direitos políticos na esfera pública da política e os direitos civis na esfera privada de mercado – que asseguram a forma democrática das decisões; e os que se denominou de direitos substanciais – os direitos de liberdade e os direitos sociais – que asseguram a substância democrática das mesmas. Assim, resulta uma concepção da democracia constitucional como modelo normativo articulado em várias dimensões, correspondentes a outras tantas classes de Direitos Fundamentais: a democracia política, assegurada pelas garantias dos direitos políticos; a democracia civil, assegurada pelas garantias dos direitos civis; a democracia liberal (ou liberal-democracia) assegurada pelas garantias dos direitos de liberdade; a democracia social (ou social-democracia), assegurada pelas garantias dos direitos sociais. Neste sentido o Garantismo, tomado em suas quatro dimensões – política, civil, liberal e social, segundo a classe de direitos garantidos – pode muito bem ser considerado como a outra cara do constitucionalismo e como o pressuposto jurídico da efetividade da democracia. FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Salvajes**: la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011, p. 35-36

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008, p. 109.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade em que são proferidas as decisões judiciais, fez surgir a instigação para se averiguar o objeto da presente pesquisa, visando analisar se o modelo hermenêutico utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro quanto à aplicação dos Direitos Fundamentais no trato das questões penais e processuais penais colocadas à sua apreciação podem culminar na promoção do Estado de Exceção.

Conforme ficou demonstrado no Capítulo 1, os Direitos Fundamentais originam-se e justificam-se na moralidade, mas são introduzidos no direito por meio da intervenção Estatal, com a sua positivação no ordenamento jurídico. Porém, podem ser incorporados, outrossim, pela Interpretação judicial, momento em que a moralidade crítica transformou-se em moralidade legalizada. Percebeu-se, então, que o poder do Estado restou limitado pelos direitos de liberdade positivados e que passaram a constituir a esfera do indecidível, característica que difere a Democracia Constitucional e determina sua a dimensão substancial.

A Constituição foi a expressão desse processo de positivação e, portanto, passou a condicionar tanto o legislador quanto à jurisprudência e a forma de doutrinar, cuja subordinação é corolário da rigidez constitucional. Isto fez com que esta fosse alçada ao topo de ordenamento jurídico e inscrevesse em seu texto, mecanismos para proteção do seu conteúdo material.

Entrementes, verificou-se que foi a partir do movimento de humanização do direito de punir inerente ao Direito Penal e Processual Penal, cujo precursor foi Christian Thomasius, seguido de Montesquieu, Voltaire e Beccaria, que surgiu a noção da imprescindibilidade da observância da lei frente à persecução penal, ou seja, trazendo a noção do Princípio da legalidade e reforçando inclusive a importância do devido processo legal, da separação entre a pessoa do acusador e do julgador, da ampla defesa e do contraditório, da definição prévia da pena na lei, da proporcionalidade desta em relação à gravidade do crime, em virtude de que a função da pena, naquela época já não deveria ser a de provocar o medo ou impor a punição, mas a de prevenir delitos.

Disto, percebe-se que o processo de humanização foi uma das vigas da construção do ideal dos Direitos Fundamentais e, por consequência, da consolidação de instrumentos de limitação do poder punitivo surgidos com a codificação das Constituições do segundo pós-guerra.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 pode ser exemplo, diante da sua preocupação e positivação de Direitos Fundamentais que constituem Garantias do Direito Penal e Processual Penal, dentre os quais está o Princípio da legalidade, da presunção da inocência e outros que, por vezes, já receberam tratamento equivocado ao serem postos à apreciação pelo órgão judicial. O Poder Judiciário, no contexto da Democracia Constitucional, é importante por ser um dos que detêm legitimidade para impor os freios e contrapesos ao direito de punir do Estado, com a concretização dos Direitos Fundamentais e a proteção dos bens jurídicos que é o objeto do Direito Penal.

Afinal, como visto, somente um Direito Penal concebido em função da tutela de bens primários e dos Direitos Fundamentais pode assegurar, juntamente, com a certeza e as Garantias penais, também a eficácia da jurisdição frente à criminalidade; já que a intervenção mínima como consequência do Princípio da proteção dos bens jurídicos, passara a condicionar tanto o legislador como o intérprete, em razão de também estar conectado aos Princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o da dignidade da pessoa humana, da humanização.

A par disso, abordou-se também algumas teorias desenvolvidas por Claus Roxin e por Eugênio Raúl Zaffaroni, as quais estão incorporadas à dogmática penal e propuseram-se a estabelecer referentes mais seguros nesse processo de criminalização, o que, igualmente, vem a influenciar a perspectiva de consagração dos Direitos Fundamentais.

Logo, a primeira hipótese, "Os Direitos Fundamentais como conceito moderno, a partir da sua positivação nas Constituições do segundo pós-guerra constituem-se em um instrumento limitador do poder punitivo do Estado?", foi confirmada. Isso porque, a Constituição ao positivar os Direitos Fundamentais, coloca-os no vértice do ordenamento jurídico e, igualmente, em virtude das

Garantias da rigidez constitucional, faz com que tanto os poderes públicos quanto o privado estejam subordinados a consagrá-los, principalmente, o Poder Judiciário quando chamados a decidir questões relacionadas ao direito de liberdade.

O capítulo 2, dedicou-se ao estudo da Hermenêutica Constitucional em relação aos Direitos Fundamentais, mormente porque conteúdos de caráter moral, político, econômico, cultural, social foram positivados constitucionalmente como Princípios. A partir disso, verificou-se a necessidade de um tratamento jurídico específico quanto aos Princípios, porquanto influenciam sobremaneira as decisões judiciais, especialmente, quando se analisam questões da esfera do Direito Penal e Processual Penal.

Deste modo, analisou-se as teorias principiológicas desenvolvidas por Dworkin e Alexy, cujo destaque é a exigência de que as atividades do Legislativo e do Judiciário estejam vinculadas, mormente visando à concretização dos Direitos Fundamentais. Entrementes, ao tecer um paralelo com o ordenamento brasileiro, verificou-se que estes fundamentos contribuem para a construção de uma teoria constitucional. Porém, a sua aplicação direta, como propõe estes autores, podem refletir uma Interpretação marcada pelo abuso de Princípios na prática jurídica, que geraram uma compulsão ponderadora ou a sua utilização sem limites e até a acomodação de interesses marginais à democracia sob o manto da doutrina principialista. É que foi e é rebatido por Lenio Streck quando critica o uso indiscriminado de Princípios, que denominou de “pamprincipiologismo”, utilizados sob o argumento de que são necessários tantos Princípios para corrigir as incertezas linguísticas ou solucionar os casos difíceis e que promovem o poder discricionário dos juízes. Isso como se investigou, pode levar a argumentos que promovam um drible ao que está Regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação constitucionalmente adequada. Portanto, o perigo reside em se enxergar o limite entre a Interpretação e a criação do direito, que deve se balizar pelo que está consagrado (escrito) na Constituição.

Nesta perspectiva, verificou-se a confirmação da hipótese: "A Hermenêutica constitucional aplicada aos Direitos Fundamentais, inclusive em relação às Teorias de Alexy e de Dworkin, demonstram a necessidade de construção

de um modelo hermenêutico adequado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que a Interpretação pelos atores jurídicos seja coerente com os direitos consagrados e com a sustentação do Estado Democrático de Direito?". Afinal, as Constituições do segundo pós-guerra demonstram que houve a superação do neoconstitucionalismo pelo que se chamou de Constitucionalismo Contemporâneo, o que se pode observar a partir da conexão entre a concretização de direitos e o Estado Democrático de Direito, cuja finalidade foi a de buscar uma resposta para que a construção do discurso jurídico não se consubstancie em decisionismos e discricionariedades. Igualmente, de corroborar que, nas Constituições rígidas, o papel das Cortes Constitucionais têm por fundamento assegurar o controle das leis em conformidade com o texto constitucional e de concretizar os direitos ali consagrados.

O papel da jurisdição constitucional, será o de buscar condições para concretizar os direitos e ao mesmo tempo evitar que as decisões sejam pautadas em arbitrariedades e discricionariedades interpretativas, ou seja, a Interpretação em relação aos Princípios (determinantes para a concretização do direito) que recaem sobre determinado caso concreto deve conduzir a resposta correta, coerente com o que dispõe o texto constitucional. A par disso e das especificidades do direito brasileiro, em razão de que a justiça constitucional assume um lugar de destaque e, portanto, deve distanciar-se de ativismos que venham a contribuir para a ineficácia ou até a subversão dos Direitos Fundamentais.

O 3 Capítulo, iniciou-se com a evolução que passou o Estado de Direito até se chegar ao modelo democrático, demonstrou a proteção de direitos e liberdades fundamentais constituem a própria razão de ser do Estado de Direito, de sorte que as Garantias jurídicas penais, processuais, assim como a efetiva realização material das exigências éticas e políticas, públicas e privadas, especificamente, aquelas relacionadas à defesa dos interesses das minorias, constituem a base de para uma progressiva igualdade. Por consequência, o Estado de Exceção, diametralmente oposto, porque representa o viés dos Estados Totalitários, pode surgir ela criação do direito ou por meio da Interpretação da norma no Campo da Exceção, quando se reconhece a legalidade daquilo que não pode ter

forma legal, formando uma zona anômica (vazia), em que há a suspensão da aplicação de normas constitucionais para instaurar uma nova ordem jurídica.

Nesse contexto, restou demonstrado que o Estado Democrático de Direito, como representação da Democracia Constitucional, exige além da sua dimensão formal, outra de natureza substancial, ou seja, todos os poderes que o compõem (Executivo, Legislativo e Judiciário), como a esfera privada, devem respeitar o conteúdo material da Constituição. Ademais, também deve dotar-se de Garantias que são aquelas oriundas da rigidez constitucional e que acaso não respeitadas dão azo à antinomias e à lacunas, cujo reflexo foi observado em relação à atuação do Poder Judiciário no trato das questões penais e processuais penais.

Decorrente disto, tem-se a terceira hipótese "O Poder Judiciário quando chamado a apreciar normas de Direitos Fundamentais no âmbito da tutela penal ou processual penal, possui um controle hermenêutico rígido ou o faz no Campo da Exceção, ou seja, no paradigma do Estado de Exceção?", cuja resposta parte da concepção de que o Judiciário como ativo formador da criminalização secundária, tem importância na medida em que, na realização do Estado Democrático de Direito, deve limitar o sistema penal, por meio do exercício da sua função de defensor dos Direitos Fundamentais. Logo, a sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil impõe ao magistrado a formação da norma pela Interpretação do caso penal, sem que se afaste da tutela dos Direitos Fundamentais.

Desta maneira, ressalta-se o papel do Garantismo como instrumento inerente à mitigação dos abusos que o Estado Penal, em razão de que as Garantias penais e processuais não são outra coisa senão a técnica voltada à minimização da violência e do poder punitivo. Aliás, a preocupação decorre do fato de que sob o discurso do combate à criminalidade, a Sociedade seja levada a instituir governos totalitários.

Então, a noção de Campo desenvolvida por Giorgio Agamben demonstrou que a Interpretação da norma penal, seja pela criação do direito ou pela inadequação de sua aplicação ao caso concreto, colocará o Poder Judiciário como protagonista do paradigma do Estado de Exceção. Esse Campo será o espaço que

se abriu para que o Estado de Exceção começasse a se tornar a Regra, movendo-se em uma zona cinzenta, em que a proteção jurídica é minimizada e, consequentemente, os Direitos Fundamentais.

Assim, o Poder Judiciário ao subverter as Garantias e Direitos Fundamentais, proferindo decisões que se amoldem a interesses diversos aos insculpidos na Constituição, ou seja, em afronta ao paradigma da Democracia Constitucional, cria uma situação ilocalizável dentro da norma, mas dentro da qual passam a ter validade os preceitos jurídicos. Nesse contexto, visualizou-se que o Estado de Exceção se apresenta como uma providência ilegal, mas colocada no âmbito do direito como perfeitamente jurídica e constitucional, concretizando-se com a produção de novas normas por meio da sua Interpretação pelo órgão judicial.

Nesta perspectiva, a Hermenêutica Constitucional tem papel fundamental ao fixar os parâmetros para que a produção da norma pelos atores jurídicos ocorra em consonância com os paradigmas do Estado Democrático de Direito e o sistema de justiça criminal como parte desta estrutura constitui o locus que deve respeitar a Constituição e os Direitos Fundamentais.

Entretanto, o que se percebeu foi que em algumas oportunidades, como por exemplo as expostas no 3 Capítulo, ao interpretar o Princípio da presunção da inocência, o Poder Judiciário não o fez dentro dos parâmetros do texto constitucional, mas sob o manto do combate a corrupção ou à criminalidade; ou seja, elegeu a figura do inimigo a ser combatido e a partir disso tem-se o Campo em que se realizará de forma estável a exceção.

Assim, quando o órgão judicial promover a relativização dos Direitos Fundamentais e, consequentemente, a redução das Garantias que justificam o processo penal, em vez de promover a sua promoção e a sua concretização, a Interpretação da norma penal dar-se-á no Campo da Exceção, o que contribui para que, infelizmente, a cada dia se consolide a hipótese levantada no terceiro capítulo, e estejamos diante da instauração permanente de um Estado de Exceção, justamente pelo Poder que diante da sua independência e imparcialidade deveria promover ideais de justiça e de igualdade, por meio da concretização dos Direitos

Fundamentais.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBOUD, Georges. **O mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**: a Dimensão Constitucional dos Direitos Fundamentais e os Requisitos necessários para se autorizar restrição a Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**. n. 907. maio 2011.

AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es um campo? Traduzido por Flavia Costa. **Revista Artefacto**. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, n. 2, mar. 1998.

_____. **Estado de Exceção**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010. Título original: *Stato di Eccezione*.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**, Colombia, v. 16, n. 2, p.131-140, jun. 2003.

_____. **El concepto y la validez del derecho**. Tradução de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004. Título do original: *Der Begriff und Geltung des Rechts*.

_____. **La institucionalizacion de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Tradução de María Cecilia Añaños Meza. Agradezco a Rodolfo Arango su significativa colaboración en la revisión de la traducción. Original.- Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, en: «Philosophie der Menschenrechte», ed. por G. Lohmann/S. Gosepath, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998.

_____. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo. In: ALEXY, Robert. **A dignidade humana e a análise da proporcionalidade**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz; REGLA, Josep Aguiló. **Fragmentos para uma teoria de la Constitución**. Madrid: Iustel, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 105.

BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos Delitos e das Penas. 2. ed., 2. t., Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERGALLI, Roberto. **Estado democrático y cuestión judicial**. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial. Buenos Aires: Depalma, 1984.

BIZZOTTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista: A subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para ampliação do sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas.** Tradução de Sergio Miceli, Silvia de Almeida Prado, Sonia Miceli e Wilson Campos Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **Coisas ditas.** Tradução de Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim. São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. **O poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. Coleção Memória e Sociedade. Lisboa/Portugal: Difel, 1989.

BRANDÃO, Paulo Tarso de. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão, p. 40. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia.** 2016, 32-49p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-cotutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

BRASIL. Brasil na imprensa alemã. **Jornal DW.** 19 jul. 2017. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/o-brasil-na-imprensa-alem%C3%A3-19-07/a-39757064>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Comunidade jurídica critica condenação de Lula por Sérgio Moro. **Jornal Justificando.** 12 jul. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Lei Interceptação Telefônica. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 6 de dezembro de 1994. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 66386, Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Brasília, DF, 5 jun. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=56935996&num_registro=201503135503&data=20160223&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF nº 144, Brasília, DF, 08 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF144_ementa.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, Brasília, DF, 22 abr. 2013. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 91232, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 5 jun. 2007. 08 ago. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_91232_PE-_06.11.2007.pdf?Signature=NvJndldrCpKZC8xEfxm%2BVjvuGFg%3D&Expires=1502257416&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d0b6c710d31faf77cdae9977c8527f2a>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Habeas Corpus. Constrangimento ilegal. Habeas Corpus nº 84412, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 19 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+84412%2ENUMER%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/bdglmox>>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica Principiológica e colisão de Direitos Fundamentais: as teorias de Aléxy e Dworkin e os aportes de Habermas. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 135-142, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em:

<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/426>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart. **Estado de Direito e legitimidade: Uma abordagem garantista**, 2. ed. Campinas: Millenium, 2007.

CAÑAS, Antonio Gordillo. **Ley, Principios generales u Constitución**: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho. *in* Anuario de Derecho Civil, t. LXI, fasc. 2, abr./jun., 1988, p. 515. *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2. ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASTRO, Maolis. Oposição da Venezuela denuncia golpe de Estado após o Supremo anular os poderes do Parlamento: Poder foi dividido entre o Judiciário e o Governo do presidente venezuelano Nicolás Maduro. **Jornal El País**. 30 mar. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/30/internacional/1490848414_081004.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CHAVES JÚNIOR, Airto. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo**. 2017. 267 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, em regime de dupla titulação com o Curso de Doctorado em Derecho com a Universidad de Alicante, Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí/ Universidad de Alicante, Itajaí, 2017. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/66209/1/tesis_airto_chaves_junior.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____; GUASQUE, Bárbara. O modelo combinado de Regras e Princípios que tratam de direitos fundamentais. *In*: SOARES, Josemar Sidinei; DAL RI, Luciene; PADILHA, Rafael; QUINTERO, Jaqueline Moretti (Org.). **Elementos de constitucionalidade e transnacionalidade**. Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre Univali/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália. V. 1. Perugia: Università Degli Studi Di Perugia; Itajaí: Univali, 2015, p. 71-99. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o Direito Penal?** Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental.** Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. As garantias institucionais dos direitos humanos. **Boletim dos Procuradores da República**, 40, 2001.

DÍAZ, Elías. **El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho.** Madrid: Dykinson.

_____. Estado de Derecho y Derechos Humanos. *In: Ensayos Jurídicos em memoria de José María Cajica Camacho.* V. I. Cajica: México, 2002.

_____. Estado de Derecho y Derechos Humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 09-26, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/418>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. **Estado de Derecho y Sociedad Democrática.** 8. ed. Madrid: Taurus, 1981.

CRUZ, Paulo Márcio. Sobre el principio republicano. **Revista Jurídicas**, Universidad de Caldas/Colombia, Vol. 6, Núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 15-32. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=129012572002>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direito Constitucional: Módulo V. Hermenêutica Constitucional. **Caderno de Direito Constitucional.** Emagis – Escola da Magistratura do Tribunal Federal da 4ª região e Tribunal Federal da 4ª região. (Org.) Maria Luiza Bernardi Fiori Schilling. 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking Rights Serously*.

_____. **O Direito de Liberdade.** Leitura moral da Constituição americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista. **DOXA**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Roma III, n. 34, p. 16-53, 2011.

_____. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Rodrigo

Brito Melgranejo, Antonio de Cabo y Gerardo Pissarello, Christian Courtis, Marina Gascón Albellán, Nicolás Guzmán, Benjamín Rivaya García, Pedro Salazar Ugarte, Corina Yturbe. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Derechos y garantías:** la ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **La democracia a través de los derechos:** el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.

_____. Luigi Ferrajoli, jurista de reputação mundial, condena abusos da Lava Jato. **Jornal Brasil** 247. 20 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vbVM1f14kVU>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Poderes Salvajes:** la crisis de la democracia constitucional. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

_____. **Principia iuris:** teoria del derecho y de la democracia. V. 2. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Título original: *Principia Iuri: Teoria del diritto e della democrazia*.

FORNAZIERI, Aldo. A ditadura da Lava jato e a radicalização da crise. **Jornal GGN**. 7 mar. 2016. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/noticia/a-ditadura-judicial-da-lava-jato-e-a-radicalizacao-da-crise-por-aldo-fornazieri>>. Acesso em: 3 jun 2017.

_____. O estado de exceção e a Lava Jato. **Revista Brasileiros**. 28 dez. 2016. Disponível em: <<http://brasileiros.com.br/2016/04/o-estado-de-excecao-e-lava-jato/>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999, p. 191-210. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514/r143-16.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 15 maio 2017.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humano, p. 16-19. In: CRUZ, Paulo Márcio; *et al.* **O direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016, 8-31p. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/index.php/ricerca/dottorato-co-tutela/2-non-categorizzato/1145-e-books-univali>>. Acesso em 27 maio 2016.

_____. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 10, n. 2, p.417- 450 jul/dez.

2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v10n2.p417-450>>. Acesso em 27 maio 2016.

_____. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio1) Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: Introdução principiológica à teoria do processo penal irregular. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. **Revista dos Tribunais**. Vol. 933. jul. 2013.

GUASTINI, Riccardo. La “constitucionalización” del ordenamiento: El caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.) **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Tradução de Miguel carbonell y Predro Salazar. Madrid: Trotta, 2008. Título original: *Teoría e ideología dell'interpretazione costituzionale*.

_____. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20. ed alemã) de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; ROSA, Alexandre Moraes. Conheça a pedalada retórica do *in dubio pro societate*. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de jul. de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-14/limite-penal-conheca-pedalada-retorica-in-dubio-pro-societate#_edn2>. Acesso em: 14 jul. 2017.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Curso de Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do

constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. 2. t. São Paulo Martins Fontes, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Moderna e interpretação dos Direitos Fundamentais, especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**. n. 7, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros editores, 2001.

_____; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e prática. 13. ed. rev., atual. e amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III, 1995.

_____. **Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales**. Madrid: Mezquita, 1982.

_____; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. **Curso de Teoría del Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Delimitación conceptual de los Derechos humanos. In: (et alii). **Los Derechos Humanos**: Significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Publicaciones Universidad de Sevilla, 1979.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODAS, Sergio. "No sistema brasileiro, delação premiada é como uma cuíca numa orquestra sinfônica". **Revista Consultor Jurídico**. 25 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-25/entrevista-diogo-malan-criminalista-professor-ufrrj-uerj>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto de processo penal: conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. ver. atual e ampl., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. **Decisão Penal**: a Bricolagem de Significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manoel Luzón Peña, Miguel Díaz y garcía Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrd: Civitas, 1997.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Problemas básicos del derecho penal**. Tradução de Luzón-Peña, Madrid: Reus, 1976.

SAINT-BONNET, François. L'etat d'exception et la qualification juridique. **Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux**, n. 6, 2007, p. 29-38. Disponível em: <<https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0603saintbonnet.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed., rev. e ampl., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teología política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. 2. ed. Madrid: trota, 2009.

SCOCUGLIA, Lígia. Distorções Penais: Claus Roxin critica aplicação atual da teoria do domínio do fato. **Revista Consultor Jurídico**. set 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato>>. Acesso em: 20 abr 2017.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. São Paulo: LeYa, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Revista Consultor Jurídico**. 29 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de Princípios: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun. 2012, 2012.

_____. **Hermenêutica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás S. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1996.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1793). Tradução de Wiliam Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.