

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA

**LEGALIDADE PENAL *IN THE BOOKS* E *IN ACTION*: ESTUDOS PARA UMA
NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2022

MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA

**LEGALIDADE PENAL *IN THE BOOKS* E *IN ACTION*: ESTUDOS PARA UMA
NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Professora Dra. Carolina Costa Ferreira, na linha de pesquisa Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional do IDP, para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2022

MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA

**LEGALIDADE PENAL *IN THE BOOKS* E *IN ACTION*: ESTUDOS PARA UMA
NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Professora Dra. Carolina Costa Ferreira, na linha de pesquisa Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito, do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional do IDP, para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional.

Data da Defesa Final: 30/06/2022.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Carolina Costa Ferreira

Orientadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (PPGD)

Prof. Dr. João Paulo Bachur

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (PPGD)

Membro Interno

Prof. Dr. Ademar Borges de Sousa Filho

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (PPGD)

Membro Interno

Profa. Dra. Danyelle da Silva Galvão

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (MPD)

Membro Externo

Profa. Dra. Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro

Universidade Católica de Salvador

Membro Externo

“El principio de legalidad como tarea inconclusa”
(BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 43).

“A alma humana avança constantemente, mas em linha espiral” (GOETHE, Johann Wolfgang von. *Wilhelm Meisters Wanderjahre, oder die Entsagenden*, Band 8, *Ausgabe Hamburg*, 1948 [1829], p. 449).

À minha amada esposa, Thaís.
Aos meus queridos pais, Herben e Zuleica.

AGRADECIMENTOS

Foi um dos períodos mais desafiadores da minha vida até agora. A aprovação na seleção do doutorado me deixou muito feliz, em 25.02.2019, e eu não imaginei o por vir. Jamais mesmo. Liguei o doutorado logo após o mestrado sem descanso. Continuei fazendo inúmeras viagens de ônibus do interior da Bahia para a capital do país. Em 11.03.2020, a OMS declarou oficialmente a pandemia. A vida de todos nós mudou. Em *home office*, trabalhei e estudei muito mais do que antes. Não me licenciei das atividades da docência e da advocacia, durante o doutorado. Lamento muito a morte de tantos.

Paralelo a isso, no dia 09.09.2019, na dimensão da vida pessoal, no turbilhão de compromissos sociais, (re)encontrei, nessa vida, a mulher mais linda e íntegra do mundo. A prova da existência de Deus manifesta-se em episódios assim. Pouco antes da pandemia e de iniciarmos nosso namoro, eu estava pronto e aprovado para ir ao intercâmbio da *Università degli studi Roma Tre*, na Itália. Eu forcei a vida por esse caminho, mas isso não aconteceu. Conheci o amor da minha vida, meu coração ganhou novo ritmo, meus olhos brilharam com outro horizonte que me foi anunciado. Isso foi pouco antes da sabermos da pandemia. Pouco tempo depois, a Itália, naquele momento, sofreu muito e perdeu muitas pessoas para o Coronavírus. Thaís, com todo o seu amor, salvou-me. Não só por isso sou grato a ela, senão porque suportou minha ausência, mesmo estando perto, para que eu pudesse me dedicar à pesquisa e redação dessa tese, junto com os demais afazeres profissionais e pessoais. Eu a pedi em casamento na casa que construímos, nesse período, em uma surpresa, quando nossos pais vieram conhecer e entraram nela pela primeira vez. Casamo-nos dois anos depois, em 09.09.2021. Eu te amo com todo meu coração, meu amor. Sem você nada disso seria possível. Somos um só, para sempre.

Nesse percurso, equilibrando-me intensamente em todos esses compromissos, eu tive que me submeter a duas cirurgias no olho esquerdo. Para onde eu fui, preocupado com a pesquisa e prazos, levei meus livros. Não parei e cheguei a ler, durante dias, só com um dos olhos, enquanto o outro estava cicatrizando. Minha orientadora, a querida Profa. Carolina Costa Ferreira, prestou-me total apoio e conforto, que só os grandes Mestres sabem dar a seus pupilos. Com toda a sua sensibilidade, humanismo e sabedoria, sempre me orientou, em todos os sentidos, com palavras e exemplos. Destaco

que ela preservou a minha autonomia nessa tese. Sempre serei grato, querida Professora, e, onde quer que eu vá, honrarei o seu nome e ensinamentos.

Pensei em desistir do doutorado, ainda mais quando um grande conglomerado educacional comprou a faculdade particular, no interior da Bahia, na qual me formei, dei aulas por doze anos, fui professor de gerações na minha região e, um ano após a nova gestão, fui demitido sem justa causa com a justificativa de que mestres e doutores são muito caros para esse modelo de negócio. Comentei esse episódio com minha orientadora e ela, mais uma vez, tranquilizou-me, aconselhou-me que eu me preparasse para dar aula na pós-graduação *stricto sensu* e que esses fatos são inevitáveis efeitos do neoliberalismo. Só pensei em desistir, mas nenhum movimento eu fiz nesse sentido, pois várias pessoas especiais e uma força muito forte dentro mim me impulsionaram para frente.

Durante o doutorado também me surgiram as melhores oportunidades na advocacia privada, como uma revolução positiva na minha vida, com o grupo de ilustres colegas de escritório com os quais compartilho a saga do dia a dia e ombreamo-nos nas batalhas forenses no Oeste da Bahia, região na qual nasci, desenvolvi-me como pessoa, constituí família, enraizei-me e que, agora, vivo um dos momentos mais felizes da minha vida. Advogamos, em especial, para produtores rurais do agronegócio e, nessa interação social, tive ricas experiências, também na área criminal, que me despertaram para pontos abordados nessa tese.

São tantas as pessoas às quais devo agradecer que não conseguiria nominar todas e poderia ser injusto. O mínimo que posso fazer é deixar essa cláusula genérica de agradecimento e, pessoalmente, ao longo da vida, dizer a cada uma delas, o quanto elas foram e são importantes para mim. Eu só não poderia encerrar esses agradecimentos sem mencionar a minha gratidão aos meus pais, porque sem eles eu não existiria e não teria as oportunidades de educação, de valores morais e de exemplos como eu tive o privilégio de ter. Também não poderia encerrar, sem registrar a minha gratidão a Deus, porque eu pude experimentar o quão bom Ele é o tempo todo.

O doutorado é um *ritual de passagem* na academia inegalável e honroso. Sei a responsabilidade que passo a ter doravante. Espero contribuir positivamente, junto com todos os *stakeholders*, para um mundo melhor, cada um fazendo a sua parte, em seus microuniversos. Só espero não perder três coisas, ao longo do caminho: a honestidade, a humildade e o meu amor pelo *Direito*.

A mesma frase com a qual encerrei os agradecimentos da minha monografia de graduação, em 2009.2, do poeta Virgílio, no Livro IX de Eneida: “*sic itur ad astra*” (assim se vai às estrelas, em tradução livre). Só adiciono agora, a figura de linguagem de Goethe, como explicarei ao longo da tese: “*em uma espiral*”. Muito obrigado a todos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – LEGALIDADE PENAL <i>IN THE BOOKS</i>	27
1 FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA APLICADA AO DIREITO PENAL	27
1.1 A CONCEPÇÃO DE LEI PENAL NA MODERNIDADE.....	28
1.2 RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL	52
1.3 AS PROPOSTAS DAS ESCOLAS PENAIS A PARTIR DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA	59
1.4 A MODERNA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL	83
2 CRÍTICAS À MODERNA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL	96
2.1 A DIMENSÃO FORMAL E A PRIMEIRA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL	134
2.2 A DIMENSÃO MATERIAL E A SEGUNDA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL	143
2.3 CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E DA TRADICIONAL TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL	152
2.4 ILUSÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA E A INATINGÍVEL EXATIDÃO DA LEI PENAL	176
PARTE II – LEGALIDADE PENAL <i>IN ACTION</i>	180
3 NOVO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO	180
3.1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM APLICADA À TEORIA DO DIREITO E AO DIREITO PENAL	180
3.1.1 A concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin como pano de fundo dessa tese de doutorado	189
3.2 O ESTADO E O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE.....	214
3.3 A INTERPENETRAÇÃO DAS TRADIÇÕES <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> ...	219
3.4 O DIÁLOGO DAS CORTES EM ORDENS JURÍDICAS MULTINÍVEIS E O SEU <i>COMMON GROUND</i>	224
3.4.1 A espiral hermenêutica como uma metáfora melhor para capturar e orientar as atuais práticas jurídicas	234
4 NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL	239
4.1 NOVA COMPREENSÃO SOBRE CONHECIDAS FONTES DO DIREITO PENAL.....	239
4.2 NOVAS FONTES DO DIREITO PENAL PÓS-MODERNO	270
4.3 ESQUEMATIZAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E ALGUNS LIMITES TEÓRICOS E DOGMÁTICOS	289

4.4 A DIMENSÃO <i>IN ACTION</i> E A TERCEIRA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL	294
CONCLUSÃO	301
REFERÊNCIAS	308

RESUMO

Investiguei se, diante das atuais práticas jurídicas, há uma nova teoria das fontes do direito penal brasileiro e se o princípio da legalidade penal experimenta uma terceira revolução científica. Na primeira parte, pesquisei como se desenvolveu a concepção moderna de lei penal e, com ela, como surgiram as suas dimensões formal e substancial, que correspondem à concepção da legalidade penal *in the books*. Também na primeira parte relatei como as escolas penais fundaram e reconstruíram o sistema de imputação racional jurídico-penal, no paradigma da filosofia da consciência. Ainda na primeira parte, destaquei a crise da legalidade penal, na concepção estatal-legalista do positivismo jurídico, e o esgotamento da tradicional teoria das fontes do direito penal. Apontei que essa concepção estática não consegue conferir segurança jurídica, assim como a promessa de exatidão da lei penal são ilusões. Na segunda parte, destaquei que a filosofia da linguagem demonstrou que a possibilidade de conhecimento depende da intersubjetividade e que as tentativas da filosofia da consciência pela objetividade e pela subjetividade do conhecimento mostraram-se irrealizáveis. Após observar as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro, identifiquei 10 fontes de produção, 12 fontes de conhecimento de normas penais incriminadoras e 19 fontes de conhecimento de normas penais não-incriminadoras. O marco teórico é composto pela concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin, com ajustes pessoais e acréscimos da metáfora da espiral hermenêutica, de Winfried Hassemer. Quanto à legalidade penal, além da sua dimensão *in the book*, de acordo as atuais práticas jurídicas, há uma dimensão *in action*, que exige que a proibição da retroatividade *in pejus* seja estendida ao *overruling de precedentes judiciais in malam partem* e às demais fontes de conhecimento de normas penais incriminadoras. Essa dimensão dinâmica da legalidade penal ainda viabiliza a interpretação extensiva em sentido estrito de tipo penal, desde que atendidas algumas exigências, e admite a derrotabilidade de regras no direito penal. A legalidade penal *in action* ainda exige que se uma fonte de produção de normas penais pretender dar eficácia transubjetiva (*ultra partes* ou *erga omnes*) e vinculante a uma fonte de conhecimento do direito penal brasileiro deverá desobstruir os canais de diálogos entre os grupos sociais, na democracia constitucional, dar ampla publicidade e alargar o contraditório. Está em curso uma terceira revolução científica da legalidade penal, com o acoplamento da regra do *stare decisis* e reforço da legitimidade democrática, e há uma nova teoria das fontes do direito penal brasileiro.

Palavras-chave: Fontes do Direito Penal. Legalidade. Dimensões estática e dinâmica.

ABSTRACT

I investigated whether, given current legal practices, there is a new theory of the sources of Brazilian criminal law and whether the principle of criminal legality is experiencing a third scientific revolution. In the first part, I researched how the modern conception of criminal law developed and, with it, how its formal and substantial dimensions emerged, which correspond to the conception of criminal legality *in the books*. Also in the first part, I demonstrate how the penal schools founded and reconstructed the legal-penal rational imputation system, in the paradigm of the philosophy of conscience. Still in the first part, I highlighted the crisis of criminal legality, in the state-legalist conception of legal positivism, and the exhaustion of the traditional theory of sources of criminal law. I pointed out that this static conception fails to provide legal certainty, just as the promise of accuracy of criminal law is illusions. In the second part, I highlighted that the philosophy of language demonstrated that the possibility of knowledge depends on intersubjectivity and that the attempts of the philosophy of conscience for the objectivity and subjectivity of knowledge proved to be unrealizable. After observing current legal practices in Brazilian criminal law, I identified 10 sources of production, 12 sources of knowledge of incriminating criminal law and 19 sources of knowledge of non-incriminating criminal law. The theoretical framework is composed of Ronald Dworkin's conception of law as integrity, with personal adjustments and additions to the metaphor of the hermeneutic spiral, by Winfried Hassemer. As for criminal legality, in addition to its *in the book* dimension, according to current legal practices, there is an *in action* dimension, which requires that the prohibition of retroactivity *in pejus* be extended to the overruling of judicial precedents *in malam partem* and to other sources of criminal law. knowledge of incriminating criminal law. This dynamic dimension of criminal legality still makes possible the extensive interpretation in the strict sense of the criminal type, provided that some requirements are met, and admits the defeasibility of legal-penal rules. Criminal legality *in action* still requires that if a source of criminal law production intends to give transsubjective (*ultra parts* or *erga omnes*) and binding effectiveness to a source of knowledge of Brazilian criminal law, it must clear the channels of dialogue between social groups, in constitutional democracy, give wide publicity and extend the dispute. A third scientific revolution in criminal legality is underway, with the coupling of the *stare decisis* rule and the strengthening of

democratic legitimacy, and there is a new theory of the sources of Brazilian criminal law.

Keywords: Sources of Criminal Law. Legality. Static and dynamic dimensions.

INTRODUÇÃO

Meu local de fala é como advogado criminalista de empresários do setor econômico do agronegócio, no Oeste da Bahia, e como professor de Parte Geral do Direito Penal na graduação em Direito. Foi a partir dessas posições, na comunidade política, que tive experiências jurídicas e interagi com fenômenos sociais que valoro nessa tese. É apenas um ponto de partida, ao qual não me limitarei.

O tema versa sobre as fontes do Direito Penal. A delimitação é uma nova compreensão sobre a legalidade penal e, de modo mais abrangente, sobre as fontes do Direito Penal brasileiro, no paradigma da filosofia da linguagem e novo modelo de Estado. O problema de pesquisa cinge-se no questionamento: há uma nova teoria das fontes do Direito Penal brasileiro e, em especial, uma nova compreensão sobre o princípio da legalidade penal?

O meu interesse por esse tema justifica-se por dois motivos: primeiro, presenciei como advogado criminalista, durante a militância no dia-a-dia, novas fontes de produção de normas penais atingirem meus clientes, como, por exemplo, em situações nas quais produtores rurais eram investigados ou denunciados em persecuções penais, e, embora a Constituição e Tratados Internacionais os garantissem a presunção de não culpabilidade, no Brasil, até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória, os programas de governança, gestão de risco e *compliance* de multinacionais, que, com eles, relacionam-se nas atividades empresariais, para o financiamento rural ou fornecimento de insumos agrícolas ou de outra forma relevante, produziram Diretivas Deontológicas, Principiológicas e Diceológicas, e, impondo-as aos meus clientes, exigiram-lhes esclarecimentos em videoconferências, cópia dos procedimentos investigativos e processos penais, cópia das defesas e periódicos relatórios sobre o caso. Mesmo atendendo a todas essas exigências, de forma colaborativa, meus clientes sofreram, nessas relações, restrição ao crédito, diminuição do volume nos negócios, maior burocracia para atos e procedimentos que antes eram mais ágeis e céleres, enfim, uma asfixia financeira. Os clientes, que já experimentaram essas exigências e enfrentaram essas dificuldades no relacionamento com algum programa de *compliance*, de gigantes desse setor econômico, levam isso em consideração e, a partir disso, pautam o seu comportamento com as demais multinacionais e instituições financeiras, para conseguirem sobreviver no mercado. Há efetivamente uma coatividade e *enforcement* nessas normas aplicadas, por essa fonte

que as produziu, a situações relacionadas ao Direito Penal, mormente ligadas ao cumprimento de deveres objetivos de cuidado (crimes culposos) e deveres de agir (crimes omissivos) e, ainda, com alto grau de eficácia e de obediência pelo destinatário. E o segundo motivo, no ambiente acadêmico, é que, como professor de Parte Geral de Direito Penal, na graduação, senti uma frustração, ao longo de doze anos pesquisando e lecionando, na hora de preparar e rever a aula sobre o conteúdo programático fontes do Direito Penal, consultar a maioria das obras de Direito Penal mais vendidas no mercado editorial brasileiro e perceber que toda a explicação sobre esse tema está defasada e não captura a realidade, diante do novo paradigma epistemológico no direito, na ciência e na filosofia, bem como diante do novo modelo de Estado, e, ainda, diante de novos fenômenos sociais e atuais práticas jurídicas. Esclareço mais uma vez que, nessa tese, não me fixo a esses pontos, que acima descrevi, mas os considero como posição de largada.

Descrita minha posição de partida, no campo de observação e interação com os fenômenos sociais estudados, doravante delinearei o contexto epistemológico no qual desenvolvi essa tese e a apresentarei os elementos metodológicos do plano de pesquisa.

A partir do século XX¹, com Hans Kelsen² em 1934 e Herbert Hart³ em 1961, mediante a mudança da *perspectiva declaratória, cognitivista e logicista* (prévia determinação do direito) para uma *perspectiva reconstrutivista, adscritivista e lógico-argumentativista* (dupla indeterminação do direito: textos equívocos e normas vagas), a Ciência do Direito avançou para a distinção entre texto e norma⁴; e para a conclusão de que “*a life of the law has not been logic: it has been experience*”⁵.

A potencial equivocidade dos textos jurídicos não é possível de ser eliminada com simples apuramento linguístico na sua redação⁶. Somente o discurso do legislador

¹ FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

⁴ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61; GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53.

⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law (1881)*. Cambridge: Harvard University Press, 1963, p. 05.

⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 66.

não é suficiente para guiar o comportamento humano⁷. O sentido e o alcance normativos das fontes dotadas de autoridade jurídica (textos e elementos não textuais) são adscritos, isto é, atribuídos pela interpretação e aplicação, de forma não episódica, a possibilitar a permanente reconstrução do significado do Direito⁸.

Os órgãos, constitucionalmente incumbidos da interpretação e adscritos aos enunciados normativos, passaram a ter a função de decidir sobre o melhor significado para os textos jurídicos e, mais, promover a unidade, a estabilidade e o desenvolvimento do Direito (STF, RE 655265/DF⁹, Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 13.04.2016).

As razões necessárias e suficientes usadas na justificação de uma decisão sobre uma questão jurídica, pelos Tribunais Superiores (no Brasil, o STJ, conforme o art. 105,

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 640.

⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 15.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 655265/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 13.04.2016. Ementa: EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULING*) DO PRECEDENTE. 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória. 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inoportunidade desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido (STF. RE 655265, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016).

CF/88; e o STF, conforme o art. 102, CF/88), ganharam força expansiva e eficácia obrigatória, isto é, efeito vinculante, para os juízes de primeiro grau e as Cortes de Justiça.

Essas razões, também conhecidas como *ratio decidendi* (ou *holding*), pelo critério funcional (autoridade dos órgãos jurisdicionais que interpretam) somado ao critério qualitativo (razões necessárias e suficientes para a decisão sobre uma questão jurídica), são tidas como determinantes e universalizáveis, e, partir delas, os Tribunais Superiores elaboram os precedentes judiciais, para a replicabilidade a casos futuros idênticos ou semelhantes (STJ, HC 346.380/SP¹⁰, 3ª Seção, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJ 13.04.2016).

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, **HC 346.380/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 13.04.2016. Ementa: HABEAS CORPUS. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO JURÍDICA POSTA. AFETAÇÃO DO WRIT À TERCEIRA SESSÃO. FINALIDADE DE ESTABELECEM DIRETRIZES INTERPRETATIVAS PARA CASOS FUTUROS SEMELHANTES. MISSÃO DO STJ COMO CORTE DE PRECEDENTES. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EFEITOS DA APELAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. TERMINOLOGIA INCOMPATÍVEL COM O PROCEDIMENTO POR ATO INFRACIONAL. CONDICIONAMENTO DO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA MEDIDA COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA REPRESENTAÇÃO. OBSTÁCULO AO ESCOPO RESSOCIALIZADOR DA INTERVENÇÃO ESTATAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PRECOCE NA VIDA DO ADOLESCENTE (PARÁGRAFO ÚNICO, INC. VI, DO ART. 100 DO ECA). RECEBIMENTO DO APELO NO EFEITO DEVOLUTIVO. APLICAÇÃO IMEDIATA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 215 DO ECA. ORDEM DENEGADA. 1. Espera-se de uma Corte de Vértice, qual o Superior Tribunal de Justiça, o fiel desempenho de sua função precípua de conferir unidade à interpretação da legislação federal, valendo-se dos variados métodos de interpretação colocados à disposição do aplicador do Direito. Daí a importância de se submeterem questões jurídicas de alto relevo, debatidas em órgãos fracionários desta Corte, ao crivo do órgão colegiado mais qualificado - *in casu*, a Terceira Seção - de modo a ensejar a eliminação de possíveis incongruências na jurisprudência das turmas que integram a Seção, fomentando, a seu turno, a produção de precedentes que estabeleçam diretrizes interpretativas para casos futuros semelhantes. 2. Invocam-se os artigos 198 do ECA e 520 do CPC para se concluir pela possibilidade de conferir efeito meramente devolutivo à sentença que impõe medida socioeducativa em confirmação ao que se denomina "antecipação dos efeitos da tutela", i.e., a anterior internação provisória do adolescente no processo por ato infracional.

3. Em que pese ser expressão que vem sendo utilizada, em julgados mais recentes desta Corte, ela não se coaduna com a natureza de um processo por ato infracional no qual, antes da sentença, permite-se ao juiz determinar a internação do adolescente pelo prazo máximo, improrrogável, de 45 dias (art. 108 c/c o art. 183, ambos do ECA), levando-se em consideração os "indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.". 4. Como bem pontuado no acórdão impugnado pelo writ, "as medidas socioeducativas têm por escopo primordial a ressocialização do adolescente, possuindo um intuito pedagógico e de proteção aos direitos dos jovens", de modo que postergar o início de cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença que encerra o processo por ato infracional importa em "perda de sua atualidade quanto ao objetivo ressocializador da resposta estatal, permitindo a manutenção dos adolescentes em situação de risco, com a exposição aos mesmos condicionantes que o conduziram à prática infracional". Incide, à espécie, o princípio da intervenção precoce na vida do adolescente, positivado no parágrafo único, inc. VI, do art. 100 do ECA. 5. Outrossim, a despeito de haver a Lei 12.010/2009 revogado o inciso VI do artigo 198 do referido Estatuto, que conferia apenas o efeito devolutivo ao recebimento dos recursos - e inobstante a nova redação conferida ao caput do art. 198 pela Lei n. 12.594/2012 - é importante ressaltar que continua a vigor o disposto no artigo 215 do ECA, o qual prevê que "o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". Ainda que referente a capítulo diverso, não há impedimento a que, supletivamente, se invoque tal dispositivo para entender que os recursos serão recebidos, salvo decisão em contrário, apenas no efeito

No Brasil, o CPC/2015, em seus arts. 489, §§1º e 2º, e, mais especificamente, em seus arts. 926 e 927, contribuiu fortemente para essa tendência, que já se afirmava historicamente com interpenetração das tradições *civil law* e *common law* (com ponto de confluência na teoria da interpretação), de conferir efeito vinculante aos precedentes judiciais dos Tribunais Superiores e, em alguns casos, de Tribunais de 2º grau, como, por exemplo, com o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985, CPC/15) e o incidente de assunção de competência (art. 947, CPC/15).

Entretanto, conforme recente pesquisa empírica realizada, em 2018, pela Associação Brasileira de Magistrados¹¹, ainda não é forte a cultura de respeito ao precedente judicial no Brasil e, nesse sentido, boa parte da magistratura brasileira de 1º e 2º graus não entende ser obrigatório seguir os precedentes dos Tribunais Superiores, pois, se fosse, segundo o entendimento da maioria dos entrevistados, seria um atentado à prerrogativa da independência funcional.

O CPC/2015 previu um rol exemplificativo de precedentes normativos (art. 927); previu regras para o *stare decisis* horizontal e vertical; estabeleceu o dever de fundamentação analítica das decisões judiciais (art. 489, §§1º e 2º); e até ousou em adotar, no *caput* do art. 926, uma concepção específica sobre o conceito de Direito, qual seja, a concepção do Direito como integridade, desenvolvida, na obra *Law's Empire* (1986), por Ronald Dworkin¹²; e regulamentou mecanismos para a garantia de fidelidade ao precedente, como o *distinguishing* e o *overruling* (art. 489, §1º, VI), bem como previu nova regulamentação para a Reclamação (arts. 988 a 993). Como novidades legislativas ainda surgiram os arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas

devolutivo, ao menos em relação aos recursos contra sentença que acolhe representação do Ministério Público e impõe medida socioeducativa ao adolescente infrator, sob pena de frustração da principiologia e dos objetivos a que se destina a legislação menorista. 6. Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. 7. Na espécie, a decisão impugnada no writ enfatizou a gravidade concreta da conduta do paciente - praticou ato infracional equivalente ao crime de roubo duplamente circunstanciado e outro ato infracional equivalente ao porte ilegal de arma de fogo - e destacou as condições de vida muito favoráveis ao paciente e as facilidades e os desvios de sua educação familiar, como fatores que tornariam também recomendável sua internação. Tudo em conformidade com o que preceitua o art. 122, inc. I, da Lei n.º 8.069/90. 8. Ordem denegada (STJ. HC n. 346.380/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, relator p/ o acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 13/5/2016).

¹¹ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem somos e a magistratura que queremos**. 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em 01.05.2020.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 645; STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2016, p. 62. Esses autores também entendem assim.

do Direito brasileiro (LINDB), incluídos pela Lei 13.655/2018, e sua regulamentação pelo Decreto 9.830/2019, sobre a proteção da confiança quando houver alterações de normas jurídicas. E, no âmbito do processo penal, o art. 315, §2º, do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, com conteúdo semelhante do art. 489 do CPC/2015.

Esse novo paradigma anuncia a proposição de que o princípio da legalidade parece ter sido ressignificado para o respeito à interpretação dada, aos textos e elementos não textuais jurídicos, pelos órgãos institucionalmente incumbidos¹³.

Ocorre que, no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, dadas as suas especificidades científicas e filosóficas, todas essas novidades da Teoria Geral do Direito e acentuadas no Processo Civil, ainda merecem percucientes estudos acadêmicos. Se os precedentes judiciais, favoráveis e não-favoráveis aos acusados, são fontes, ou não, do Direito Penal. E, se sim, se houve ressignificação da tradicional compreensão sobre o princípio da legalidade penal¹⁴; e, de modo mais abrangente, se há uma nova teoria das fontes do Direito Penal.

Darei alguns exemplos a seguir que anunciam uma parte da crise da legalidade penal e, no desenvolvimento da tese, farei menção e inferências a essas ilustrações.

Como primeiro exemplo, o Plenário do STF decidiu, em 13.06.2019, no julgamento do MI 4733/DF¹⁵, Rel. Min. Edson Fachin, e na ADO 26/DF¹⁶, Rel. Celso de Mello, que é possível atribuir sentido e alcance normativos ao tipo penal do racismo (art. 20, Lei 7.716/89), que não tem em seu texto legal a expressão “*preconceito a orientação sexual e a diversidade de gênero*”, para reconstruir a norma penal incriminadora e concluir que, apesar disso, a homofobia e a transfobia configuram essa infração penal. O MPF, no último Parecer e sustentação oral, opinou pelo reconhecimento dessas condutas como crime de racismo, mediante interpretação

¹³ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 09; GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 08; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 142; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 51; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 641.

¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schiatti (Coords.). *Processo Penal*. Coleção Repercussões do novo CPC. Coordenação geral de Fredie Didier Jr. V. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **MI 4733/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. DJ 13.06.2019.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 26/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 13.06.2019.

conforme a Constituição, para tutelar suficientemente o bem jurídico¹⁷, que sofria proteção deficiente (*untermassverbot*).

Em outro exemplo, o Plenário do STF, por maioria de votos, decidiu, no HC 126.292/SP¹⁸, Rel. Min. Teori Zavascki, em 17.02.2016, que “*a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado*”, muito embora conste no texto do art. 5º, LVII da Constituição brasileira de 1988, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Doravante, readmitiu-se a execução provisória da pena e *esse overruling in malam partem* retroagiu para ser aplicado em processos penais que já estavam tramitando. Após a formação de nova maioria no Plenário, o STF voltou atrás, no julgamento conjunto das ADCs 43, 44 e 54¹⁹, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.11.2019, para decidir que só é possível o início do cumprimento de pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Mais um exemplo: a Sexta Turma do STJ, no REsp 1.252.770/RS²⁰, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, em 24.03.2015, ao julgar se a conduta de agentes que escavavam um túnel em direção a uma agência bancária e receberam voz de prisão em flagrante quando já tinham aberto 12,80 metros do total de 70,30 metros, configurava atos preparatórios ou atos executórios do crime de tentativa de furto qualificado (art. 155, §4º, c/c art. 14, II, CP), abandonou a teoria objetivo-formal (elaborada por Ernest Beling), cujo critério é o princípio da legalidade penal (atos executórios iniciam-se com o começo da conduta descrita no tipo penal) e que levaria à atipicidade penal do fato, e adotou a teoria do plano concreto do autor (desenvolvida por Eugenio Raúl Zaffaroni), cujo critério é supralegal (atos executórios iniciam-se imediatamente antes da conduta descrita no tipo penal, no instante em que o agente começa o seu plano concreto de crime) e que conduziu o julgamento à condenação.

Em um quarto exemplo, o Plenário do STF, no julgamento do RE 979.962/RS²¹, Rel. Min. Roberto Barroso, no dia 24.03.2021, sobre as penas abstratas de 10 a 15 anos,

¹⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 178.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki. DJ 17.02.2016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADIs 43, 44 e 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 07.11.2019.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T. **REsp 1.252.770/RS**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 24.03.2015.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 979.962/RS**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 24.03.2021.

do tipo penal do art. 273, §1º-B, I, do CP, com redação dada pela Lei nº 9.677/98, referente à conduta de importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária, decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade desse preceito secundário e por ripristinar o preceito secundário da redação originária, cujas penas abstratas eram de 1 a 3 anos e multa. O voto vencido do Min. Edson Fachin, no caso, sinalizou que a maioria dos votos dos Ministros estava combinando leis penais no tempo e criando um terceiro e novo tipo penal, em violação ao princípio da legalidade penal. Nesse processo, o TRF da 4ª Região havia declarado inconstitucional esse tipo penal, também por violação ao princípio da proibição do excesso, dimensão negativa da proporcionalidade, e aplicado, em analogia *in bonam partem*, as penas abstratas do tipo penal de tráfico de drogas, de 5 a 15 anos e multa.

Outro curioso exemplo foi o julgamento, pela 3ª Seção do STJ, do HC 379.269/MS²², Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, no dia 29.05.2017, sobre a (des)criminalização da conduta de desacato, tipificada no art. 331 do CP, no controle de convencionalidade difuso, tendo como parâmetro de controle o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A maioria dos Ministros decidiu que continua a ser crime, pois não haveria prejuízo ao cidadão, em sua liberdade de expressão, podendo se manifestar com civilidade e educação. De outro lado, o voto vencido do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, que era o Relator originário, destacou que a tipificação do desacato era contrária ao Pacto de São José da Costa Rica, por violar a liberdade de expressão, e apontou a manifestação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que as leis de desacato visam a favorecer o abuso, como meio de silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, além de proporcionarem maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares.

Um sexto exemplo está no julgamento do HC nº 124.306/RJ²³, Rel. Min. Roberto Barroso, pela 1ª Turma do STF, DJ 09.08.2016, cuja maioria dos votos decidiu, a partir de interpretação conforme a Constituição dos arts. 124 a 128 do CP, que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não pode ser uma conduta considerada dentro do alcance normativo dos tipos penais de aborto, na esteira de um solo comum (*common ground*) de precedentes estrangeiros oriundos dos Estados Unidos (*Supreme Court, Roe v. Wade*, 10 U. S., 1973), Alemanha, Reino Unido,

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. HC 379.269/MS. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJ 29.05.2017.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. HC 124.306/RJ. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 09.08.2016.

Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália e, em especial, por violação a direitos fundamentais das mulheres e à proporcionalidade.

Mais um exemplo foi o julgamento, pelo Plenário do STF, do HC nº 176.473/RR²⁴, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJ 27.04.2020, ocasião na qual houve mudança de entendimento sobre o texto legal do art. 117, IV, do Código Penal, reconstruindo a norma penal para a compreensão de que qualquer acórdão interrompe a prescrição, seja confirmatório seja condenatório, em detrimento do entendimento anterior que apenas o acórdão condenatório, isto é, aquele que aumenta a pena concreta dosada na sentença condenatória ou que reforma a sentença absolutória e condena o réu, interrompia o prazo prescricional.

Em um oitavo exemplo, o Pleno do STF, ao julgar o RHC 163.334/SC²⁵, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 18.12.2019, fixou a tese de que “*o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço, incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/1991*”. Vale dizer, deu interpretação restritiva ao tipo penal, fixando como premissas para a responsabilização criminal tributária: a existência de débito fiscal constituído definitivamente, de dolo específico, de apropriação financeira e de contumácia, com *modus operandi* do empresário voltado para o enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades. Se faltar um desses pressupostos, não há a justa causa para a persecução penal.

Aponto outro caso, no STF, como um nono exemplo, embora ainda esteja em trâmite, o ARE 848.107/DF²⁶, Rel. Min. Dias Toffoli, no qual se discute se o art. 112, I, do Código Penal, que prevê como pressuposto para o início da prescrição da pretensão executória da pena concreta o trânsito em julgado apenas para a acusação, foi recepcionado, ou não, pelo art. 5º, II e LVII, da CF/88, em especial, depois da evolução jurisprudencial do STF sobre o princípio da presunção de não culpabilidade e a impossibilidade de execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ADC 43, 44 e 54, DJ 07.11.2019), e, com isso, na inexistência de inércia do Estado. Foi reconhecida a Repercussão Geral, com o Tema 788, para a formação de precedente qualificado. Há notícias de elaboração de voto pelo

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **HC 176.473/RR**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJ 27.04.2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RHC 163.334/SC**. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 18.12.2019.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ARE 848.107/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, em trâmite.

Min. Relator no sentido da não-recepção desse dispositivo constitucional e Parecer da PGR pela não recepção com fundamento nos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade²⁷.

Em mais um caso, décimo exemplo, o Pleno do STF, na Questão de Ordem no RE 966.177/RS²⁸, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.06.2017, criou mais uma hipótese de “*automática*” suspensão do prazo prescricional, qual seja, a situação de sobrestamento de processos penais em julgamento de recursos repetitivos, em especial, com o fundamento de que “*o instituto da repercussão geral, por mais ímplitos propósitos que apresente (celeridade processual e unidade do direito), pode incorrer em afronta a outros valores constitucionalmente tutelados*”. Foi reconhecida a Repercussão Geral (Tema 924) e foi dada interpretação conforme a Constituição ao art. 116, I, do Código Penal, para se entender que, de acordo com o art. 1.035, §5º, do CPC/15, com aplicabilidade aos processos penais, o Relator tem “*discricionariedade*” para sobrestar feitos em todo o território nacional e, por conseguinte, haverá automática suspensão da prescrição da pretensão punitiva, até o julgamento definitivo do recurso paradigma.

Mais uma ilustração, décimo primeiro exemplo, está na Medida Cautelar deferida na ADPF 881/DF²⁹, no STF, pelo Rel. Min. Dias Toffoli, em 22.02.2022, que determinou, com eficácia em todo o território nacional, a “*a suspensão da eficácia do art. 319 do Código Penal, especificamente na acepção que possibilita o enquadramento da liberdade de convencimento motivado dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário*” como elementares do tipo penal da prevaricação, quando pratiquem regularmente atividades-fim no exercício da prerrogativa constitucional da independência funcional (arts. 95, e 127, §1º, CF/88).

E mais um exemplo emblemático, o décimo segundo, ocorreu na ADI 5.874/DF³⁰, ajuizada pela PGR no STF, a Min. Carmem Lúcia, como Presidente do STF, durante o recesso forense, em 28.12.2017, deferiu a medida liminar pleiteada e, em 12.03.2018, o Min. Luís Roberto Barroso, em nova decisão monocrática, confirmou a liminar deferida e restringiu a aplicação do Decreto nº 9.246 de 21.12.2017 sobre

²⁷ RODAS, Sérgio. Prescrição deve começar no trânsito em julgado para acusação e defesa, diz Toffoli. Revista Consultor Jurídico, Edição de 24.03.2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/prescricao-comecar-transito-julgado.pdf>. Acesso em 01.04.2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 966.177/RS. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.06.2017.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 881/DF. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 22.02.2022.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5.874/DF. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJ 12.03.2018.

indulto da lavra do Presidente da República Michel Temer e substituiu as regras originárias por outras, visando a atingir as finalidades constitucionais, para crimes de colarinho branco, como corrupção, lavagem de dinheiro, peculato, tráfico de influência, crimes contra o sistema financeiro nacional, crime de fraude a licitação e outros. Em seu voto vencido, no Plenário do STF, o Min. Roberto Barroso, em novembro de 2018, argumentou que *“este decreto esvazia o esforço da sociedade e das instituições, onde delegados, procuradores e juizes corajosos enfrentam as diferentes modalidades de crime organizado, inclusive a do colarinho branco. E cria facilitário sem precedentes a quem cometeu esses crimes”* e, ainda, que *“o mundo aboliu a possibilidade do indulto coletivo, mas nós expandimos”*. No entanto, o voto vencedor, do Min. Alexandre de Moraes, decidiu que o Poder Judiciário não deve interferir no mérito do ato de clemência constitucional, mas somente analisar a constitucionalidade da concessão da *clemetia principis*, e também que *“a concessão de indulto não está vinculada à política criminal estabelecida pelo legislativo, tampouco adstrita à jurisprudência formada pela aplicação da legislação penal”*, *“muito menos ao prévio parecer consultivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, sob pena de total esvaziamento do instituto, que configura tradicional mecanismo de freios e contrapesos na tripartição de poderes”*.

A partir desses exemplos já é possível perceber a crise da legalidade penal e, de modo mais amplo, da tradicional teoria das fontes do Direito Penal. Alguns desses exemplos relacionam-se a *overruling in malam partem*, enquanto outros exemplos relacionam-se aos influxos de novas fontes do direito penal nos processos de (des)criminalização.

A fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege* é o que o Garantismo Penal chamou de primeiro postulado do positivismo jurídico³¹ (dimensão formal legalidade e legitimidade interna), isto é, somente a lei diria o que é o delito, e não outras fontes externas. Após a 2ª Guerra Mundial, afirmou-se historicamente, ao lado da primeira, a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, como segundo postulado do positivismo jurídico³² (dimensão material da legalidade e legitimidade externa), ou seja, a validade das normas penais condiciona-se à verificação de sua necessidade, da

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 344.

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 347.

dignidade constitucional do bem jurídico que recebe a tutela penal e da significância da ofensa criminalizada.

A garantia da irretroatividade da lei penal mais severa, para a doutrina mundialmente majoritária, “*dirige-se principalmente ao legislador*” e “*uma decisão judicial que agrava a situação do acusado em relação à jurisprudência anterior não é, para muitos autores, comparável à aplicação retroativa de uma lei desfavorável ao infrator*”³³.

Em consonância com a doutrina mundialmente majoritária³⁴, o STF e o STJ, no Brasil, decidem que a garantia da irretroatividade da lei penal mais severa não se aplica à superação de precedente judicial *in malam partem*. Essa corrente majoritária entende que o cidadão, que orientou o seu comportamento de acordo com o precedente judicial superado, incidiria em erro de proibição (in)evitável, podendo ficar isento de pena, ante a ausência de culpabilidade, mormente em razão da falta de potencial consciência da ilicitude, embora tenha praticado um fato típico e antijurídico. Essa é a perspectiva da “*legalidade in the books*”³⁵ no Direito Penal, predominante nos países de tradição *civil law*.

Na “*dimensão in action da legalidade*”³⁶, é forte a percepção de que os Tribunais Superiores, ao produzirem um precedente (atribuição de sentido e alcance normativos à lei penal) ou ao realizarem um *overruling* (reconstrução do sentido e alcance normativos atribuídos ao texto legal) inovam o Direito Penal, isto é, “*com o ‘jus dicere’, chegaria a produzir novas normas jurídicas, que ficariam a meio caminho entre a norma geral e abstrata e o caso concreto*” e “*a jurisprudência seria, nesta perspectiva, a fonte do direito em todos os aspectos. É o que os alemães chamam de ‘Richterrecht’, ou seja, direito jurisprudencial*”³⁷.

³³ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 45. Tradução livre: “*è precipuamente rivolto al legislatore*” e “*una decisione giurisprudenziale che peggiora la situazione dell'imputato rispetto alla precedente giurisprudenza non è, per molti autori, assimilabile all'applicazione retroattiva di una legge stavorevole al reo*”.

³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução da 2ª edição alemã e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.

³⁵ ROSCUE, Pound. *Law in Books and Law in Action*. American Law Review. 44ª ed. N. 01. Chicago, EUA: jan-fev, 1910, p. 12/36; CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 40.

³⁶ ROSCUE, Pound. *Law in Books and Law in Action*. American Law Review. 44ª ed. N. 01. Chicago, EUA: jan-fev, 1910, p. 12/36; CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 68.

³⁷ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 67. Tradução livre: “*con lo ‘jus dicere’, produrrebbe*

Nessa perspectiva *law in action*, o entendimento de que a garantia da irretroatividade da *novatio legis in pejus* não se aplicaria ao novo precedente *judicial in malam partem* não evita as situações prejudiciais, contra as quais, com essa garantia fundamental (art. 5º, XL, da Constituição brasileira de 1988³⁸; e, historicamente, art. 5º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁹) pretendia-se proteger a pessoa humana. “*È o fenômeno da retroatividade oculta ou de fato*”⁴⁰.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁴¹ tem decidido que a finalidade da legalidade penal é servir de elemento orientador de conduta, e não um mero modo de imposição de sanção⁴². Não só a alteração de concepção jurídica, como também uma forma de integração legislativa, via decisão judicial, que implique em entendimento jurisprudencial mais severo do que o anterior, não poderia retroagir⁴³.

Por meio da e para além das Criminologias Críticas⁴⁴, ganha força, cada vez mais, a corrente mundialmente (ainda) minoritária⁴⁵, que compreende que

quando ocorre uma **variação jurisprudencial**, de tal sorte que se modifique o próprio sentido da proibição ou determinação, opera-se nesses sujeitos também uma alteração quanto à orientação que devam seguir na vida social. A retroatividade dessa nova interpretação integradora implica uma verdadeira **quebra de confiança na ordem jurídica**, o que **afeta diretamente sua liberdade de escolha e orientação**. Está claro, então, que **essa alteração não pode retroagir**⁴⁶.

Nessa contextualização, a originalidade da tese está em desafiar a concepção *mainstream* sobre o princípio da legalidade penal e seus corolários (v.g. irretroatividade

addirittura nuove norme giuridiche, che si situerebbero a metà strada tra la norma generale ed astratta ed il caso concreto” e “la giurisprudenza sarebbe, in questa prospettiva, fonte del diritto a tutti gli effetti. È quello che i tedeschi chiamano il ‘Richterrecht’, ossia il diritto giurisprudenziale”.

³⁸ Constituição brasileira de 1988. Art. 5º. XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

³⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Art. 5º. Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito.

⁴⁰ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 115. Tradução livre: “*È il fenomeno della retroattività oculta, o de facto*”.

⁴¹ TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Demanda n. 42.750/09**. Sentença de 21.10.2013.

⁴² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Com Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63.

⁴³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Com Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 64.

⁴⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v.2, n.2, Curitiba: jul/dez, 2016, p. 171/192.

⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Com Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 64; TAVARES, Juarez. *Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia*. In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. 40, n. 3, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 768; BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 142.

⁴⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Com Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 64.

da lei penal mais severa) a partir da sua desconstrução e reconstrução no paradigma da filosofia da linguagem, pois toda a sua construção na modernidade foi feita dentro do quadro teórico da filosofia da consciência; verificar – como pano de fundo e análise *en passant* nessa tese –, a partir das Criminologias Críticas e do Garantismo Penal, se os novos saberes-poderes evidenciados nesse trabalho são contribuições, ou não, para a diminuição da violência estruturante do sistema penal e de suas agências; e, ao final, verificar – e aqui estão os focos principais dessa tese –, se afirma-se historicamente, pouco a pouco, nova revolução científica sobre a legalidade penal e se há uma nova teoria das fontes do direito penal no Direito Penal brasileiro.

A primeira revolução foi a afirmação do *nullum crimen nulla poena sine lege* (legalidade formal). A segunda revolução foi a afirmação da dimensão material da tipicidade penal (legalidade material). E, para garantir efetivamente benefícios, que o direito penal liberal ilusoriamente pretendia conferir à pessoa humana com o princípio da legalidade penal, uma terceira revolução, em curso histórico nos países de tradição *civil law*, é a aderência e acoplamento da legalidade penal à regra do *stare decisis*.

A pergunta-guia a ser respondida pela tese, cujos indicativos preliminares da resposta foram acima expostos, é: há uma nova teoria das fontes do Direito Penal, nos países de tradição *civil law*? Esse é o principal problema, do qual decorrem outras inquietações, diretamente relacionadas com a pergunta-guia, como, por exemplo, em relação à lei como fonte do Direito Penal: há uma nova compreensão sobre a legalidade penal, para além das suas dimensões formal e material? Em relação aos precedentes judiciais como fonte do direito penal: os Tribunais Superiores têm o papel de promover a unidade, a estabilidade e o desenvolvimento do Direito Penal (função nomofilática)? Um *overruling in malam partem*, na reconstrução do sentido e alcance normativos de leis penais, pelos Tribunais Superiores e, em alguns casos, pelos Tribunais de 2º grau, que afete diretamente o *status libertatis* do cidadão, também deve respeitar a garantia fundamental da irretroatividade de lei penal mais severa (art. 5º, XL, da Constituição brasileira de 1988; e, historicamente, art. 5º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789)? Em relação à doutrina como fonte do Direito Penal: a doutrina é uma fonte menor do atual Direito Penal brasileiro? Quais as funções da doutrina na dogmática jurídico-penal? E em relação a outras fontes: qual o papel de outras fontes no Direito Penal atual, a exemplo da Constituição, dos princípios, dos costumes, dos tratados internacionais, da jurisprudência internacional, dos atos administrativos, da equidade? As normas dos programas de governança, gestão de risco

e *criminal compliance*, em alguma medida, são também fontes do Direito Penal (preventivo)? Negociações entre os sujeitos da persecução penal, a exemplo de acordos de colaboração premiada, são fontes do direito penal (negociado)? A cultura de uma comunidade política oferece complemento a um tipo penal aberto e, por isso, também é fonte do direito penal? São ilustrações de perguntas-menores que decorrem da pergunta-guia.

Os estudos desenvolvidos nessa tese não são exaustivos, compreendo-os como estudos iniciais sobre essa temática e contributivos para a elaboração de uma nova teoria das fontes do direito penal. Portanto, essa tese tem a *profundidade* nos pontos relacionados ao seu objetivo principal (uma nova compreensão da legalidade penal) e projeta-se, como estudos iniciais, sobre um interesse mais geral: uma nova teoria das fontes do direito penal brasileiro.

O tema das fontes do direito penal é pouco explorado na literatura nacional e estrangeira; e, quando abordado, a explicação está defasada em todos os sentidos. Não me gera conforto ler que a lei penal é a única fonte formal imediata de norma penal incriminadora. Para constatar isso basta abrir a maioria dos Manuais de Direito Penal brasileiro, salvo raras exceções⁴⁷. Por outro lado, reconheço que há excelentes produções acadêmicas, em artigos científicos publicados em Revistas, em dissertações de Mestrado e em teses de Doutorado, sobre os precedentes judiciais como fontes do direito penal, sobre o princípio da legalidade e sobre interpretação judicial criativa no Direito Penal. Observo que há também a introdução no Direito Penal brasileiro de ideias penais reconstruídas pela filosofia da linguagem. Penso que ainda falta uma melhor organização de todas essas ideias, diante de novos fenômenos jurídico-penais no país e no cenário internacional. Essa tese propõe estudos para a esquematização de uma nova teoria das fontes do Direito Penal e, embora trate de todas as fontes do Direito Penal, haverá um foco e aprofundamento na nova compreensão sobre a legalidade penal.

Na época do projeto de pesquisa e antes de iniciar as investigações, as hipóteses eram mais conservadoras e restritas, a saber: (i) houve renovação das fontes do Direito Penal; (ii) os precedentes judiciais podem ser aplicados em processos penais, desde que, quando houver novidade *in malam partem* para o *status libertatis* dos acusados, ou seja, tratar-se de uma norma de natureza penal ou mista, os efeitos serão modulados *pro futuro* (art. 3º, CPP, c/c art. 927, §5º, CPC/2015), para evitar violação à dignidade da

⁴⁷ Fiz as referências dessas afirmações no desenvolvimento da tese.

pessoa humana (art. 1º, caput, III, CF/88) e ao núcleo duro do princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF/88), mormente ao direito fundamental à proibição da irretroatividade e da ultra-atividade de norma penal mais severa (art. 5º, XL, CF/88), especialmente pela vedação de surpresa injusta (cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do, no e pelo Direito); e, por fim, de que (iii) há uma nova compreensão sobre o princípio da legalidade penal, apesar da preferência e respeito ao princípio da reserva de código⁴⁸. No entanto, após o período de pesquisa e redação da tese, percebi que minhas conclusões se expandiram, para além dessas hipóteses iniciais, tal como as registrei nas *Considerações Finais*.

Os objetivos gerais da pesquisa são: a) analisar se está em desenvolvimento, nos países de tradição *civil law*, com destaque para Brasil, uma nova teoria das fontes do Direito Penal; b) analisar se está em curso a afirmação histórica de uma nova compreensão sobre o princípio da legalidade penal e seus corolários; c) em especial, em relação aos precedentes judiciais como fontes do direito penal, analisar se, na hipótese de *overruling in malam partem*, na reconstrução do sentido e alcance normativos de leis penais, pelas Cortes Supremas, que afete diretamente o *status libertatis* do cidadão, também deve ser respeitada a garantia fundamental à irretroatividade de *novatio legis in pejus*.

Os objetivos específicos são: a) verificar se os Tribunais Superiores têm o papel de promover a unidade, a estabilidade e o desenvolvimento do Direito Penal, e como o Judiciário, contramajoritário, com a sua “*última palavra provisória*”, dialoga institucionalmente com os Poderes majoritários, na reconstrução permanente de significado sobre a descrição da conduta criminalizada no tipo penal; b) identificar os contínuos “*contrastos jurisprudenciais sincrônicos e diacrônicos*”⁴⁹, pela ausência da regra do *stare decisis* ou algum sucedâneo dessa regra, no direito penal dos países de tradição *civil law*, e pela falta de cultura de fidelidade ao precedente judicial; c) contribuir para a crítica e desvelamento da concepção liberal e falaciosa do princípio da

⁴⁸ Esse trecho foi publicado em artigo de minha autoria, com o título *A Reclamação para a tutela do precedente também no processo penal*, na Revista Consultor Jurídico, em 19.07.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-19/marcus-vinicius-faria-reclamacao-tutela-precedente-processo-penal>. Acesso em 01.04.2022. E esse trecho foi citado expressamente, como doutrina, pelo Min. Celso de Mello, no seu voto vencedor, no julgamento do ARE 652.469/PA, 2ª Turma do STF, DJ 26.09.2017. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14322156>, p. 16. Acesso em 01.04.2022.

⁴⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76; CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità*. Torino: Giappichelli, 2014, p. 110.

legalidade penal, que não garante a “*certeza do direito penal mínimo*”⁵⁰ aos cidadãos, desafiando a dogmática jurídico-penal pela criminologia, pela política criminal, pelo direito constitucional e pela filosofia do direito; d) analisar, ao se equipar a legalidade penal com a regra do *stare decisis* ou algo semelhante, se isso contribui para a redução de danos causada pela violência estrutural do sistema penal e suas agências; e) em relação às demais fontes do direito penal, destacar as suas funções e fazer contribuições para que sejam usadas de modo a reduzir a violência seletiva estrutural do sistema penal; e f) identificar novas fontes do direito penal que ainda não são reconhecidas pela comunidade jurídico-penal e como as tradicionais fontes do direito penal se ressignificaram.

A metodologia usada é aquela proposta pela filosofia analítica da linguagem, essencialmente, pela fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger e pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. O marco teórico usado como pano de fundo dessa tese é a *concepção de direito como integridade*, de Ronald Dworkin, e a metáfora da *espiral hermenêutica*, de Winfried Hassemer. Trata-se de uma pesquisa teórica, com abordagem qualitativa e técnicas de pesquisa bibliográfica (literatura clássica e atual sobre dogmática penal, criminologia e filosofia política, consultando autores brasileiros, argentinos, espanhóis, italianos e alemães) e análise documental (julgados dos Tribunais Superiores brasileiros e das Cortes Regionais interamericana e europeia).

Na Parte I (“Legalidade penal *in the books*”) da tese, há dois capítulos a partir do tradicional paradigma epistemológico (filosofia da consciência): 1. Legalidade penal formal; 2. Legalidade penal material. Há críticas a essa moderna compreensão da teoria das fontes do direito penal. Na Parte II (“Legalidade penal *in action*”) há mais dois capítulos a partir da filosofia da linguagem aplicada ao Direito Penal: 1. Novo paradigma epistemológico; 2. Nova teoria das fontes do direito penal.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 351.

PARTE I – LEGALIDADE PENAL *IN THE BOOKS*

1 FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA APLICADA AO DIREITO PENAL

A legalidade penal *in the books* refere-se às suas dimensões formal e material tal como são abordadas teoricamente. Isso foi construído dentro do quadro teórico da filosofia da consciência⁵¹ e, a partir desse marco teórico, as Escolas Penais estruturaram suas propostas de teorias das fontes do direito, da norma penal, do crime e da pena.

As principais teorias do direito aplicadas ao Direito Penal, como, por exemplo, os jusnaturalismos (clássico⁵², medieval⁵³, moderno⁵⁴ e o contemporâneo⁵⁵) e os positivismos jurídicos⁵⁶ (exegético, normativo, inclusivista, lógico-inclusivo e exclusivista) tentaram limitar o *jus puniendi*, no entanto, as Escolas Penais, do Direito Penal moderno, construíram as suas propostas dentro e nos limites da filosofia da consciência.

O quadro filosófico e científico dessa época da teoria do conhecimento é marcado pela relação sujeito-objeto e a tentativa de conhecer o real a partir da consciência do sujeito pensante, inicialmente, com a pretensão de *objetividade do conhecimento*, o que se mostrou irrealizável, e, depois, com a pretensão de *subjetividade do conhecimento*, cuja discricionariedade revelou-se em solipsismo e arbitrariedade.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 73/76 (Verbete n. 12: Filosofia da Consciência): “*a filosofia da consciência tem direta relação com o sujeito do esquema S-O (sujeito-objeto). Esse sujeito é uma construção moderna. (...) Descartes, o primeiro pensador da metafísica moderna, pergunta pelo usus rectus rationes, ou seja, facultatis indicandi, pelo correto uso da razão. (...) Algum tempo mais tarde, mas ainda no paradigma moderna da filosofia da consciência, aparece em o eu penso (Ich Denke) em Kant, uma nova formulação da metafísica moderna como ponto último de fundamentação da realidade. (...) Seguindo a história do pensamento filosófico ocidental, no final da metafísica, o ser se manifesta, nas obras de Nietzsche, como vontade de poder.*” (p. 73/74).

⁵² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 19.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20.

⁵⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980).

⁵⁶ Norberto Bobbio afirma que a expressão positivismo jurídico nada tem a ver com a expressão positivismo filosófico (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15): “*alguns positivistas jurídicos eram também positivista em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França*”.

1.1 A CONCEPÇÃO DE LEI PENAL NA MODERNIDADE

Todo sistema de normas tem suas fontes, independente do tempo e do lugar que pesquisemos na história. O estudo sobre os conceitos, as classificações, os critérios, as categorias, as ideologias, as funções e outros aspectos sobre as fontes de normas jurídicas é reservado para a teoria das fontes do direito, um dos temas da filosofia do direito.

É curioso perceber como, em cada momento histórico de uma comunidade política, as fontes do direito sofrem modificações, sejam relacionadas à autoridade que produz as normas jurídicas, sejam referentes a fontes que independem de validação por uma autoridade estatal e por um modo específico e formal de procedimento, decorrendo sua normatividade da aceitação, sejam referentes à admissibilidade só de fontes estatais, sejam à admissão também de fontes não-estatais, sejam em relação à valorização dos costumes e do seu reconhecimento em precedentes judiciais em uma tradição, sejam ligadas à ascensão da lei escrita como fonte principal em outra tradição historicamente de direito não-escrito, seja referente à função normativa da doutrina e da sistematização de conceitos por professores do direito no passado e seu desprestígio ao longo do tempo, como uma fonte menor do direito, remanescendo seu cariz persuasivo, sejam atreladas ao papel e aos limites da equidade como fonte do direito, sejam afetadas ao abandono de algumas fontes, à remodelagem de outras fontes e ao surgimento de novas fontes do direito.

A depender da concepção de direito haverá uma concepção de fontes do direito. As várias concepções de jusnaturalismo, as diversas concepções de positivismo jurídico, as diferentes espécies de realismo jurídico, as múltiplas concepções de pragmatismo jurídico e as heterogêneas concepções pós-positivistas, cada uma delas, têm uma proposta de teoria das fontes do direito. Vale a pena conferirmos algumas propostas que foram predominantes na modernidade jurídica do pensamento jurídico ocidental.

O historiador do direito e jurista belga Raoul van Caenegem, na obra *Juízes, Legisladores e Professores (Judges, legislators and professor: Chapters in european legal history)*, publicações das suas palestras *Goodhart* realizadas em 1984/1985, pergunta, no seu Capítulo 4, “O que é melhor: o Direito dos Precedentes, o Direito das Leis ou o Direito dos Livros?”⁵⁷.

⁵⁷ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier,

Caenegem diz que “o *common law* foi produzido por juízes, que o *Direito romano medieval e moderno* foi produzido por professores e que uma enorme massa do *Direito revolucionário francês* foi produzida por legisladores”⁵⁸. Aponta que existe uma ligação com a “teoria tradicional das ‘fontes do direito’. Estas, como todo aluno sabe, são o costume (como fixado e formulado pelos julgamentos), a legislação e a ciência do *Direito [jurisprudence]*”⁵⁹.

Esse historiador do direito adverte que, enquanto a maioria dos livros de história do direito contenta-se em apontar a ascensão da lei e o decrescente papel do costume e da casuística, em certos momentos e em lugares, recomenda que percebemos que existe forças sociais e políticas específicas da sociedade disputando o poder, e, mais, “em vez de ver ‘fontes’ disputando entre si, as pessoas, os grupos de pressão e classes serão vistos lutando entre si pelo poder: controlar o *Direito* é o caminho para controlar a sociedade”⁶⁰. Isso ajuda a compreender alguns dos motivos pelos quais os costumes imemoriais e os precedentes judiciais tornaram-se as principais fontes do direito no *common law*; os conceitos e sistemas teóricos dos professores de direito traduziram-se, em um certo momento, em uma força normativa da doutrina; e as leis atingiram o patamar de fonte central do direito na *civil law*.

Um Estado unificado e forte, afirma Caenegem, cria condições para as fontes do direito sejam as leis e os precedentes judiciais, enquanto um Estado desacreditado e fraco, com ausência de legislativo e judiciário fortes, oportuniza que esse espaço seja preenchido pela doutrina de professores de direito⁶¹. Criticou o direito dos professores,

2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 89.

⁵⁸ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 47 e 79: “A diferença entre o *common law* e o *Direito continental* vai muito além disso: eles não apenas foram desenvolvidos por órgãos diferentes, mas sua própria substância era diferente, sendo um deles tradicional, nativo e feudal e o outro novo, estrangeiro e romano. Um sistema jurídico baseado em princípios feudais, apesar de adaptado e modernizado no decorrer dos séculos, e um sistema jurídico baseado nas doutrinas e princípios nada feudais do *Direito romano e neorromano* estão a mundos de distância, não apenas nas suas várias técnicas de legislação, mas nas suas próprias fundações” (p. 79).

⁵⁹ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 47.

⁶⁰ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 47/48.

⁶¹ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier,

tanto que chegou a afirmar que “*em contraste com o juiz e o legislador, o jurista não tem nenhum poder direto, nem pode mandar alguém para a prisão ou promulgar leis*”, “*o melhor que ele pode fazer é tentar influenciar os que estão no poder, ou simplesmente servi-los. Este último parece ser o principal papel histórico dos juristas*”⁶².

De volta à instigante pergunta de Caenegem, sobre qual dos direitos é o melhor, ele aponta as vantagens e desvantagens de cada um. Diz que a legislação, que tem na codificação a sua máxima expressão – e enfatiza que “*historicamente, a codificação foi uma arma contra o judiciário ou noblesse de robe, que possuía os seus cargos e invocava nebulosos princípios gerais que não estavam escritos em lugar nenhum*” e “*serviu também contra os doutores da lei, que brandiam citações eruditas de livros com mil anos de idade e de outros doutores, que enterravam a justiça sob pesados tomos, cheios de contradições*”⁶³, (a legislação) tem a vantagem da certeza no seu ponto mais elevado, de modo que o cidadão não precisa se preocupar com costumes antigos, mas, por outro lado, a legislação tem a desvantagem na falta de flexibilidade, uma vez que os textos legais ficam desatualizados diante das novidades sociais, até que sejam atualizados. Quanto aos precedentes judiciais, Caenegem diz que tem a vantagem também da certeza elevada, em razão da regra do *stare decisis*, embora não tanto quanto a legislação, pois um juiz ou tribunal pode fazer uma distinção ou uma superação do precedente por algum critério de flexibilidade, e, por outro lado, tem “*a fraqueza da casuística é que ela carece de uma estrutura conceitual adequada e é pouco dada à generalização*”⁶⁴. E, em relação à ciência do Direito, Caenegem diz que o direito dos professores tem a vantagem na formação de princípios gerais, conceitos abstratos, críticas e análises de tendências no pensamento jurídico e que os juristas podem fazer esclarecimentos e explicar de um modo que não é a do legislador e a do juiz, mas, por

2010 (*Judges, legislatos and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 65.

⁶² CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislatos and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 108.

⁶³ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislatos and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 106.

⁶⁴ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislatos and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 91.

outro prisma, tem a desvantagem no hábito da divergência, pedantismo em suas obras e linguagem não compreensível pelo público maior.

O último tópico do comentado livro de Caenegem elenca oito critérios⁶⁵ do bom direito, apesar da diversidade de opiniões e da impossibilidade prática de consenso: 1) juízes incorruptíveis e imparciais; 2) participação dos cidadãos comuns, pelo menos na forma de presença em tribunal aberto e de crítica em uma imprensa livre; 3) recrutamento democrático de juízes; 4) juízes competentes e profissionais; 5) direito compreensível e cognoscível; 6) efetivo acesso à justiça; 7) justiça humana, sem penas cruéis; 8) e um sistema jurídico baseado em amplo consentimento público.

Delineado esse contexto histórico-jurídico sobre as tradições e as concepções do direito, será válido nos aproximarmos de diferentes propostas teóricas sobre as fontes do direito no pensamento jurídico ocidental moderno. Concluiremos, no final do tópico, que, apesar das divergências e forças sociais heterogêneas na disputa pelo poder, todas essas propostas são forjadas no paradigma da filosofia da consciência.

Alf Ross, um expoente dinamarquês do realismo jurídico escandinavo, na obra *Direito e Justiça*, no Capítulo III sobre *As Fontes do Direito*, acentua que um ordenamento jurídico não é um apanhado de normas jurídicas, mas um todo maior do que a soma das suas partes, e sujeito a um contínuo processo de evolução⁶⁶. Aponta para uma ideologia⁶⁷ que cabe à teoria das fontes do direito, de modo constante, aos que se ocupam dela, perceber, explicar, criticar e sugerir ajustes. Afirma, dentro do quadro teórico desse realismo jurídico, que “*a ideologia das fontes do direito é a ideologia que, de fato, anima os tribunais, e a doutrina das fontes do direito é a doutrina que concerne à maneira na qual os juízes, efetivamente, se comportam*”⁶⁸.

O conceito de *fontes do direito* é disputado na filosofia do direito. Concepções simplistas, que aparecem em livros de Introdução ao Estudo do Direito, por exemplo, com a tentativa de explicar as fontes metaforicamente, como se assemelhassem à

⁶⁵ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985**. Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987), p. 110/115.

⁶⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 101.

⁶⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 102: “*essa ideologia é o objeto da doutrina das fontes do direito. Constitui o fundamento do ordenamento jurídico e consiste em diretivas que não concernem diretamente ao modo como deverá ser resolvida uma disputa legal, mas que indicam a maneira pela qual um juiz deverá proceder a fim de descobrir a diretiva ou diretivas decisivas para a questão em pauta. Está claro que essa ideologia só pode ser observada na conduta efetiva dos juízes*”.

⁶⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 102.

nascente de um rio de onde brota água⁶⁹, são imprestáveis. Essas explicações não conseguem capturar toda a pluralidade de fontes e de dinâmicas na produção do direito vigente. Alf Ross, considerando isso, afirma que também não vale a pena reduzir o conceito de fontes do direito a algum procedimento específico para a produção de normas jurídicas e que, a seu sentir, é melhor usar uma definição mais geral e imprecisa.

Por “fontes do direito”, por conseguinte, entender-se-á o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão; acresça-se que esta influência pode variar – desde aquelas fontes que conferem ao juiz uma norma jurídica já elaborada que simplesmente tem que aceitar até aquelas outras que lhe oferecem nada mais do que ideias e inspirações para ele mesmo (o juiz) formular a regra que necessita.⁷⁰

Quanto à classificação, Alf Ross aponta que, de acordo com o critério sobre o papel dominante de uma fonte na história do direito, “*o precedente e a razão são caracterizáveis como as fontes que sempre desempenharam um papel considerável, que correspondem às ideias de justiça formal e material*” e “*o costume e a legislação, como fontes cujo papel tem variado grandemente, sendo o costume predominante no direito primitivo e a legislação, no direito moderno*”⁷¹. Aponta, ainda, que prefere outra classificação, de acordo com o critério da objetivação dos diversos tipos de fonte, isto é, sobre o grau no qual a fonte se apresenta ao juiz como uma regra formulada e no quanto o juiz transformará esse material em uma regra com sua ativa contribuição: “*1º) o tipo de fonte completamente objetivada: as formulações revestidas de autoridade (legislação no sentido mais amplo); 2º) o tipo de fonte parcialmente objetivada: costume e precedentes; 3º) o tipo de fonte não objetivada, livre: a razão*”⁷².

A concepção de lei, que se forjou na modernidade, demorou para se afirmar historicamente⁷³. Na Inglaterra, por exemplo, durante o século XV, houve uma disputa, de um lado, os princípios e costumes imemoriais da *common law* reconhecidos pelo Judiciário, e, de outro lado, as leis produzidas pelo Parlamento. Alf Ross cita um trecho

⁶⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 102: “*O direito brota de certos procedimentos específicos do mesmo modo que a água brota de uma fonte*”.

⁷⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 103: “*Esta concepção se coaduna às regras do direito legislado, visto que estas são definidas, decerto, como regras criadas pelo procedimento de legislação, sendo natural designar a legislação como a fonte de todo direito que existe sob a forma de regras legisladas. A metáfora se revela menos apropriada ao precedente, ao costume e à razão como fontes adicionais do direito, já que estas palavras não indicam três procedimentos adicionais para a criação do direito que concedam ao juiz um produto elaborado tal como faz a legislação*”.

⁷¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 104.

⁷² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 104.

⁷³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 105.

do voto do Sir Edward Coke, no julgamento do famoso *caso Bonham*, em 1610: “*transparece nos nossos livros que em muitos casos a common law se acha acima das leis do Parlamento e, às vezes, as declara absolutamente nulas*”, “*pois quando uma lei do Parlamento se opõe à razão ou à justiça comum, ou seu cumprimento é repugnante ou impossível, a common law a colocará sob seu controle e a declarará nula*”⁷⁴. A supremacia do Parlamento somente foi reconhecida na Inglaterra após a Revolução Gloriosa de 1688. Em 1765, William Blackstone, no Tomo II dos seus *Commentaries on the Laws of England*⁷⁵, também afirmou que as leis do Parlamento não poderiam se opor à doutrina do direito natural.

A parte do direito que é legislado pressupõe normas de competência da autoridade e do procedimento para sua produção, e as demais partes do direito, que não são legisladas, devem ser explicadas suficientemente por uma teoria das fontes do direito. Alf Ross refere-se a duas condições para que uma norma ganhe *juridicidade* e, portanto, tenha força e autoridade: condições formais de competência, consistentes no procedimento para a produção da norma e da identificação da(s) autoridade(s) pela sua produção e posterior aplicação, e condições materiais, que definem e (co)derminam o conteúdo da norma⁷⁶. Uma autoridade, mediante novas regras de competências, podem criar outras autoridades, o que faz existir um “*sistema de autoridades em vários níveis*”⁷⁷, de modo que há uma autoridade suprema, a partir de uma “*ideologia constituinte superior pressuposta*”⁷⁸ de natureza política, que não foi constituída por normas de competência, sancionadas por nenhuma autoridade.

A jurisprudência, e, em especial, os precedentes judiciais, sempre desempenharam um papel importante entre as fontes do direito. A *ratio decidendi* usada como fundamento da decisão judicial é um forte motivo para que, em julgamento de casos semelhantes, seja também utilizada. Nesse ponto, Alf Ross destaca que, “*além, de tal procedimento poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz*”, “*parece ter sido um elemento essencial da administração de justiça: a exigência de que os casos*

⁷⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 105. Nota de Rodapé n. 04 (Coke, 1610, 8 Co. C.P., 114a).

⁷⁵ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book II: Of The Rights of Things. Oxford: Oxford University Press, 2016, *ebook*.

⁷⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 106.

⁷⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 106.

⁷⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 107: “*De um ponto de vista jurídico, portanto, é impossível emitir qualquer juízo no tocante ao modo como pode ser alterada a ideologia constituinte superior pressuposta. E, no entanto, esta muda, seja mediante revolução, seja mediante evolução. Mas em ambos os casos o fenômeno da mudança é um fato sócio-psicológico puro que se acha fora do âmbito do procedimento jurídico*”.

análogos recebam tratamento similar”⁷⁹. A ruptura com padrões decisórios anteriores só pode ocorrer por razões de peso, o que demonstra que não há um apego excessivamente formal ao valor do precedente, em menosprezo de uma justiça material.

Os precedentes judiciais já foram, em alguns momentos na história do pensamento jurídico ocidental, proibidos de funcionarem como fontes do direito, a exemplo, na era das grandes Codificações, como lembra Alf Ross, “*Justiniano proibiu decisões de acordo com precedentes (non exemplis, sed legibus judicandum est). No Código Prussiano (Allgemeines Landrecht) de 1794 encontramos preceitos similares*”, “*na Dinamarca, depois da aprovação do Código Dinamarquês, em 1683, proibiu-se que os advogados citassem precedentes perante a Corte Suprema. A medida foi rescindida em 1771*”⁸⁰. Na tradição anglo-saxã, diferentemente, a partir do século XIII, era normal citar precedentes judiciais. Originalmente, os juízes não estavam obrigados a seguir e replicar as decisões judiciais anteriores, até pela falta de organização hierárquica dos tribunais e inexistência de repositórios jurisprudenciais para distribuição e consulta dos juristas⁸¹, o que, só no século XIX, mudou, com o reconhecimento da regra do *stare decisis* e, com ela, da vinculação dos precedentes judiciais (*binding precedents*).

Na tradição *common law* desenvolveu-se fortemente essa concepção de precedente judicial como fonte do direito provida de autoridade⁸². Não há limitações à independência funcional dos juízes, segundo Alf Ross, porque a *ratio decidendi* de uma decisão judicial anterior é interpretada, de modo que “*um precedente invocado não constitua necessariamente um obstáculo à decisão, por outros motivos, dessa ele ditar*”⁸³; pode entender que os casos, o *sub judice* e o paradigma, são distintos

⁷⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 111: “*a doutrina das fontes do direito se ocupa daqueles fatores que de fato influem no comportamento do juiz, visto que somente eles podem nos auxiliar na previsão de suas reações futuras. Consequentemente, a única coisa importante para a doutrina das fontes do direito é o papel motivador que o precedente efetivamente desempenha, e não a doutrina oficial que nos diz se o juiz pode levar em consideração os precedentes e, caso possa, nos informa se está ou não obrigado por eles. Esta doutrina tem estado submetida a uma grande gama de variações nas diferentes épocas e diferentes sociedades*”.

⁸⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 112.

⁸¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 112, “*A doutrina atualmente objeto de reconhecimento geral, denominada stare decisis pode ser sintetizada como segue: 1) Um tribunal é obrigado pelas decisões dos tribunais superiores e na Inglaterra a Câmara dos Lords e a Corte de Apelações estão obrigadas por suas próprias decisões. 2) Toda decisão relevante pronunciada por qualquer tribunal constitui forte argumento passível de pleitear respeitosa consideração. 3) Uma decisão somente é obrigatória com respeito a sua ratio decidendi. 4) Um precedente não perde vigência, embora os precedentes muito antigos não sejam, em princípios, aplicáveis às circunstâncias modernas*”.

⁸² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 117.

⁸³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 114.

(*distinguishing*) e pode entender que houve superação do precedente por várias circunstâncias (*overruling*). Por isso, Alf Ross chega até a dizer que “*a doutrina de stare decisis não passa, na realidade, de uma ilusão*”, “*trata-se de uma ideologia mantida por certas razões com o intuito de ocultar aos seus propugnadores e aos demais a livre função criadora de direito detida pelos juízes*”⁸⁴. Apesar da regra do *stare decisis*, na tradição *common law*, Alf Ross compreende que os juízes anglo-americanos não se sentem obrigados em um grau maior do que os juízes da europa continental⁸⁵.

Os costumes, segundo Alf Ross, são práticas sociais reiteradas e experimentadas como obrigatória pelos membros da comunidade, cujo desrespeito sujeita a variadas sanções. Quem decide sobre a aplicação dessas sanções, por violação aos costumes, pode ser considerado o primeiro *gérmen* de uma autoridade política⁸⁶. Originalmente o costume codeterminou o conteúdo das decisões judiciais e da legislação. Quando essas fontes se afastavam daquela outra fonte, em especial, quando a lei divergia da tradição convertia-se em letra morta com baixa ou nenhuma eficácia⁸⁷. Apesar disso, enquanto a legislação e a jurisprudência cresceram como fontes do direito, o costume foi relegado a ser uma fonte com menor importância. Alf Ross não concorda que o costume jurídico, como fonte do direito, seja definido por um elemento objetivo consistente em uma prática social reiterada e por um elemento subjetivo “*chamado opinio necessitatis sive obligationis, um sentimento de estar obrigado, ou uma convicção de que o comportamento exigido pelo costume também é um dever*”⁸⁸ jurídico, mas é preciso um terceiro elemento (especial), para a caracterização do costume jurídico, consistente em regular uma esfera da vida que está sujeita ao regramento jurídico, ou seja, há outras esferas da vida, nas quais é desnecessária o uso da força, que são regidas só pelos usos convencionais e pressões não violentas⁸⁹. Alf Ross também não concorda que a eficácia obrigatória do costume jurídico esteja condicionada a ele ter um longo tempo⁹⁰.

⁸⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 115.

⁸⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 115.

⁸⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 119.

⁸⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 120.

⁸⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 120.

⁸⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 121.

⁹⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 123/124: “*Para o direito inglês Allen formulou as condições que se segue. O Costume tem que: 1) ser imemorial, isto é, ter existido, pelo menos, desde o ano 1189. Quando o costume foi vigente por um longo tempo, presume-se que tenha existido desde aquela data; 2) ter sido acatado continuamente; 3) ter sido exercido pacificamente e nec clam nec precário; 4) ter sido sustentado pela opinio necessitatis; 5) ser certo, e 6) ser razoável, implicando, entre outras coisas, que não tenha que ser incompatível com os princípios*

Além da legislação, dos precedentes judiciais e do costume, Alf Ross destaca, na perspectiva do realismo jurídico, a tradição cultural de uma comunidade política como uma fonte direta do direito⁹¹. Afirma que aquelas fontes tradicionais têm *positividade*, em especial as leis, no sentido de direito “*formalmente estabelecido*”, porque essas formulações estão revestidas de autoridade, no entanto, há fontes que, embora não se fundem nesse tipo de autoridade, possuem um elevado grau de positividade⁹², em outro significado dado ao signo *positivismo*, o de direito apoiado na experiência⁹³. Critica a concepção tradicional do positivismo jurídico por menosprezar a atmosfera cultural na aplicação do direito, assim como critica as concepções do jusnaturalismo que atribuem às normas positivas fundamentos metajurídicos. Explica que “*no seio de todo povo há uma tradição comum viva da cultura que anima todas as formas manifestas da vida do povo, seus costumes e suas instituições jurídicas, religiosas e sociais*”, isto é, “*na forma de mito, religião, poesia, filosofia e arte vive um espírito que expressa uma filosofia de vida, que é uma íntima combinação de valorações e uma cosmogonia teórica*”, de modo que “*a religião, a poesia, a filosofia e a arte ocupam-se, de distintas maneiras, dos mesmos objetos. E todos eles são, em idêntica medida, a expressão de ideais, de modos de vida e de crenças teóricas*”⁹⁴.

Para Alf Ross, a tradição cultural de uma comunidade política funciona como elemento fundamental na construção da norma jurídica que baseará a decisão do juiz. Como várias circunstâncias impedem do juiz, na maioria dos casos, realizar um estudo profundo da tradição cultural dessa comunidade jurídica, Alf Ross esclarece que “*a doutrina pode contribuir para a prática com uma valiosa ajuda*”, “*pois é precisamente tarefa da doutrina, em considerações feitas de sententia ferenda, reunir e sistematizar aqueles conhecimentos e valorações de fatos sociais*” e “*circunstâncias correlatadas que podem constituir uma contribuição valiosa ao progresso do direito através da prática dos tribunais*”⁹⁵.

fundamentais da common law e do direito legislado. Se houver provas de que tais condições são satisfeitas (diz Allen), o juiz terá o dever de declarar que o costume é direito válido. Esta doutrina – como a doutrina do precedente – é uma ideologia, cuja função consiste em ocultar a liberdade e a atividade jurídica criadora do juiz”.

⁹¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 127.

⁹² ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 125.

⁹³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 128.

⁹⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 125.

⁹⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 128.

Ao analisar se as fontes do direito, por si só, constituem o direito vigente⁹⁶, Alf Ross conclui que: a legislação cria o direito vigente; os precedentes judiciais, na Europa continental, não são ainda reconhecidos como fontes genuínas do direito, e, nos países anglo-saxões, são, por si só, direito vigente; os costumes estão em uma polêmica, de um lado, a concepção tradicional entende que, se tiver os elementos de costume jurídico, integram, por si mesmos, o direito vigente, e, de outro lado, outros defendem que os costumes só se convertem em direito vigente na medida que forem reconhecidos pelos tribunais e leis. E a tradição cultural (razão), para a concepção predominante, não tem, por si só, sem o reconhecimento na prática dos tribunais e do legislativo, caráter de direito vigente⁹⁷.

Por sua vez, Norberto Bobbio, na sua fase de adepto do positivismo jurídico, durante a publicação das suas obras *Teoria da Norma Jurídica*⁹⁸ (1957/58), *Teoria do Ordenamento Jurídico*⁹⁹ (1959/60) e *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*¹⁰⁰ (1960/61), também fez uma reflexão sobre a teoria das fontes do direito. Afirmou, nessas obras, que as *fontes do direito* dependem da concepção de direito que se adote.

Bobbio disse que o positivismo jurídico é caracterizado por sete pontos (problemas) e esclarece que, apesar disso, não é preciso sustentar todos esses pontos para ser considerado um positivista¹⁰¹: 1) o direito como um fato, e não como um valor

⁹⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 131: “é praticamente impossível desenvolver de maneira análoga uma doutrina das fontes do direito não legislado, porque como resultado do que dissemos, não é possível indicar as condições objetivas para que ocorra a influência motivadora dos costumes, do precedente e da razão. As tentativas de enunciar tais condições não passam, na realidade, de racionalizações ideológicas para preservar a ficção de que o juiz unicamente aplica direito objetivamente existente. Nesse campo, a doutrina das fontes do direito tem que limitar-se a indicar em termos imprecisos o papel desempenhado pelas diversas fontes num ordenamento jurídico. A esse respeito, pode haver grandes variações. Enquanto a legislação desempenha um papel preponderante no direito europeu continental, o direito angloamericano continua baseado no precedente (jurisprudência), embora haja uma tendência crescente em sistematizar e inclusive, talvez, em codificar o direito baseado em casos precedentes. No direito primitivo, o costume é a fonte primária, como ainda é no direito internacional, ainda que atualmente acompanhado por uma tendência à estabilização, que se acentua, e que se manifesta tanto no direito de um direito criado por caso de precedência quanto de por codificação”.

⁹⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007, p. 129/130.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Buenno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016 (*Teoria della norma giuridica*, 1957/1958).

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014 (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1959/1960).

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 131/133 e 147: “para ser um positivista jurídico não é necessário acolher todos os sete pontos enunciados na Introdução desta Parte” (p. 147).

(deriva uma teoria da validade do direito, cujo conteúdo e valor da norma não importa); 2) o direito em função do elemento da coação (deriva uma teoria da coercitividade do direito, com a qual as normas jurídicas são feitas para valerem pela força); 3) o direito tem como principal fonte a lei (deriva uma teoria da legislação como fonte preeminente do direito, e, como fontes menores, a jurisprudência, o costume, a equidade e a natureza das coisas); 4) as normas jurídicas são comandos (deriva uma teoria imperativista do direito); 5) o ordenamento jurídico é um conjunto de normas vigentes em uma sociedade (deriva uma teoria da coerência, sobre a inexistência de antinomias, e da completude, sobre a inexistência de lacunas); 6) o método da ciência jurídica é o de uma interpretação declaratória (deriva uma teoria da interpretação mecânica); 7) o cidadão, como destinatário das normas jurídicas, deve obediência absoluta à lei (deriva uma teoria da obediência absoluta enquanto tal).

Em especial sobre a teoria coercitiva do direito, que o caracteriza essencialmente em função da coerção, Bobbio afirma que ela decorre de uma concepção estatal do direito¹⁰², que é contemporânea à formação do Estado moderno, tal como teorizado, no século XVII por Thomas Hobbes. No Século XIX, essa concepção estatal do direito em função da coerção, segundo Bobbio¹⁰³, torna-se dominante no pensamento jurídico ocidental, aparecendo nas obras de John Austin, que define o direito como um comando, e Rudolf von Ihering, quem, na obra *A finalidade do direito*¹⁰⁴, define a coação, em sentido mais amplo, como a realização de uma finalidade mediante a subjugação de uma vontade alheia, e define o direito como o conjunto das normas coativas vigentes em um Estado. Segundo Bobbio, Ihering compreendia a coerção não apenas como um meio para garantir a eficácia das normas jurídicas, mas como objeto dessas normas, bem como foi o primeiro, sobre a teoria dos destinatários das normas jurídicas, a substituir os cidadãos pelos juízes¹⁰⁵. As normas primárias regulam comportamentos e as normas secundárias regulam o modo pelo qual o Estado deve reagir. De igual modo, Hans Kelsen compreendeu¹⁰⁶ que uma regra é jurídica porque dispõe uma sanção. Assim

¹⁰² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 147.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 153.

¹⁰⁴ IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Vols. I e II. Tradução de Heder K. Hoffmann. São Paulo: Servanda, 2002 (*Der Zweck im Recht*).

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156.

como Alf Ross para quem o sistema jurídico é um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força em uma comunidade¹⁰⁷. O direito estabelece quem, quando, como e quanto pode exercer a força na sociedade¹⁰⁸.

Bobbio, sobre a teoria das fontes do direito, em sua fase positivista, definiu fontes do direito como “*aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas*”¹⁰⁹. Diferencia fatos e atos pela prescindibilidade ou não de elemento subjetivo (conhecimento e vontade), respectivamente, e, portanto, relaciona fatos a competência e atos a capacidade. Aponta que a importância da teoria das fontes do direito é a de definir quais normas têm juridicidade e, então, pertencem ao direito. Para Bobbio, uma norma será jurídica quando por produzida por uma fonte autorizada, de acordo com o ordenamento jurídico.

A respeito das condições necessárias para que exista uma fonte do direito, em determinado ordenamento jurídico, de acordo com a concepção dominante do positivismo jurídico, Bobbio elenca as seguintes¹¹⁰: a existência de um ordenamento jurídico complexo, isto é, nele existem várias fontes do direito, e não apenas a lei; e que o ordenamento jurídico deve ser hierarquicamente estruturado, no qual as fontes do direito têm valores diferentes e estão em planos diferentes, mas subordinadas umas às outras, de modo que, geralmente, aparentes antinomias são solucionadas pelos critérios hierárquico, cronológico e especialidade.

Essa concepção positivista, à qual Bobbio defendeu entre os anos 1950 e 1960, considera que a lei, em sentido *lato sensu*, é a fonte do direito que está no plano hierárquico mais alto, em relação às demais fontes do direito, pois se traduz como uma manifestação da soberania do Estado. Bobbio, nessa perspectiva, fala de fontes reconhecidas, aquelas precedentes ao novo Estado constituído e cuja *juridicidade* é posteriormente por ele recepcionadas no novo ordenamento como normas jurídicas; e fontes delegadas¹¹¹, aquelas que o Estado atribuiu a um órgão diverso daquele

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 157.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 158.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 161.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 164.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 164: “*Nem sempre é fácil estabelecer se uma fonte subordinada deve ser considerada reconhecida ou delegada, porque muitas*

originalmente portador de soberania ou a uma instituição social não integrante da organização do Estado ou a pessoas particulares, por exemplo, para produzirem normas negociais¹¹² em um contrato particular.

Para Bobbio, o costume é indiscutivelmente uma fonte reconhecida. Trata-se de “*regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas*”¹¹³. Sob um ângulo de visão, as normas negociais, no âmbito da autonomia privada dos particulares, são produzidas a partir de um poder delegado pelo Estado aos cidadãos para regular seus próprios interesses privados, e, portanto, são fontes delegadas¹¹⁴.

Além dessa classificação, Bobbio também aponta, nessa concepção estatal-positivista do direito, que as fontes jurídicas que estão em um plano hierárquico superior funcionam também como *qualificação* de normas jurídicas das fontes que estão no plano inferior. Com isso, destaca que há fontes de conhecimento jurídico, aquelas subordinadas e hierarquicamente inferiores, e fontes de qualificação jurídica¹¹⁵, as superiores. Há essa relação entre a lei estatal e as demais fontes; e entre a Constituição e as leis estatais.

Em relação aos costumes, Bobbio explica que há, pelo menos, três doutrinas que discutem a sua *juridicidade*: a doutrina romano-canônica (baseada no *Corpus juris civilis*) e a doutrina moderna (baseada, por exemplo, na teoria do direito de John Austin), as quais não compreendem os costumes como fontes de qualificação jurídica e o fundamento de sua validade como normas jurídicas está em uma fonte diferente do próprio costume, qual seja, a lei ou os precedentes judiciais, e, a partir desse reconhecimento, passariam de normas populares para normas jurídicas estatais, isto é, transformam-se de regra de moralidade coletiva em direito positivo¹¹⁶; e a doutrina da escola histórica, para a qual o costume tem fundamento de validade em si mesmo,

vezes a resposta depende essencialmente do ângulo visual em que cada um se coloca e da maior ou menor simpatia que se tem por estas duas categorias jurídicas do reconhecimento e da delegação (se forem seguidos critérios estritamente jurídico-formalistas, a propensão será para a segunda categoria; se forem seguidos critérios jurídico-sociológicos, a propensão será para a primeira)” (p. 164).

¹¹² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 165.

¹¹³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 164.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 165.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 166.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 167.

independente do reconhecimento por qualquer outra fonte, seja pelo legislador, seja pelo judiciário, seja pela doutrina jurídica, porque, segundo Bobbio ao comentar essa corrente, “*a sua validade se funda na convicção jurídica popular, no sentimento inato de justiça do povo, sentimento que permite distinguir os costumes jurídicos dos simples hábitos*”¹¹⁷.

Bobbio sinaliza que prevalecem as correntes que entendem que o costume só tem *juridicidade* após serem reconhecidas pelo legislador ou pelo judiciário, não atribuindo o caráter de fonte autônoma do direito. Também mostra as relações históricas entre a lei e o costume em três situações: o costume é superior à lei, por exemplo, na Inglaterra, antes da Revolução Gloriosa e da monarquia parlamentar, era possível ao Judiciário declarar nula uma lei com fundamento em sua incompatibilidade com os princípios imemoriais da *common law*; o costume e a lei estão em plano idêntico, por exemplo, no direito canônico que permite a *ab-rogação* de uma lei se o costume prevaleceu por 40 anos ou, mesmo que uma lei exclua que o costume possa *ab-rogá-la*, se o costume prevaleceu por 100 anos ou for imemorial; e o costume é inferior à lei, por exemplo, como passou a ser considerado com o surgimento do Estado moderno e, em especial, a partir das grandes codificações, cujos códigos, orientados pelos ideais de consistência e completude, passaram a prevê o princípio da continuidade das leis¹¹⁸, com o qual uma lei só pode ser revogada por outra lei.

Com relação as decisões judiciais, Bobbio rememora, na história do direito, que os juízes, como no início da formação do Estado moderno, perderam a posição de fonte principal de produção do direito, com a afirmação da supremacia do parlamento, e transformaram-se em órgãos estatais que deveriam aplicar mecânica e fielmente a lei, sobretudo, a partir das doutrinas da separação dos poderes de Montesquieu, da teoria do silogismo de Cesare Beccaria e da escola da exegese¹¹⁹. Nessa fase inicial do Estado moderno, não poderia o Judiciário decidir pela nulidade de uma lei, tanto que, na França, se o juiz tivesse dúvida sobre o sentido e o alcance normativos do texto legal,

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 168.

¹¹⁸ Por exemplo, no Direito brasileiro vigente, o princípio da continuidade das leis está previsto no art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942): “*não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue*”.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 171.

deveria suspender o processo e fazer uma consulta ao Parlamento, mediante o instituto do *référé législatif*¹²⁰, sob pena do magistrado responder por crime de prevaricação.

As decisões judiciais, nessa perspectiva do positivismo exegético, mencionado na história da metodologia jurídica por Bobbio, não são fontes de qualificação jurídica, mas apenas fontes delegadas, nas situações excepcionais em que o juiz era autorizado a decidir com a equidade, isto é, quando não aplicava o direito positivo (leis e costumes) e decidia “*segundo (sua) consciência ou com base no próprio sentimento da justiça*”¹²¹. A equidade, nesses casos, é uma fonte delegada do direito¹²². Bobbio apresenta três tipos de equidade¹²³: a equidade substitutiva, quando o juiz cria uma regra equânime que substitui a regra legal específica para o caso concreto; a equidade integrativa, quando a norma legal existe, mas é genérica, e, portanto, incompleta para o caso concreto, e o juiz a concretiza de forma equânime; e a equidade interpretativa, quando o juiz, diante de uma norma legal específica e completa, define, com critérios equitativos, o seu conteúdo. De acordo com Bobbio, a concepção predominante do positivismo jurídico não admite essa equidade interpretativa.

A partir do debate entre Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti¹²⁴, em 1927, se a fonte do direito é a equidade ou o juiz que, a partir dela, decide, e, mais especificamente, no âmbito do processo civil, se, nesses casos, há uma sentença declaratória ou uma sentença constitutiva ou dispositiva – e, nesse debate, Calamandrei defendeu a sentença declaratória e Carnelutti defendeu a sentença constitutiva; e, depois, Calamandrei mudou sua opinião e concordou com Carnelutti –, Bobbio toma

¹²⁰ MENDES, Gilmar Mendes; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46: “*A subordinação do Judiciário ao Parlamento, do ponto de vista funcional, é notável. Uma manifestação expressiva disso é a criação, na França, do instrumento do référé législatif, por uma lei de 1790, somente abolida em 1837. Por meio do référé législatif, remetia-se ao Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma lei. A Constituição de 1791, acolhendo o instituto, dispunha que, se uma interpretação da lei fosse atacada por três vezes em um tribunal de cassação, este deveria submetê-la ao corpo legislativo, que emitiria um decreto declaratório da lei, vinculante para o tribunal de cassação*”; e Nota de Rodapé n. 36, p. 47: “*Assim, uma lei de 16-24 de agosto de 1790, dispunha que ‘os tribunais não poderão tomar direta ou indiretamente parte algum no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sancionado pelo Rei, sob pena de prevaricação*”.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 172.

¹²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 172.

¹²³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 173/174.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 174. Bobbio menciona que Calamandrei inaugurou esse debate com a publicação, em 1927, do artigo intitulado *Il significato costituzionale dei giudizi di equità*, no Vol. II da sua obra *Studi sul processo civile*. Bobbio não fez referência a nenhum texto específico de Francesco Carnelutti sobre esse debate.

partido e afirma que a equidade não é fonte do direito, se adotarmos um conceito técnico-jurídico “*fatos ou atos aos quais o ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas*”, pois, a seu sentir, “*a fonte do direito não é portanto a equidade, mas o juízo, visto que através deste se explica o poder normativo do juiz*”, “*se se considera a equidade como uma fonte preexistente ao juiz, dever-se-ia admitir a equidade como fonte do direito também com referência ao legislador, que também não produz as normas às cegas*”¹²⁵.

Bobbio ainda se propõe a analisar se a “*natureza das coisas*” é fonte do direito¹²⁶, na concepção positivista de direito. Há um esforço explicativo para não confundir a natureza das coisas com as concepções do jusnaturalismo. Montesquieu inicia o Capítulo I do Livro I, Das leis em geral, no O Espírito das Leis, com a afirmação de que “*as leis, no significado mais amplo, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas, e, neste sentido, todos os seres têm as suas leis*”¹²⁷. Entretanto, Bobbio aponta que o positivista jurídico não deduz normas jurídicas de um pressuposto metajurídico, apenas considera as posições jurídicas que a pessoa possa ocupar na sociedade, como pai, contraente, comerciante, trabalhador, empresário etc., para, a partir daí, extrair empiricamente soluções jurídicas. A ideia de natureza das coisas não se confunde com a ideia de equidade, mas, de igual modo, não se caracteriza como uma fonte do direito, porque não é posta por uma autoridade, segundo Bobbio, e “*à natureza das coisas interessa apenas o conteúdo das normas, não o modo de produção*”¹²⁸.

John Gilissen, em sua *Introdução histórica ao Direito*¹²⁹, atribui três sentidos para fontes do direito: fontes históricas do direito (todos elementos que contribuíram para a formação do direito positivo); fontes reais do direito (são fatores que contribuíam

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 174/175: “*Concluindo, no caso do juízo de equidade a fonte formal do direito é o juiz, que explica o seu poder normativo mediante sentenças dispositivas, entendendo-se por este termo ‘as sentenças que determinam autonomamente uma relação jurídica particular, que resolvem discricionariamente um conflito de interesses, que dispõem a disciplina jurídica para o caso concreto com uma solução particular não baseada numa norma preexistente geral’ (De Marini, op. Cit, p. 245)*” (p. 175).

¹²⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 175.

¹²⁷ MONTESQUIEU, Chales de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 21.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 179.

¹²⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 25/28.

para a formação do direito e variam conforme a concepção filosófica); e fontes formais do direito (são os instrumentos de elaboração do direito em um grupo social em dada época). Entre estas várias fontes formais do direito, John Gilissen afirma que, na história do direito, *“a jurisprudência, a doutrina e também a equidade, os princípios gerais do direito e outras fontes formais antes citadas, são sobretudo fontes supletivas de direito, visando preencher as lacunas deixadas pela lei e pelo costume”*¹³⁰.

Em relação a cada um das quatro principais fontes formais do direito, na história, John Gilissen define a lei como *“uma norma ou um conjunto de normas do direito relativamente gerais e permanentes, na maior parte dos casos escritas, impostas por aquele ou aqueles que exercem o poder num grupo sociopolítico mais ou menos autônomo”*¹³¹; define o costume como *“um conjunto de usos de natureza jurídica que adquiriram força obrigatória num grupo sociopolítico dado, pela repetição de actos públicos e pacíficos durante um lapso de tempo relativamente longo”*¹³²; define a jurisprudência como *“conjunto de normas jurídicas extraídas das decisões judiciais”*¹³³, afirmando que, em geral, vinculam apenas as partes do processo, mas, mesmo que sua motivação transcenda, em regra, não têm força vinculante e *erga omnes*, com a ressalva para a Inglaterra onde *“esta autoridade tornou-se considerável; em virtude do princípio do stare decisis, não é permitido aos juizes modificar a interpretação do direito fixado por certas jurisdições superiores”*, *“este princípio teve pouca aceitação no continente”*¹³⁴; e define a doutrina como *“o conjunto de normas jurídicas formuladas por grandes juristas nas suas obras”*¹³⁵ e, embora não sejam investida de poderes político ou judiciário, exercem um papel importante na (re)construção constante das normas, dos conceitos, da classificação, das análises, das

¹³⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 26.

¹³¹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 27.

¹³² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 27.

¹³³ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 27.

¹³⁴ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 27.

¹³⁵ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 28.

críticas e da sistematização do direito, sendo que, no passado, obras de juristas já tiveram força normativa como, por exemplo, dos estudiosos do direito romano, criando um verdadeiro direito dos professores¹³⁶, à guisa de ilustração, com os livros do *Corpus Juris Civilis*, entre eles, o *Digesto* ou *Pandectas*, a partir das obras de Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino; e as *Instituições*, a partir das obras de Doroteu, Teófilo e Triboniano.

É no período dos séculos XII e XIII que John Gilissen aponta que houve transformações, lentas e progressivas, que conduziram a “*uma verdadeira revolução na concepção jurídica e também política, econômica e social*”¹³⁷, pois se passa “*de um sistema de direito feudal, ou, no Norte e no Leste, de direito arcaico para um sistema desenvolvido e evoluído, racional e equitativo, de tendência individualista e liberal*”¹³⁸. Surgem os embriões dos Estados modernos, com novas regras sociais, para um novo modelo de economia, mediante um “*lento declínio do costume em benefício da lei como fonte do direito*”¹³⁹. Nos séculos XV e XVI, o poder legislativo passou para os reis soberanos. A partir dos séculos XVII e XVIII, ascende a supremacia do Parlamento. E, segundo John Gilissen, nos séculos XIX e XX, “*a lei tornou-se a expressão da vontade nacional*”¹⁴⁰, em regime democrático.

Entretanto, diferente da tradição romano-germânica, ao invés do predomínio da lei como fonte o direito, a *common law* desenvolveu-se, na Inglaterra, a partir do século XII, com as decisões das jurisdições reais. A expressão *common law* referia-se ao “*direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região*”¹⁴¹. A expressão *common law*, da tradição anglo-saxã, e *ius commune*, da tradição romano-germânica, não se confundem, pois esta última é usada para designar, a

¹³⁶ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 92.

¹³⁷ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 205.

¹³⁸ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 205.

¹³⁹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 205.

¹⁴⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 206.

¹⁴¹ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 207.

partir do século XVI, o direito elaborado com base no direito romano e funcionando como supletivo às leis e costumes de cada país. John Gilissen destaca que “*o common law é um judge-made-law, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juízes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais*”¹⁴². Nos séculos XV e XVI, ao lado do *common law*, desenvolveu-se a *equity*, regime dualista que perdurou na Inglaterra, até 1875, quando o direito inglês fundiu os dois sistemas¹⁴³. O *statute law*, com leis escritas, na Inglaterra, desenvolveu-se à margem do *common law* e, em especial, no século XX, expandiu-se mais. John Gilissen não considera que o precedente judicial seja fonte do direito, no *common law*, porque, para ele, “*o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar alhures os elementos da sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo*”¹⁴⁴. Gilissen pensa assim por que supõe que “*o juiz não cria o direito, constata o que existe; é o seu oráculo vivo, julgando em consciência, segundo a razão*”¹⁴⁵, de maneira que se referia, quando decidia, ao “*costume geral imemorial do reino (general imemorial custom of the real); em seguida, pretende-se que um costume só era ‘imemorial’ se existisse já antes de 1189 (data fixada por uma lei de 1275)*”¹⁴⁶.

Unindo os fios do que se disse até aqui, com esse apanhado de ideias sobre as fontes do direito, é possível perceber que, com a modernidade, desde o racionalismo, a filosofia da consciência dominou, como paradigma sobre a possibilidade de conhecimento e estratégia de organização de saberes, em todas as propostas de teorias do direito e, por consequência, de teorias das fontes do direito.

As diversas teorias do direito debateram sobre a relação de três elementos em suas concepções de direito: o de *legalidade* conforme o ordenamento ou dotada de autoridade, o da *eficácia social* e o da *correção material*. Como explica Robert

¹⁴² GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 208.

¹⁴³ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 208.

¹⁴⁴ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 212.

¹⁴⁵ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 212.

¹⁴⁶ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979), p. 212.

Alexy¹⁴⁷, as concepções jusnaturalistas ou jusracionalistas atribuem importância à correção material ou moral do direito positivo e nenhuma importância à legalidade conforme o ordenamento e à eficácia social (teoria da vinculação entre direito e moral); as concepções do positivismo jurídico reputam importante a legalidade conforme a ordenamento e/ou a eficácia social (teoria da separação entre direito e moral); e, no espaço intermédio entre essas concepções extremas, há um universo de concepções heterogêneas.

Os elementos da eficácia social e da legalidade conforme o ordenamento ou dotado de autoridade, conforme Robert Alexy, podem ser interpretados de diversas maneiras, o que faz com existam uma pluralidade de concepções do direito, no entanto, com algum esforço didático, podem ser organizados em dois grupos: o dos conceitos de direito primariamente orientados para a eficácia, com ênfase na perspectiva do observador (teorias sociológicas e realistas do direito, distinguindo conforme se referam ao aspecto interno¹⁴⁸ ou externo¹⁴⁹ de um sistema normativo) e o dos conceitos de direito primariamente orientados para a normatização, com ênfase na perspectiva do participante, especialmente a do juiz (teorias analíticas do direito¹⁵⁰).

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 15.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 19/20: Alexy menciona, por exemplo, a **concepção de Ernst Rudolf Bierling** (“Direito, no sentido jurídico, é, de modo geral, tudo o que as pessoas que convivem em alguma comunidade reconhecem reciprocamente como norma e regra dessa convivência”, p. 19); e a **concepção de Niklas Luhmann** (“Podemos, então, definir o direito como a estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento”, p. 20).

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 18/19: Alexy exemplifica com a **concepção de Max Weber** (“um ordenamento se chamará: ... direito, quando for garantido externamente pela possibilidade de coação (física ou psíquica) por meio de uma ação, dirigida para a obtenção forçada da observância ou para a punição da violação, de um grupo de pessoas especialmente preparado para tanto”, p. 18), a **concepção de Theodor Geiger** (“o que seria direito, ou seja, o conteúdo que, na prática, me parece deva ser designado com a palavra direito, já foi demonstrado com todos os pormenores: o ordenamento social da vida de um grande conjunto social centralmente organizado, contato que esse ordenamento se apoie num aparelho punitivo, manejado de forma monopolística por órgãos especiais”, p. 18/19) e a **concepção de Oliver Wendell Holmes** (“as previsões sobre o que os tribunais efetivamente farão, e nada mais pretensioso que isso, são o que entendo por direito”, p. 19).

¹⁵⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 20/23: Alexy destaca a **concepção de John Austin** (“toda lei ou norma... é um comando; “o comando não se distingue das demais expressões de vontade pelo estilo com que a vontade é expressa, mas pelo fato de a parte que comanda ter o poder e a intenção de infligir dano ou dor caso sua vontade seja desrespeitada”; “dentro as leis ou normas estipuladas por alguns homens para outros homens, algumas são estabelecidas por superiores políticos, soberanos ou súditos: por pessoas que exercem o governo supremo ou subordinado em nações ou sociedades políticas independentes (...). É ao agregado das normas assim estabelecidas, ou a algum agregado que constitua uma fração desse agregado maior, que se aplica exclusivamente, em sua

No debate sobre as teorias da separação (positivistas jurídicos) e da vinculação (não positivistas jurídicos) sobre a conexão entre direito e moral, Robert Alexy¹⁵¹ detecta que, entre todos os argumentos apresentados, há dois grupos: os argumentos analíticos ou conceituais (os positivistas obrigatoriamente têm que defender que não existe essa conexão e os não-positivistas estão livres nesse plano analítico para afirmar a existência ou para renunciar a essa conexão), de um lado, os argumentos normativos (referente a inclusão ou não de elementos morais no conceito de direito como condição necessária para se alcançar determinado objetivo ou para se cumprir certa norma jurídica, de modo que os positivistas, por exemplo, defendem que a separação garante segurança jurídica e clareza linguística-conceitual, enquanto os não-positivistas defendem que a vinculação oferece a uma solução melhor nos problemas de injustiça legal), de outro lado.

De acordo com esse quadro conceitual, Robert Alexy identifica cinco distinções, entres os argumentos de que existem, ou não, conexões *conceitualmente* necessárias e conexões *normativamente* necessárias entre direito e moral: 1) conceitos de direito isentos de validade e conceitos de direito não isentos de validade; 2) sistemas jurídicos como sistemas normativos e como sistemas de procedimentos; 3) a perspectiva do observador e a perspectiva do participante; 4) conexões classificadoras e conexões qualificadoras; 5) combinações. A partir disso, Alexy conclui que, entre positivistas jurídicos e não-positivistas jurídicos¹⁵², sobre a conexão entre o direito e moral, “dentro

acepção simples e rigorosa, o termo ‘direito’”; “Se um superior humano determinado, que não tenha o hábito de obedecer a um superior semelhante a si, recebe a obediência habitual da maior parte de determinada sociedade, esse superior determinado é soberano nessa sociedade (...)”, p. 20/21); a concepção de Hans Kelsen (“o direito como um ‘ordenamento normativo coativo’, cuja validade baseia-se numa norma fundamental pressuposta, ‘segundo a qual se deve obedecer a uma constituição efetivamente estabelecida, globalmente eficaz e, por conseguinte, às normas efetivamente estabelecidas conforme essa constituição e globalmente eficazes’”; “na norma fundamental, faz-se da normatização e da eficácia no sentido de que ela deve acrescentar-se à normatização, de modo que o ordenamento jurídico como um todo, bem como a norma jurídica individual, não perca sua validade, p. 22) e a concepção de Herbert Hart (“A norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente convergente, que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato”, p. 23).

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 26.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 151. Alexy apresenta a sua *concepção pós-positivista de direito* como “direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os

desse quadro são possíveis 32 combinações das características contidas nas cinco distinções”, “para cada combinação é possível formular tanto a tese de que existe uma relação necessária quanto a de que não existe”, e, portanto, “há 64 teses”¹⁵³. Há uma pluralidade de concepções sobre o direito e, por conseguinte, no que nos interessa nessa tese, há uma pluralidade de concepções sobre a teoria das fontes do direito, e, em especial, uma pluralidade de concepções sobre a legalidade penal.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. sintetiza que o aparecimento do Estado moderno tem sua concepção oriunda na ideia, tal como explicada por Max Weber, de aparato burocrático ocidental, como modo de dominação baseada na crença na *legalidade*¹⁵⁴, visando à *eficiência*, somada à ideia de *soberania*, originariamente teorizada por Maquiavel e Jean Bodin.

Para Nelson Hungria¹⁵⁵, a concepção moderna de lei penal foi inferida “do individualismo político, encontrou ressonância entre os enciclopedistas, filósofos do direito natural, iluministas, novelistas do Contrato Social”; “e Beccaria (rousseauiano convicto), com o seu retumbante opúsculo *Dei delitti e dele pene* (1764), foi um dos máximos fatores de sua difusão no espírito da época”. Hungria compreende que a legalidade penal é um princípio político-liberal que funciona como “um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado. Em reação à estatolatria medieval, a Revolução Francesa, incluindo-o, em fórmula explícita, entre os direitos fundamentais do homem”¹⁵⁶, embora, como a história não é linear, por exemplo, no direito penal nazista (1935 a 1946) e no direito penal soviético (1922 a 1958), o *nullum crimen nulla poena sine lege* foi retirado do seu direito positivo, para permitir a analogia *in malam partem* da lei penal; e também lembrou do Tribunal de Nuremberg, perante o qual alguns nazistas foram julgados e condenados por crimes à margem do princípio da legalidade penal¹⁵⁷.

princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção”.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005), p. 32.

¹⁵⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 142.

¹⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 43/45.

¹⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 22.

¹⁵⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 232.

Hungria atribui a Cesare Beccaria o mérito da primeira formulação do princípio da legalidade penal; aponta a sua consagração, na tradição *civil law*, na Ordenança Penal austríaca de José II, em 1787, e, depois, no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; e, na tradição *common law*, embora já tivesse previsto no art. 39 da *Magna Charta Libertatum* do Rei João Sem-Terra de 1215, na Inglaterra, cláusula chamada “*the keystone of english liberty*”, a sua consagração ocorreu com o art. 8º da Constituição de Virgínia de 1776 e, depois, expressamente previsto no Art. I, Seção IX, 3º parágrafo, da Constituição Federal dos EUA de 1787¹⁵⁸. Para Hungria, a fórmula latina *nullum crime nulla poena sine lege* tornou-se “*dogma da democracia e propagou-se por todo o mundo civilizado. Os sucessivos Códigos Penais a endossaram*”¹⁵⁹ e, ainda destacou, que, na Alemanha, Paul Anselm Ritter von Feuerbach, em 1801, embora não possa ser a ele atribuído o princípio da legalidade penal¹⁶⁰, foi o primeiro a usar essa fórmula latina, fundamentando-a no direito penal com teoria da coação psicológica.

Helena Cláudio Fragoso, em seus *Comentários Adicionais*, na obra *Comentários ao Código Penal de 1940*, de Nelson Hungria, sobre o princípio da reserva legal, afirmou que a lei alcança todas as normas jurídico-penais elaboradas de acordo com a Constituição e, portanto, compreende todas as situações jurídicas de que a pena depende, ressaltou que, na sua opinião, “*a proibição da retroatividade, todavia, não alcança as alterações da jurisprudência em prejuízo do réu*”¹⁶¹. Destacou que

¹⁵⁸ Art. I, Seção IX, da Constituição dos EUA de 1787. (...) Não serão aprovados atos legislativos condenatórios sem o competente julgamento, assim como as leis penais com efeito retroativo.

¹⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 44.

¹⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 45: “*Igualmente a Feuerbach se devem as sintéticas fórmulas latinas com que se costuma exprimir o princípio da legalidade: nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege. Em apressado reparado à ‘Exposição de Motivos’ com que o ministro Francisco Campos fez acompanhar o projeto definitivo do nosso Código vigente, Jiménez de Asúa (loc. cit. págs. 174-175) focaliza o tópico sobre o princípio da anterioridade da lei penal e assim disserta: “... conforme a critério alemán se atribuye la fórmula a Feuerbach, cuando es harto sabido que la Revolución Francesa la tomó de Rousseau. Al citarla Francisco Campos incurre en outro erro, el de creer que Feuerbach enunció expressamente el principio nullum crimen sine lege, cuando en verdad solo parte del apotegma nulla poena sine lege, derivando aquél de éste, como era lógico, ya que el famoso bávaro no lo concebía como principio político, sino científico, derivado de la coacción psíquica em que fundo el derecho de penar’. Improcede a crítica, que esta sim, incide em equívocos. O ministro Campos não atribuiu a Feuerbach o princípio da legalidade (nem os autores alemães jamais o fizeram), mas, apenas, com todo acerto, sua expressão em fórmula latina. O nullum crimen, nulla poena sine lege é, sem dúvida alguma, uma aglutinação de três fórmulas originárias do grande penalista alemão: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali” (p. 45/46).*

¹⁶¹ FRAGOSO, Helena Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais.** In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 222.

“partindo de rigoroso positivismo jurídico, Nelson Hungria entende (p. 110) que não haveria lugar, em face do CP vigente para a analogia in bonam partem”¹⁶². Sobre a atividade criativa do juiz no direito penal, Heleno Cláudio Fragoso também se demonstra um positivista jurídico, ao afirmar que “*embora sempre exista para o juiz uma certa margem de livre apreciação na medida da pena, na qual sua atividade é dirigida essencialmente por sua sensibilidade jurídica e seu espírito de justiça*”, “*aqui não há, realmente, arbítrio, mas sim ‘poder discricionário’*”¹⁶³, esclarecendo que o arbítrio judicial e a discricionariedade judicial diferenciam-se porque, neste último, há o dever de motivação da decisão judicial.

A concepção moderna de lei penal afastou-se de considerações ético-religiosas e, a partir dos pensamentos de Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Paul Anselm Ritter von Feuerbach e outros, aproximou-se dos paradigmas do jusracionalismo e, depois, do positivismo jurídico e do utilitarismo econômico. A lei penal tornou-se a fonte central do direito penal, enquanto as outras tradicionais fontes do direito não mais foram consideradas assim, senão, em alguma medida, foram relegadas às funções de auxílio na interpretação e de benefício do réu. A legalidade penal, além de suas funções político-criminais, também foi transformada em categoria do sistema de imputação racional jurídico-penal, pela dogmática jurídico-penal, em 1906, pelo penalista alemão Ernest Beling¹⁶⁴, quem elaborou a categoria *Tatbestand*, isto é, a tipicidade penal.

O declínio da monarquia absolutista e a supremacia do parlamento contribuíram para a afirmação histórica da *concepção moderna de lei penal* como manifestação de uma vontade geral, com características de generalidade e abstração, com o objetivo de proteger a liberdade do cidadão e sob a ideologia político-criminal predominante de

¹⁶² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 230.

¹⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 233.

¹⁶⁴ BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal y La doutrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*], 11ª ed., 1930], p. 76, 83, 89 e 269. “Desde la aparición de mi obra ‘Doctrina del delito’(1906), el ‘delito-tipo (Tatbestand) abstracto, especial y objetivo’ o, más brevemente, el delito-tipo jurídico penal (straf-gesetzliche Tatbestand) há sido objeto de muchas e profundas investigaciones”. Nota do Tradutor na p. 77: “Según la interpretación de Beling, la expresión Tatbestand tiene aquí el sentido de delito-tipo, por oposición a tipo de delito, a mera figura delictiva. (Ver ‘Die Lehre v. T., al final. Ver también Soler, derecho penal argentino, T. II, §44, I-IV). El sentido literal de la palabra derivase de Tat = hecho y bestehen = consistir aquello em que le hecho consiste; la esencia legal del hecho. Nu puede decirse, por certo, ‘elemento constitutivo’, porque la muerte, en el homicidio preintencional (lesiones seguidas de muerte, según la expresión alemana) es un elemento constitutivo de la figura; pero no del delito-tipo; no pertenece al Tatbestand”.

defesa da sociedade. Várias escolas, com diferentes ênfases criminológicas, político-criminais e dogmáticas jurídico-penais, sucederam-se no debate sobre as concepções de direito penal, seus fundamentos, fontes, finalidades da pena, conceitos, modelos, métodos e ideologias.

1.2 RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Ao longo do tempo, a depender de qual discurso se torne hegemônico, dos interesses em jogo e da concepção de ciência predominante, prevalece, como principal saber penal, a criminologia ou a política criminal ou a dogmática jurídico-penal.

Antes de Franz von Liszt, era a política criminal que estava evidência, com valores jusnaturalistas, ditados pela razão, e que deveriam ser protegidos pelo poder punitivo. Com Franz von Liszt, a dogmática jurídico-penal assume o protagonismo, sobretudo, com a deferência ao princípio da legalidade e para conter o *jus puniendi*. Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo enalteciam a criminologia etiológica, em detrimento dos demais saberes penais. Karl Binding e Arturo Rocco capitanearam um retorno da supremacia da dogmática jurídico-penal. Com Claus Roxin, o destaque volta-se, uma vez mais, para a política criminal. E, atualmente, a criminologia crítica reassume uma posição de prestígio entre os saberes penais.

Evidentemente que, como toda narrativa histórica, não há, diante dessa constatação, a pretensão de linearidade, senão perceber como esses saberes penais vêm se inter-relacionando e entrelaçando-se, pelo menos, desde o final do século XIX. Franz von Liszt, em 1881, propôs uma ciência conjunta do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), integrada pela dogmática jurídico-penal, como ciência principal, e pela política criminal e pela criminologia, ciências auxiliares¹⁶⁵.

Karl Binding, à época, criticou Franz von Liszt de ter abandonado a lei penal, quem, por sua vez, retrucou dizendo que ele defendia uma punição sem propósito. Apesar de se opor às justificativas metajurídicas da retribuição da pena (Kant e Hegel) e defender funções preventivas especiais para a punição (uma das propostas do seu “Programa de Marburgo”), o modelo integrado de Liszt foi o de um sistema fechado, porque não poderia haver influência interna ao sistema de imputação racional jurídico-

¹⁶⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 148.

penal (perspectiva de *lege lata*), mas a criminologia e a política criminal só poderiam indicar a finalidade da pena e recomendar reformas à legislação penal (perspectiva de *lege ferenda*).

Na proposta de Franz von Liszt, a dogmática jurídico-penal ocupava-se da legislação penal e da estruturação sistemática do conceito de crime (ação típica, antijurídica e culpável), com uma “*função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’*”¹⁶⁶; a política criminal cingia-se à ideia de fim no direito penal e aos princípios orientadores da estratégia de prevenção de crimes, derivados de observações empíricas, como uma “*tarefa social do direito penal*”¹⁶⁷; e a criminologia, fundada no paradigma etiológico, mas não na antropometria biologicista de Cesare Lombroso, à qual von Liszt se opunha, estudava as causas explicativas dos delitos como meio de defesa social¹⁶⁸.

Algumas frases das obras de Franz von Liszt¹⁶⁹ atravessaram o século XX e as fronteiras alemãs, funcionando aqui como uma boa síntese: “*o Código Penal é a Magna Carta do Delinquente*”, “*bem jurídico é um interesse juridicamente protegido*”, “*o direito penal é a barreira intransponível da política criminal*” e “*a política criminal é a ponte entre a dogmática jurídico-penal e a criminologia*”.

Claus Roxin¹⁷⁰, em 1970, criticou o modelo integral de Franz von Liszt e propôs que valores político-criminais, referentes à prevenção geral e especial da pena, orientem a reconstrução da dogmática jurídico-penal, tanto na perspectiva de *lege lata*, quanto na perspectiva de *lege ferenda*¹⁷¹. A proposta do Claus Roxin é a de um sistema aberto de ciência conjunta do direito penal, cujo sistema de imputação funcional-teleológico jurídico-penal e suas categorias (tipicidade, antijuricidade e responsabilidade) são

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 02/03. Claus Roxin destaca importante trecho na obra de Franz von Liszt: “*Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio nullum crimen, nulla poena sine lege, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política (Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge, Vol. II, 1905, p. 434)*” (p. 03).

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 02.

¹⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 150.

¹⁶⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brigguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881).

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012

¹⁷¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 161.

ressignificados, com dimensões materiais, e estão a serviço de princípios político-criminais. É conhecida a crítica de Claus Roxin ao modelo lisztiniano:

(...) se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema? (...) fica claro o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (...)¹⁷².

Alessandro Baratta¹⁷³, por sua vez, no final do século XX, apresentou outra perspectiva para a política criminal, para o futuro da criminologia e do modelo integral das ciências penais. A política criminal teria objeto indefinido, devendo se relacionar à proteção dos direitos humanos individuais e sociais dos cidadãos, com políticas de natureza penal e não penal, de caráter preventivo e repressivo, tendo como limite o “*direito penal da Constituição*” e partir das informações fornecidas pela criminologia crítica.

E nesse marco das “Criminologias Críticas”¹⁷⁴, Eugenio Raúl Zaffaroni, desde sua obra *Criminologia: Aproximação desde uma margem*¹⁷⁵, afirma, em síntese, que estudou criminologia com o mexicano Alfonso Quiroz Cuarón, em 1965 e, por um período, refugiou-se na dogmática jurídico-penal; depois, percebeu que a chave estava na “*política criminológica*” – para esse autor não faz sentido distinguir a criminologia e a política criminal, pois todo discurso criminológico tem uma intencionalidade política¹⁷⁶ - e na sua estreita relação com a política em geral; “*a dogmática é um imenso esforço de racionalidade de uma programação irrealizável e que criminologia tradicional ou ‘etiológica’ não era suficiente*”; e propôs, entre outros pontos, a

¹⁷² ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 07 e 20.

¹⁷³ BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29, São Paulo: RT, 2000, p. 27/52.

¹⁷⁴ FERREIRA, Carolina Costa. **Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v.2, n.2, Curitiba: jul/dez, 2016, p. 171/192.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde una margem**. Vol. I. Bogotá, Colômbia: Temis S.A., 1988, p. IX.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde una margem**. Vol. I. Bogotá, Colômbia: Temis S.A., 1988, p. 20; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012a, p. 171.

reconstrução da dogmática jurídico-penal, na perspectiva do que chamou de “*realismo criminológico marginal latino-americano*”¹⁷⁷, que sofreu ajustes e atualizações por suas obras mais recentes.

Andrei Zenkner Schmidt¹⁷⁸, em interessante revisão crítica sob essa perspectiva transdisciplinar, arremata que nenhum desses saberes penais é mais considerado ciência auxiliar de alguma ciência principal, na medida em que

(...) o Direito Penal desenvolve-se a partir de um método preponderantemente dogmático, mas que condiciona sua expansão/retração não só a partir de finalidades políticas inerentes ao sistema (os fundamentos do Direito Penal, que dão conteúdo à política criminal, senão também a partir do contexto cultural onde tem incidência (abordado principalmente pela criminologia). Este último aspecto é fundamental para que a ciência penal ponha os pés no chão e evite voar normativamente alto demais. Assim, é relativamente correta a conclusão de ROXIN no sentido de que a dogmática há de orientar-se pela política criminal; tal assertiva, entretanto, parece incompleta; também a criminologia deve exercer o seu grau de influência. (...) ¹⁷⁹

A dogmática jurídico-penal, curiosamente, tem sua origem no Direito Privado, conforme todo o detalhamento histórico-jurídico feito por Karl Larenz, na obra *Metodologia do Direito*¹⁸⁰, e, não obstante essa “*relação de dependência significativa com o paradigma genérico da Dogmática Jurídica*”, conforme afirma Vera Regina Pereira de Andrade, “*apresenta, por outro lado, certa especificidade e uma relativa autonomia decorrente do universo (penal) em que se insere, eis que este condiciona sua consolidação ao mesmo tempo em que remodela sua identidade*”¹⁸¹.

No atual estado da arte, a ciência penal conjunta constitui-se como uma *unidade funcional*¹⁸², em permanente (re)construção, numa relação complexa e dinâmica entre a criminologia, a política criminal e a dogmática jurídico-penal (direito penal, processo penal e execução penal), isto é, na inter-relação entre o ser e o dever-ser projeta-se o *dever*¹⁸³, com o objetivo de reduzir a violência relacionada à questão criminal¹⁸⁴.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde una margem**. Vol. I. Bogotá, Colômbia: Temis S.A., 1988, p. 21/24.

¹⁷⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 07.

¹⁷⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 07.

¹⁸⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹⁸¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 51.

¹⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 173.

¹⁸³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

A meu sentir, nessa tese, na virada dos séculos XIX para XX, a ciência do direito penal concluiu que não vale a pena esforço em uma dogmática jurídico-penal isolada da criminologia e da política criminal, é possível também concluir que, desde o fim da 2ª Guerra Mundial, mesmo esse *modelo integrado de ciência conjunta do direito penal* é insuficiente, devendo ainda ser consideradas todos os influxos dos *valores constitucionais* que penetram no direito penal, como também devem ser consideradas todos os avanços teóricos, metodológicos e epistemológicos da *filosofia do direito*.

Essa tese, portanto, considera as múltiplas relações entre ciência conjunta do direito penal (criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal [direito penal material, direito processual penal e execução penal]), o direito constitucional e a filosofia do direito.

Francesco Palazzo destaca os influxos dos valores constitucionais no sistema penal, que se exercita no campo das relações entre política e direito, as quais classifica “*a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas*”¹⁸⁵. Como existe uma “*intrínseca e específica politicidade do direito penal*”¹⁸⁶, que, se exercida sem controle, pode instrumentalizar o homem e ser fonte de atrocidades, é necessária uma “*constante e insuperável exigência de eticidade própria do direito penal*”¹⁸⁷. Por isso, desde o fim da 2ª Guerra Mundial, na historicidade do direito, “*as modernas Constituições liberal-democráticas exercem uma recíproca influência racionalizadora*”¹⁸⁸. Muitos dos valores, que antes eram derivados metajuridicamente do jusnaturalismo, desde então, foram constitucionalizados como fundamentos do Estado Democrático de Direito,

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Criminología como curso*. In: *En torno de la cuestión penal*. Col. Maestros del Derecho Penal n. 18. Montevideo - Buenos Aires: B de F, Julio César Faira Editor, 2005, p. 38.

¹⁸⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 16: “*Relações estreitíssimas, porque o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade estatal representativa da comunidade. Se, de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual*”.

¹⁸⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 17.

¹⁸⁷ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 17.

¹⁸⁸ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 17.

direitos fundamentais, regras, princípios jurídicos e outras normas constitucionais, constituindo-se como “*limites constitucionais garantidores, tanto no plano formal como no substancial*”¹⁸⁹ e “*desdramatizando as relações problemáticas*”¹⁹⁰. Palazzo especifica, a seu sentir, que normas constitucionais como *princípios de direito penal constitucional*¹⁹¹, que tratam de conteúdo típico da área criminal, e como *princípios constitucionais influentes em matéria penal*¹⁹², que versam sobre matérias constitucionais heterogêneas condicionam todos os ramos do direito, inclusive, o direito penal. Esses princípios, no direito penal, e outras normas, constitucionais ou de outra hierarquia normativa, como dependem de valorações e, em alguma medida, têm uma textura aberta, dependem de uma “*atividade integrativa da doutrina e jurisprudência penalística*”¹⁹³, o que Palazzo chama de “*as ‘vias de penetração’ (legislativa e jurisdicional) dos valores constitucionais no sistema penal*”¹⁹⁴. E, na via jurisdicional, o direito penal constitucionalizado tem que conviver, em jurisdição constitucional, com decisões manipulativas de efeitos aditivos e decisões manipulativas de efeitos redutivos¹⁹⁵, harmonizando essas e outras técnicas de controle de constitucionalidade e

¹⁸⁹ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 18; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 326.

¹⁹⁰ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 17.

¹⁹¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 22.

¹⁹² PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 23.

¹⁹³ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 27.

¹⁹⁴ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 30.

¹⁹⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 33: “*merece consideração a decisão chamada ‘manipulativa’, que se pode por em contraste com a reserva legal em matéria penal, enquanto criadora de um novo tipo penal, não importando se mais ou menos favorável, se não-legislativa ou não inteiramente legislativa. Dentro, pois, da categoria de decisão manipulativa não é infrequente uma ulterior subdistinção entre: a) decisão relativa à verdadeira e própria inconstitucionalidade parcial, ainda que – embora não necessariamente derogatória de alguma parte do material linguístico – retirando do tipo completo, resultante da fórmula textual, um subtipo inconstitucional: pode-se falar de decisão (manipulativa) ‘reduativa’; b) decisão propriamente ‘aditiva’, não já, obviamente, no sentido de se acrescentar palavras ou elementos aos integrativos do tipo penal, mas no sentido de que, afastada a inconstitucionalidade de uma omissão legislativa, se possa apresentar um subtipo não contido em*

de convencionalidade, em especial a interpretação conforme a Constituição, apesar da tensão *prima facie*¹⁹⁶, com o princípio da legalidade penal, de modo que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, por um lado, não tenha vulnerada as suas funções primordiais, e, por outro lado, não seja um obstáculo para a concretização de valores constitucionais.

Essas relações não ocorrem apenas uma vez e em um só sentido direcional, mas são relações complexas, de recíproca influência, de constante retroalimentação, de modo não-circular, e com uma importante peculiaridade: a cada novo olhar, a cada momento, há uma compreensão, e, depois, em novo momento, outra nova compreensão e, assim, sucessivamente, sem fim, em novos momentos, novas compreensões. Não por etapas nem degraus, mas por *ondulações*. Ocorrem *ondas* de compreensão no direito.

Por tudo que pesquisei e compreendi *fenomenologicamente*, de acordo com investigações teóricas e práticas jurídicas que experimentei e outras que observei até aqui, no campo de observação e interação com os fenômenos, essas relações entre o direito e a realidade social não é a de um *círculo* (hermenêutico, como propôs Hans-Georg Gadamer), não é a de um “*ir e vir do olhar entre premissa maior e situação fática da vida*” (como propôs Karl Engisch), não é a de uma fórmula do “*desenvolvimento ou conformidade ulterior do conteúdo significativo imanente à norma geral*” (como propôs Karl Larenz), não é a de uma concepção de que “*a ideia de direito e as situações fáticas da vida a serem reguladas são postas em uma correspondência por um processo de equiparação e assimilação*” (como propôs Arthur Kaufmann), mas, sim, todas essas relações, que mencionei, aproximam-se, como em uma metáfora, à ideia de uma *espiral hermenêutica* (tal como a proposta *Spirale des Verstehens* de Winfried Hassemer¹⁹⁷, em tese doutoral sob orientação de Arthur

determinada disciplina legislativa. Em síntese: a distinção entre decisão 'reduativa' ou 'aditiva' respeita às variações introduzidas, não sob o plano das expressões linguísticas, mas em torno do conteúdo formativo, podendo-se ter, por conseguinte, uma decisão reduativa quanto a conteúdo normativo que, virtualmente, se utiliza do material linguístico, inserindo um novo elemento na estrutura do tipo, do mesmo modo que uma decisão aditiva se serve de material linguístico”.

¹⁹⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 32/36.

¹⁹⁷ HASSEMER, Winfried. **Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik**, Berlin: C. Heimanns, 1968, p. 78 e 82; HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. 16; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990), p. 358: “*se tem dito que a aplicação do Direito é um processo circular entre a lei e o caso, que é comparável a um espiral que se eleva, corrige e aperfeiçoa em um processo mútuo de compreensão entre a norma e a situação fática*”.

Kaufmann¹⁹⁸, defendida e publicada em 1968, a partir da filosofia analítica da linguagem) e, fundamentalmente, como resultado da dimensão semiótica da pragmática, como campo de tensão para as lutas e disputas sociais, mediante discursos e ações, para além das dimensões semióticas da sintaxe e da semântica.

Em uma imagem didática e metafórica, *o devir*, que me referi, não é fruto de uma *pirâmide* ou *de um balançar de olhos* ou *de um círculo*, mas de uma *espiral*, em *ondulações* a cada novo momento. Acredito que essa explicação, que será desenvolvida na Parte II dessa tese, captura e justifica melhor o desenvolvimento do direito penal. E como disse Winfried Hassemer, ao desenvolver a hermenêutica ontológica no direito penal, é preciso “*operar racionalmente com o irracional*”¹⁹⁹.

1.3 AS PROPOSTAS DAS ESCOLAS PENAIAS A PARTIR DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

Cada Escola Penal, na modernidade, elegeu uma *ideia fundante*²⁰⁰ e, a partir dela, desenvolveu conceitos, categorias, elementos, critérios, teorias, bem como estabeleceu finalidades e valores que reputou importantes. O objetivo principal das Escolas Penais foi o de (re)construir constantemente um sistema de imputação racional jurídico-penal, a partir das categorias do fato típico, da ilicitude e da culpabilidade, como elementos de um conceito analítico de crime, e da punibilidade, referente a pena e sua dosimetria. Para algumas escolas penais, a ideia fundante, da sua proposta de

¹⁹⁸ KAUFMANN, Arthur. *La espiral hermenéutica* (*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Sonderheft, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 13/16*). Tradução do alemão de José Antonio Santos. In: *Revista Persona y Derecho*, n. 52, Pamplona, Espanha: *Universidad de Navarra*, 2005, p. 405-410: “*Martin Heidegger y Hans-Georg Gadamer ha resaltado por su parte que la hermenéutica es, sobre todo, filosofía transcendental y no (primariamente) un método; e en el sentido de la filosofía transcendental el ‘círculo hermenéutica’ no es círculo alguno, sino una condición transcendental del comprender, así como, por ejemplo, no cabe entender la parte sin una comprensión del todo, ni el todo sin la captación de sus partes. Esta doctrina me parece, en el fondo, correcta. La fórmula expresiva, que ejemplifica el proceso brillantemente, la encontró Winfried Hassemer: no se trata de un ‘círculo hermenéutico’, sino de una ‘espiral hermenéutica’. Esto no es un mero juego de palabras; más bien la formulación de Hassemer revela la verdadera estructura de la hermenéutica. El círculo vicioso regresa al punto de partida, con lo que no se sale del círculo. La espiral, por el contrario, nos hace también regresar, pero no aterriza sobre el punto de partida, sino que conduce a un plano ‘superior’*” (p. 409/410).

¹⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 244, *apud* KAUFMANN, Arthur. *La espiral hermenéutica* (*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Sonderheft, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 13/16*). Tradução do alemão de José Antonio Santos. In: *Revista Persona y Derecho*, n. 52, Pamplona, Espanha: *Universidad de Navarra*, 2005, p. 410.

²⁰⁰ GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta no direito penal: um estudo da conduta humana: do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

sistema, foi o conceito de conduta humana; para outras, foi a função político-criminal do direito penal; e, de modo mais recente, a linguagem. De modo geral, encontra-se nas obras dos expoentes dessas escolas penais uma proposta de teoria da norma penal, de teoria geral do crime e de teoria geral da pena.

Parece que a teoria das fontes do direito penal não é um tema da predileção dos penalistas, cuja abordagem, em suas obras, tradicionalmente tem sido superficial e fruto de um *sensu comum dos juristas*²⁰¹. É possível perceber que, a depender da concepção de direito adotada pela Escola Penal, cada uma delas trabalhará com uma teoria das fontes do direito penal.

O Direito Penal moderno, no pensamento jurídico ocidental, é produto da (re)construção das seguintes Escolas Penais e seus penalistas ou criminólogos expoentes: 1) Escola Clássica (Cesare Beccaria, Paul Anselm Ritter von Feuerbach e Francesco Carrara); 2) Escola do Positivismo Criminológico italiano (Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo); 3) Escola Técnico-Jurídica (Arturo Rocco e Karl Binding); 4) Escola Causal-Naturalista (Ernest Beling e Franz von Liszt); 5) Escola Neokantista (Gustav Radbruch, Max Mayer e Edmund Mezger); 6) Escola do Finalismo (Hans Welzel); 7) Escola da Teoria Social da Ação (Hans-Heinrich Jescheck e Johannes Wessels); 8) Escola do Funcionalismo Teleológico (Claus Roxin); 9) Escola do Funcionalismo Sistemático (Günther Jakobs). Todas essas Escolas Penais trabalharam dentro e nos limites da filosofia da consciência²⁰², seja algumas delas adotando, como teoria do direito, de fundo, em seus empreendimentos teóricos, concepções de jusnaturalismo, sejam outras delas adotando concepções do positivismo jurídico; algumas darão ênfase, às vezes excessiva, ao plano ontológico, outras darão ênfase, às vezes em demasia, ao plano normativo e valorativo, como um pêndulo na história das ideias penais.

De modo mais recente, surgiram propostas que se afastaram da filosofia da consciência e consideraram, em seus empreendimentos teóricos, a filosofia da linguagem e alguma concepção do pós-positivismo jurídico, a exemplo das seguintes Escolas Penais: 10) Escola do Funcionalismo Reducionista e do Realismo Jurídico latino-americano (Eugenio Raúl Zaffaroni); 11) Escola da Teoria Significativa da Ação (Tomas Salvador Vives Antón).

²⁰¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral do Direito I**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

²⁰² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

A elaboração de conceitos pelos penalistas e a produção de normas penais a partir da interpretação dos textos de lei penal compõem a dogmática jurídico-penal. Como disse, há uma (re)construção constante da dogmática jurídico-penal (isto é, dos conceitos, das normas penais e do sistema de imputação racional jurídico-penal) a partir da política criminal (com valorações sobre as leis penais, as políticas públicas penais e não-penais, bem como sobre o funcionamento do sistema de imputação racional jurídico-penal) e a partir da criminologia (com análises empíricas, a perspectiva da criminologia etiológica, sobre as causas de criminalidades, os perfis de delinquentes, os perfis de vítimas e meios de controle social; e, na perspectiva das criminologias críticas, sobre o real funcionamento e a seletividade pelas agências do sistema penal, nos processos de criminalização primária e secundária, em detrimento de outras condutas e pessoas).

Nessa perspectiva, temos uma compreensão *tridimensional* da questão criminal. A partir das pesquisas da criminologia (dimensão do crime como fato), mediante as análises empíricas nas vertentes etiológicas e críticas, a política criminal (dimensão do crime como valor) faz críticas e propostas, de natureza penal e não-penal, por exemplo, de reformas dos conceitos penais, das normas penais, do sistema de imputação racional jurídico-penal e suas categorias, perseguindo determinados objetivos políticos e sociais, de modo a reconstruir permanentemente a dogmática jurídico-penal (dimensão do crime como norma).

Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Jr., “*o fenômeno jurídico, com toda a sua complexidade, admite tanto o enfoque zetético, quanto o enfoque dogmático, em sua investigação*”²⁰³. A zetética jurídica, mais aberta, trata-se de uma investigação que tem como ponto de partida uma evidência, estabelecendo enunciados verificáveis e comprováveis, com uma função informativa. A dogmática jurídica, mais fechada, por sua vez, cuida-se de uma investigação que se orienta pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida, isto é, parte de dogmas, com função diretiva explícita, dando-lhes um sentido, o que permite certa manipulação de modo controlado²⁰⁴.

Nesse tópico, por amostragem, sobre a concepção de direito e a respectiva teoria das fontes, que cada penalista e sua Escola Penal desenvolveu, no contexto histórico-jurídico do seu tempo e lugar, analisarei os pensamentos de Beccaria e Feuerbach (da

²⁰³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 22.

²⁰⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 64.

Escola Clássica); de Franz von Liszt e de Ersnt Beling (da Escola Causa-Naturalista); de Karl Binding (da Escola Técnico-Jurídica); de Gustav Radbruch e Edmund Mezger (da Escola Neokantista); de Hans Welzel (da Escola Finalista); e de Claus Roxin (da Escola do Funcionalismo Teleológico. Poderia analisar das outras Escolas Penais também, como a de Günther Jakobs (da Escola do Funcionalismo Sistemico), desenvolvida a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, mas o *corpus* que constitui para a *amostragem* já atinge a finalidade desse capítulo, que é a de verificar qual é o paradigma filosófico *mainstream* dentro do qual o direito penal moderno se erigiu. Demonstrarei com esse *corpus* que as concepções de direito penal, de fontes do direito penal e da legalidade penal foram construídas a partir da filosofia da consciência; e que essas construções teóricas foram reproduzidas e replicadas pelos penalistas brasileiros, em seus livros, em publicações acadêmicas e no ensino jurídico.

Vera Regina Pereira de Andrade, em tese doutoral sobre o desenvolvimento histórico da dogmática jurídico-penal na modernidade e na transição pós-moderna e suas funcionalidades, problematiza bem, ao sintetizar, que, na Itália, “o universo do saber penal, na centúria que vai da segunda metade do século XVIII até a segunda metade do século XIX, é nuclearmente ocupado por duas grandes Escolas penais”: “a Escola Clássica e a Escola Positiva, cuja embate travado, desde o advento desta última, marca o século XIX com a luta entre as Escolas, gerando, por esta razão diversas tendências, ecléticas e conciliadoras”²⁰⁵, e, ainda, “a Escola Técnico-Jurídica representa, já na virada do século XIX para o século XX um autêntico movimento de reação contra o sincretismo metodológico que, como herança desta luta escolar, dominava o universo penal”²⁰⁶. E, na Alemanha, destaca que “antes de Feuerbach, o Direito natural se encontra entre as fontes do Direito Positivo; de Feuerbach até aproximadamente 1840, predomina o Direito positivo como objeto da Ciência Penal, ainda que moderado pelo recurso ao Direito Natural”²⁰⁷, e “desde 1840 até aproximadamente 1870, há um retorno, graças ao hegelianismo, da prevalência do Direito racional. A partir de então, e desde K. Binding, triunfaram o positivismo jurídico e a consolidação do Direito positivo como objeto da Ciência Penal”, “favorecido por sua vez pelo formalismo que acabou dominando a Escola histórica e

²⁰⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 52.

²⁰⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 52.

²⁰⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 52.

pele Código liberal da Alemanha unificada, datado 1871 (Mir Puig, 1976, p. 208-10)”²⁰⁸.

Cesare Beccaria, na obra *Dos delitos e das penas*²⁰⁹, publicada em 1764, na Itália, inicia a sua crítica descrevendo as fontes do direito penal medieval com fundamentação religiosa, em especial os costumes e o *Corpus Juris Civilis*, bem como questionou como as pessoas continuaram seguindo suas orientações e o valorou negativamente como um “produto monstruoso de séculos mais bárbaros”²¹⁰. Kai Ambos, sobre a obra *Dos delitos e das penas* de Cesare Beccaria, disse que “teria exercido uma influência significativa nas conquistas de um Direito Penal garantista e conforme as pautas do Estado de Direito”²¹¹, embora críticos, como Wolfgang Naucke, questionem a fundamentação jurídico-penal teórica de suas teses²¹² e até seu humanismo²¹³.

Beccaria destacou que os princípios da moral e da política, aceitos pelas comunidades, “derivam, quase sempre, de três fontes: a revelação, a lei natural e as

²⁰⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 52.

²⁰⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764).

²¹⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 11.

²¹¹ AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processo penal**. Tradução de Alexey Choi Caruncho. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 21/22.

²¹² AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processo penal**. Tradução de Alexey Choi Caruncho. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 23 e 25/26: “As exigências de Beccaria (abolição da pena de morte e da tortura) e seus princípios (proporcionalidade, legalidade e dano social) seriam demasiado superficiais e mal fundamentados para poderem fixar os limites insuperáveis do Estado de direito correspondente a um Direito Penal humano. Sua teoria geral é demasiado pouco concreta, seu ‘sentimento de humanidade’ (*Gefühl für Hamunität*) é ‘irracional’, além de estar ‘carente de conteúdo’ (*zu wenig inhaltsreich*), para ser capaz de opor-se aos excessos inumanos do Direito penal na sua configuração e aplicação concreta. Para tanto, necessita-se não de um jurista em intencionado e ilustrado (secular), mas sim de um jurista ‘(que não há em Beccaria) bem formado nas técnicas jurídicas, porém cético frente a toda forma de domínio’. O contrato social ‘inevitável’ de Beccaria, do qual nada pode safar-se, conduz inevitável e necessariamente ao castigo e, com ele, a um Direito penal ainda mais poderoso. A fundamentação utilitarista do Direito penal de Beccaria faz com que os princípios por ele postulados não sejam discutidos ‘como limites absolutos de todo o Direito Penal, mas sim (...) como justificação da finalidade do castigo’, trata-se, portanto, de fundamentação (legitimação), não de limitação do Direito Penal” (p. 25/26).

²¹³ AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processo penal**. Tradução de Alexey Choi Caruncho. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 46/47: “Resumidamente, a posição de Beccaria em relação à pena de morte e à tortura confirma o que já havíamos referido acima: o humanismo de Beccaria, que alguns creem descobrir em sua obra, subordina-se às necessidades de um Direito penal protetor da sociedade, fazendo uso das medidas e sanções necessárias para tal efeito, inclusive por meio de penas cruéis. Talvez Beccaria foi ‘ilustrado’ em seu tempo, porém isso diz mais sobre o que verdadeiramente foi esse tempo do que sobre o tão aludido humanismo de Beccaria. Está claro que, desde uma perspectiva atual, suas ideias não têm nada de humanismo. Igualmente, a posição de Beccaria pouco pode ajudar o discurso abolicionista atual contra a pena de morte”.

convenções sociais”²¹⁴. Sobre essas convenções sociais, Beccaria disse que se tratam “*dos pactos expressos ou tácitos que os homens fizeram entre eles, pois nisso é que deve residir o exercício legítimo da força*”²¹⁵. Relacionou aquelas fontes às justiças divina, natural e política, sendo as duas primeiras imutáveis e a última pode variar à proporção que se torne vantajosa ou imprescindível à sociedade²¹⁶. Adotando a perspectiva contratualista e utilitarista, cuja intervenção penal justifica-se em razão do dano social traduzido na ameaça de lesão ou na lesão ao contrato social, Beccaria destacou que a finalidade única das ações da sociedade é “*todo o bem-estar possível para a maioria*”²¹⁷ e, sobre a origem das penas e do direito de punir, afirma que as pessoas cansadas de uma liberdade plena que se revelava inútil, sacrificaram uma parte dela para viverem com mais segurança e a “*a soma dessas partes de liberdade assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação*”; “*e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo*”²¹⁸. E não só constituem a soberania, como constitui o fundamento do direito de punir²¹⁹.

No entanto, para Beccaria, esse depósito era insuficiente por causa da tendência despótica de cada ser humano, sendo necessário a existência de “*meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico*”: as penas²²⁰. Para ele, as penas que ultrapassem o limite da soma das parcelas de liberdade abdicadas são injustas e ilegítimas²²¹. Quanto as fontes do direito penal, Beccaria afirmou que “*apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador que representa toda a sociedade ligada por um contrato social*”²²². Beccaria foi responsável por uma das primeiras reivindicações, na

²¹⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 12.

²¹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 13.

²¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 14.

²¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 16.

²¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 19.

²¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 19.

²²⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 19.

²²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 20.

²²² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 20.

modernidade, do princípio da legalidade penal. Pelo momento histórico que viveu, no qual os magistrados eram nomeados pelos reis e havia muita desconfiança da magistratura, Beccaria defendeu, tal como Montesquieu, o modelo de juiz *bouche de la loi*²²³, afirmando que, mesmo sob o pretexto do bem comum, jamais um magistrado poderia criar ou aumentar uma pena prevista em lei.

Para Beccaria, seria possível uma aplicação mecânica da lei penal ao caso concreto, sem interpretação, para além da literalidade do seu texto, cabendo ao juiz “*um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei*”; “*e a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro*”²²⁴. Afirmou que é muito perigoso o difundido axioma de ter que se consultar o espírito da lei²²⁵, pois isso abre a possibilidade para cada um impor sua opinião pessoal sobre sua maneira de ver o mundo. Beccaria prefere que, mesmo que o texto tenha imperfeições e ambiguidades, que o juiz siga a letra da lei, cabendo ao legislador as correções.

A essência dessa concepção de legalidade penal, para Beccaria, está no ponto de que “*com leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável; e isso é útil, pois esse conhecimento poderá fazer com que se desvie do crime*” e, ainda, “*gozará, com segurança, de sua liberdade e de seus bens; e isso é justo, pois que esse é o fim que leva os homens a se reunirem em sociedade*”²²⁶. As leis penais devem ser públicas e escritas na língua do povo destinatário²²⁷. Não pode ser fonte do direito penal a moral particular, que “*apenas inspira a submissão e o receio, enquanto a moral pública anima a coragem e o espírito de liberdade*”; “*orientado pela primeira, o homem limita seu bem-estar ao círculo estreito de umas poucas pessoas que não escolheu. Inspirado pela outra, busca*

²²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 20: “*Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumento um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão*”.

²²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 22: “*Qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis*”.

²²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 22.

²²⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 24.

²²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 24.

estender a felicidade sobre todas as classes da humanidade”²²⁸. Beccaria defendeu a prevenção dos crimes, ao invés do foco exclusivo na repressão²²⁹, e, entre várias sugestões, apontou se “*desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras*”²³⁰; outra maneira será “*despertando nos juízes o interesse de manter em toda a sua pureza o depósito que o país lhes confia*”, contra a sombra da corrupção²³¹; e “*finalmente, a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal, é aperfeiçoar a educação*”²³². E, no §XVLII da sua obra, Beccaria concluiu que “*para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionais ao delito e determinada pela lei*”²³³. Essa obra de Beccaria é vista como um manifesto de política-criminal liberal²³⁴.

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, na obra *Tratado de Direito Penal comum vigente na Alemanha*²³⁵, de 1801, iniciou afirmando que “*o direito penal (ciência do direito penal, direito punitivo) é a ciência dos direitos que tem o Estado, fundando-se nas leis penais, frente a seus súditos como possíveis infratores às mesmas*”²³⁶. No §5º da Introdução de sua obra, Feuerbach trata das fontes do direito penal, elencando: “*I) a filosofia do direito penal, na medida em que sua aplicação não esteja limitada por preceitos penais positivos*”; “*II) as leis penais positivas do antigo Império, entre as quais devem ser contadas as leis estrangeiras recepcionadas na*

²²⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 98.

²²⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 101.

²³⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 102.

²³¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 106.

²³² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 106.

²³³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), p. 107.

²³⁴ AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processo penal**. Tradução de Alexey Choi Caruncho. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 31.

²³⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

²³⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 47.

Alemanha, especialmente as do direito romano e as do direito canônico, e as leis nacionais”²³⁷.

Feuerbach não reconhece a prática judicial e o costume como fontes do direito penal. Quando se refere à filosofia do direito menciona o jusnaturalismo, na dualidade entre direito natural e direito positivo²³⁸. Luís Greco, em sua tese doutoral sobre o pensamento de Feuerbach, também reconheceu que “*como é habitual na teoria do Direito natural, ao menos desde Hobbes, Locke e Rousseau, também em Feuerbach o estado de natureza se encontra no início da sua teoria do estado*”, assim como a ideia de contrato social está em sua teoria jurídico-penal²³⁹ e, por influência de Kant (em um primeiro momento), pressupôs que o Estado de Direito é um dever moral categórico²⁴⁰. Estruturou toda a sua construção teórica a partir da finalidade da pena de acordo com a sua teoria da coação psicológica²⁴¹. Relacionou o direito à coerção, ao afirmar que “*as instituições que requerem o Estado devem ineludivelmente ser instituições coativas, ficando nele, primordialmente, a coerção física do Estado, que procede a cancelar as lesões de uma dupla maneira*”²⁴²: preventiva, quando impede uma lesão a direito subjetivo alheio ainda não consumada, e repressiva, após a injúria, obrigando o injuriante à reparação ou à reposição. Reconhece a insuficiência da coação física para impedir lesões jurídicas e, antecipando-se à sua consumação, é necessária uma coação

²³⁷ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 49: “*La práctica judicial (práxis) puede disculpar por necesidad en función de los resultados obtenidos de ineludibles requerimientos del cambio de los tempos aprobados por la razón y la Humanidad, pero jamás podrá justificarse en la teoría como fundamento del derecho, ni ser considerada como fuente obligante de normas jurídicas. Corresponde reconocer a la costumbre del mismo modo en que se reconoce a las revoluciones, como un hecho, no como derecho*”.

²³⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 49: “*Los conocimientos auxiliares del derecho criminal comprende: A) Las ciencias em sentido estricto y, entre éstas, aparte de los restantes sectores del derecho positivo, especialmente: I) La filosofía y, sin duda, la psicología, la filosofía práctica em general y, ante todo, la filosofía del derecho (derecho natural), e, como parte especialmente elaborada de ésta, el derecho punitivo general, así como la política criminal, em particular em relación a las nuevas legislaciones (...)*”.

²³⁹ GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução do alemão de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 42/43.

²⁴⁰ GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução do alemão de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Barcelona: Marcial Pons, 2015, p. 43.

²⁴¹ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 58.

²⁴² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 59.

psicológica pelo Estado²⁴³, causando a intimação de todos pela cominação de pena na lei penal²⁴⁴.

Dessa finalidade da pena, Feuerbach deduz os “*principios primeros do direito punitivo*” e, nesse ponto (§20 do seu Tratado²⁴⁵), está o famoso trecho no qual, pela primeira vez na dogmática jurídico-penal moderna, a legalidade penal é expressada pelas máximas latinas: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali*. E, doravante, toda a literatura penal unificou na máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*. Usou a expressão “*Tatbestand*” - com a qual, em 1906, Ernest Beling desenvolveu a categoria tipicidade penal -, para se referir ao “*tipo de crime (corpus delicti)*” que deveria estar previsto na lei penal e se refere ao aspecto objetivo do comportamento do agente; e usou a expressão “*imputação*” para se referir à vontade do autor de contrariar a lei penal, mediante *dolus* ou culpa, como o aspecto subjetivo da conduta criminosa, o que determina a sua culpabilidade e, portanto, a fundamentação, objetiva e subjetiva, da sua punibilidade²⁴⁶.

Franz von Liszt, na obra *Tratado de Direito Penal alemão*²⁴⁷, de 1881, claramente adotou a concepção do positivismo jurídico centrado da lei estatal. Estabeleceu como premissa, em seu empreendimento teórico, que “*a proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística a força que o produz. Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse*

²⁴³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 60.

²⁴⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 61.

²⁴⁵ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 63: “§19. De la precedente deducción se derivan los siguientes principios primeros del derecho punitivo: toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible. §20. De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crime sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada”.

²⁴⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989, p. 97.

²⁴⁷ LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brigguet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881).

juridicamente protegido”²⁴⁸. Discordando de Karl Binding, para quem bem jurídico é um bem da ordem jurídica, e de Feuerbach, para quem o bem jurídico é um direito subjetivo, von Liszt afirmou que o bem jurídico é um “*bem do homem*”, “*é a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico*”²⁴⁹. Norma e bem jurídico são duas ideias fundamentais do direito penal, segundo von Liszt. Relacionou o direito à necessidade de coação²⁵⁰. No §16 do Tomo I do seu Tratado, von Liszt dedica um capítulo sobre as “*fontes do direito penal imperial*” e inicia dizendo “*segundo a intuição moderna, a lei é a única fonte do direito penal. Todas as disposições penais pertencem pois ao direito estatuído*”. Em nota de rodapé, nesse ponto, von Liszt afirma que “*(Karl) Binding é o único escritor que se afasta desta tese*”²⁵¹, com a sua teoria das normas penais.

Von Liszt adota a concepção estatal-legalista de direito, encampando o paradigma que “*a legislação penal moderna parte da hipótese de que ela é completa e sobre esta hipótese funda o princípio do seu exclusivismo*”²⁵². Sobre as possibilidades de outras fontes do direito penal, para von Liszt, as legislações penais modernas não deixam mais espaço para que o juiz participe da produção do direito penal, de modo que, a seu ver, “*segue-se imediatamente que a praxe judiciária (e somente por ela se manifesta o direito costumeiro) não pode competir a força produtora do direito, que se trate de por em vigor novas prescrições, quer de abolir disposições vigentes (desuetudo)*”²⁵³. Também nega à doutrina a qualidade de fonte do direito, ao afirmar que “*nega-se também à ciência a força de criar direito*”, “*não pode nunca por autoridade própria criar ou abolir preceitos jurídicos*”, mas, segundo von Liszt, “*pela hermenêutica, ela pode explicar o conteúdo das disposições legais; pelo*

²⁴⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), p. 93.

²⁴⁹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), 94.

²⁵⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), 97.

²⁵¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), 132.

²⁵² LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881, p. 132.

²⁵³ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brugguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), 133.

desenvolvimento das ideias pode descobrir teses já existentes, mas não expressa nem imediatamente enunciadas”.

Franz von Liszt aborda a situação de uma lei penal com erro de redação, chamando-a de lei defeituosamente redigida, “*quando a declaração mesma da vontade do legislador assenta sobre um erro*”²⁵⁴, no entanto, divergindo novamente de Karl Binding, afirma que “*a lei erroneamente publicada não é lei*” e “*assim em tal caso a falta só pode ser remediada por uma nova publicação que a retifique*”²⁵⁵, jamais pela doutrina e pela jurisprudência.

Ernst von Beling, na obra *Esquema de Direito Penal*²⁵⁶, como é comum entre os penalistas dogmáticos, inicia sua teorização com a discussão sobre as finalidades da pena, para, a partir da escolha de uma justificativa sobre por que punir, construir seu empreendimento teórico na dogmática jurídico-penal. Critica a ideologia da defesa social, dizendo que ela não é “*uma diretriz suficiente para as necessidades da prática legislativa e jurisprudencial*”²⁵⁷, sendo, a seu sentir, no direito penal alemão do seu tempo, que o sentido da “*pena é a retribuição de um mal, regulada pelo Estado como meio para manutenção de sua autoridade, por uma ilicitude cometida por um homem*”²⁵⁸. As medidas que não têm esse fim de causar um “*sentimento de desagrado*”, para Beling, não são penas.

Sobre as fontes do direito, que Beling quase não tratou nessa obra, afirmou que o costume e a analogia não podem justificar uma pena, senão somente a legislação²⁵⁹. Desenvolveu a categoria dogmática da “*Tatbestand*” (tipicidade penal) como “*o conceito troncal do Direito penal, do qual provém os demais conceitos jurídicos penais*”, “*no sentido de que sem aquele não se pode lograr nenhuma determinação*

²⁵⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brigguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), 136.

²⁵⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomos I e II. Traduzido por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Brigguiet & C. Editores, 1899 (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881), p. 136.

²⁵⁶ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*, 11ª ed., 1930].

²⁵⁷ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*, 11ª ed., 1930], p. 22.

²⁵⁸ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*, 11ª ed., 1930], p. 25.

²⁵⁹ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*, 11ª ed., 1930], p. 20.

jurídico-penal concreta e definitiva”²⁶⁰. Colaborou com Franz von Liszt no desenvolvimento de um sistema de imputação racional jurídico-penal, com a ideia fundante no conceito causal-naturalista de ação humana consistente no movimento corpóreo voluntário que produz uma modificação no mundo exterior. O sistema Liszt-Beling teorizou que *“uma ação ‘tipicamente’ antijurídica e culpável é em princípio uma ação punível*”²⁶¹.

Karl Binding, na obra *Manual de Direito Penal alemão (Handbuch des Deutschen Strafrechts*, 1885), adotou a concepção liberal do positivismo jurídico²⁶², e, a partir dela, desenvolveu, na Alemanha, os pressupostos da Escola Técnico-Jurídica da dogmática jurídico-penal centrada exclusivamente no direito penal positivo, afastando-se de influências jusnaturalistas (como na Escola Clássica, com Beccaria, Carrara e, em alguma medida, Feuerbach) e socioantropológicas (como na Escola do Positivismo Criminológico italiano, com Lombroso, Ferri e Garófalo). Binding desenvolveu uma teoria das normas penais, que depois foi adotada como técnica legislativa por todo o mundo ocidental, com a qual formulou que *“o criminoso não infringe a lei penal, mas sim age na medida da descrição do tipo penal”*.

Para Binding, *“dá-se o nome de normas àquelas regras jurídicas que prescrevem os limites de seu comportamento, dado que o criminoso pode apenas infringir a regra*”²⁶³. Günther Jakobs esclarece que não é correto afirmar que *“Binding haja ‘descoberto’ as normas, como correspondente à opinião largamente difundida. Leia-se o decálogo ou o próprio Binding*”²⁶⁴. Com Binding, o tipo penal descreve a conduta criminalizada (ex: “matar alguém”) e a norma penal, que é o produto da interpretação do texto da lei penal e que traz o comando proibitivo, mandamental ou permissivo (ex: “é proibido matar alguém”). A concepção positivista de direito de Karl Binding considera que não é a cominação de sanção a comportamentos contrários à

²⁶⁰ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*], 11ª ed., 1930], 281.

²⁶¹ BELING, Ernst von. **Esquema de Derecho Penal – La doctrina del delito-tipo**. Tradução da 11ª ed. alemã por Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002 (*Grundzüge des Strafrechts – Die Lehre von Tatbestand*, 1930), p. 86.

²⁶² JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade (Bindings Normen und die Gesellschaft**, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 18.

²⁶³ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade (Bindings Normen und die Gesellschaft**, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 13.

²⁶⁴ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade (Bindings Normen und die Gesellschaft**, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 11. Nota de Rodapé n. 03.

norma que separa o direito e a moral, mas sim a coercibilidade dos comportamentos conforme a norma, sendo coercível, para ele, a observância ilimitada da norma jurídica²⁶⁵. Jakobs afirma que “*Binding é um positivista jurídico, mas não um positivista da lei. Direito é para ele uma realização de autoridade da ‘regulação oportuna de um comportamento social’ e se constitui por meio de dois ‘atos’*”, “*primeiro a ‘expressão de um pensamento jurídico’ (um projeto de lei)* e segundo a ‘expressão de uma vontade jurídica’”. Jakobs ainda diz mais sobre a concepção de direito de Karl Binding:

ambos os atos não podem, segundo Binding, ser efetivados apenas pela fala ou escrita, mas também ‘concludente’ (*Konkludent*), de tal forma que ao lado do direito ‘positivado’ (*gesetze*) esteja o ‘não positivado’ (*ungesetze*), geralmente representado como direito consuetudinário, uma representação recusada por Binding, porque não é o costume, mas sim porque os representantes da ‘vontade coletiva’ assim decidiram a ‘aprovação implícita’ das ‘fontes do direito’ sobre os caracteres jurídicos. E mais: “o direito não-positivado é a vontade da fonte do direito, na medida em que é esclarecido de outro modo que não a forma de lei. Ademais, no entendimento de Binding, toda regra jurídica da mesma hierarquia são ‘regras jurídicas latentes’, que podem ser esclarecidas: por meio de uma interpretação retificadora da formulação dos pressupostos implícita das regras jurídicas, pela analogia e outros ainda.

Jakobs, em conclusão, expõe que “*um positivista assim generoso, como Binding o é, toma a regra jurídica penal nulla poena como o espartilho que restringe a dinâmica do direito*”, e “*quando Binding assume que sem os grilhões dessa regra seria constituída uma aceitação geral do direito não-positivado, algo não muito distante do que seria a admissão de uma autorregulação da sociedade*”²⁶⁶. Binding, após críticas como a de Max Mayer, que o comportamento contrário à norma e adequado à cultura não seria criminoso, reformulou sua concepção de positivismo jurídico e passou a admitir a coexistência de um direito escrito e não-escrito, e, mais do que isso, passou a admitir que há uma teleologia²⁶⁷ que deve orientar a interpretação e a integração do ordenamento jurídico, devendo o jurista, diante das regras jurídicas, orientar-se em sua racionalidade pela finalidade e perguntar-se o por quê e o para quê. Para Jakobs, a interpretação da teoria das normas de Binding é a de uma “*interpretação do comando*

²⁶⁵ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade** (*Bindings Normen und die Gesellschaft*, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 14.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade** (*Bindings Normen und die Gesellschaft*, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 18/19.

²⁶⁷ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade** (*Bindings Normen und die Gesellschaft*, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 19.

normativo, com base no sentido social”²⁶⁸. Segundo Sebastián Soler²⁶⁹, Hans Kelsen divergiu da teoria das normas penais de Karl Binding, porque, para Kelsen, o direito é uma ordem heterônoma em relação à moral, a norma é um comando, que, para ter juridicidade, deve contar com uma sanção.

O neokantismo ganhou projeção no direito penal com a introdução de considerações axiológicas e materiais, com Rudolf Stammler e Gustav Radbruch, para os quais a atitude metodológica deve ser orientada por valores. Gustav Radbruch, após sobreviver ao holocausto nazista, publicou o ensaio *Cinco Minutos de Filosofia*, com o argumento da injustiça, pelo qual, quando a lei vigente for manifestamente injusta, ela não é direito e, portanto, os cidadãos e os juízes podem se recusar a cumpri-la. Duas escolas penais neokantistas surgiram, no século XX, a Escola de Marburgo, retornando ao pensamento de Kant de acordo com a obra *Crítica da Razão Pura* (1781), como Edmund Mezger, e a Escola de Baden ou Sudoccidental alemã, que se orientou pelo pensamento de Kant da obra *Crítica da Razão Prática* (1788), como Gustav Radbruch.

Com o neokantismo houve um dualismo metodológico entre as ciências do espírito, como a Dogmática Jurídico-Penal, e a ciências empíricas, como a Criminologia, o que resultou em uma proposta de direito penal no mundo dos valores e desconectada da realidade social. Edmund Mezger, na sua obra *Direito Penal: Parte Geral (livro de estudo)*²⁷⁰, sobre os fundamentos da ciência do direito penal do seu tempo, afirma que ela se assenta, em primeiro lugar, nas normas legais do direito vigente; e as normas são os meios para a realização valorativa²⁷¹; discordou de Radbruch e entendeu que os juízos de valor podem ser acessíveis a considerações científicas, enquanto aquele dizia que não podiam ser objeto de conhecimento, mas só

²⁶⁸ JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade** (*Bindings Normen und die Gesellschaft*, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 21.

²⁶⁹ SOLER, Sabastián. **Derecho penal argentino**. 4ª ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1987, p. 142/144: “Binding, dice Kelsen, de una cuestión de palabras hace toda una doctrina. Para ello, parte del dicho vulgar según el cual el delincuente viola la ley penal. Para Binding, lo que se viola no es la ley penal, sino un precepto distinto y autónomo, la norma, precepto de derecho no legislado, al cual no teme darle la misma jerarquía que al legislado. Pero, sea o no así, esa doctrina olvida que el deber contenido en la ley penal es tan intangible o inviolable como de la norma. Lo que ataca, quebranta o destruye y lacto ilícito no es una norma ni una ley, sino un estado real ‘de paz’, en sentido de equilibrio mantenimiento de los bienes que el derecho tutela. El hecho es contrario a la norma cuando es lo contrario de lo que la norma quiere que ocurra, cuando es opuesto al fin de la norma. (...)”. Nota de Rodapé n. 24: “Kelsen, Hauptprobleme der Saatsrechtslehre, cap. X”.

²⁷⁰ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch*, 6ª ed, 1955).

²⁷¹ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch*, 6ª ed, 1955), p. 44.

de reconhecimento²⁷²; esclareceu, no paradigma neokantiano, que “*a consideração lógica e axiológica da matéria (direito penal), se agrega, como terceiro e seguro elemento, o aspecto científico do ser, vale dizer, no sentido literal e não propriamente filosófico do termo, o aspecto ontológico*”.

Sobre as fontes do direito penal, especialmente sobre a lei penal, Mezger afirmou que “*o direito penal penetra tão profundamente na liberdade, na honra, no patrimônio e na vida mesmo dos homens, que se apresenta a necessidade imperiosa de circundar sua ação com garantias especiais*”²⁷³. Quanto às fontes do direito, apontou que somente a lei penal pode punir, de modo que “*nenhum tribunal pode declarar punível ação alguma sobre a base da analogia ou em virtude do chamado ‘são sentimento do povo’ como tem ocorrido até o momento no direito penal alemão*”; “*estão proibidos, por conseguinte, o direito consuetudinário e a analogia*”²⁷⁴. Sobre as diferenças entre o direito penal nas tradições *civil law* e *common law*, Mezger asseverou que “*difícilmente pode se comparar nesta matéria o direito anglo-norteamericano com os direitos escritos*”, porque, na sua opinião, “*em virtude da coordenação do ‘Common Law’ (direito consuetudinário), ‘Statute Law’ (Direito escrito) e ‘Judiciary Law’ (direito judicial), imperam princípio totalmente distintos*” e, mais, “*também se admite fundamentalmente o princípio ‘Judge made law’ (o juiz cria direito) (v. também A. ROSS, *Theori der Rechtsquellen – Teoria das fontes jurídicas*, 1929, p. 97)*”²⁷⁵.

Hans Welzel, na sua obra *Direito Penal: Parte Geral*²⁷⁶, afirma, no início, que a ciência do direito é uma ciência “*prática, senão também, em um sentido mais profundo, porque é uma teoria do atuar humano justo e injusto, de modo que suas últimas raízes chegam até os conceitos básicos da filosofia prática*”²⁷⁷. Para Welzel, a missão do direito penal é a “*proteção dos valores ético-sociais elementares do ser (de ação), e, só*

²⁷² MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)*. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch, 6ª ed, 1955*), p. 45.

²⁷³ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)*. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch, 6ª ed, 1955*), p. 62.

²⁷⁴ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)*. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch, 6ª ed, 1955*), p. 64.

²⁷⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)*. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch, 6ª ed, 1955*), p. 65.

²⁷⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

²⁷⁷ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 01.

depois, incluindo nela, o amparo dos bens jurídicos individuais”²⁷⁸. Sobre as fontes do direito penal, Hans Welzel enumera leis penais positivas e a repositórios da jurisprudência da Corte Suprema²⁷⁹.

Em relação ao fundamento jurídico da pena, Welzel apontou que é o crime, isto é, “a ação intolerável para o grupo submetido a uma ordem jurídica, particularmente reprovável desde o ponto de vista ético-social”, e, quanto ao fundamento jurídico das medidas de segurança, “é a periculosidade do autor para a sociedade, relevada pela repetição dos delitos”²⁸⁰. Em comentário ao princípio da legalidade penal, Welzel não admite a criação de tipos penais e penas *extralegais*, seja por analogia seja pelo direito consuetudinário; compreende que a legalidade penal exige a existência prévia do tipo penal. Historiciza que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* não foi um princípio do direito romano nem do direito alemão antigo, mas foi produto das primeiras revoluções liberais, a norte-americana de 1776 e a francesa de 1789, cuja fórmula latina foi introduzida no direito penal por Feuerbach. Comentou que o regime nazista na Alemanha suspendeu a legalidade penal, para permitir a punição extralegal baseada no “são sentimento do povo”²⁸¹.

Sobre a interpretação da lei penal, Welzel diz que o juiz deve levar em conta, ao lado do significado das palavras da lei, também seu objetivo e sentido, para cujo conhecimento são importantes os antecedentes históricos e a relação das disposições entre si e com outras já existentes. Afirma que “é menos decisiva a vontade subjetiva do legislador histórico, que o sentido objetivo da lei nos limites da sua redação (teoria objetiva de interpretação)”. Admite, com critérios, a interpretação extensiva da lei penal, “quando há que se valer, em crime de uma interpretação estreita das palavras, o sentido razoável do tipo; é inadmissível quando com ela se chega a abarcar casos não compreendidos pelo sentido declarado do tipo”²⁸².

Estrutura a sua concepção finalista de sistema de imputação racional jurídico-penal, a partir da ação humana como ideia fundante, que, para Welzel, consiste no

²⁷⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 05: “bem jurídico é um bem vital do grupo ou do indivíduo, que em razão de sua significação social, é amparado juridicamente” (p. 05/06).

²⁷⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 19/21.

²⁸⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 22.

²⁸¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 27.

²⁸² WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 28.

comportamento direcionado a uma finalidade. Após as críticas de não conseguir explicar os crimes culposos, alterou a concepção finalista de ação humana, de acordo com uma teoria biocibernética, para o comportamento controlado e governado pela vontade. É famosa a sua frase “*por isso, graficamente falando, a finalidade é ‘vidente’; a causalidade é ‘cega’*”²⁸³. Welzel desenvolve uma teoria das estruturas lógico-objetivas ou lógico-reais (*sachlogische Strukturen*), que impõe limites ao legislador e demais fontes do direito, de modo que a estrutura real dos objetos de conhecimento limita a valoração às suas condições lógicas do ser, isto é, “*são estruturas da matéria de regulação jurídica destacadas pela lógica concreta (Sachlogik), que se orienta diretamente na realidade, objeto do conhecimento*”²⁸⁴. Por isso, em relação à concepção finalista de ação humana, ideia fundante do sistema penal, Welzel diz que “*sem esta legalidade ontológica específica da estrutura da ação não se pode compreender em absoluto o delito*”²⁸⁵.

Diferentemente das escolas anteriores, o finalista, orientando-se pelas estruturas lógico-objetivas, compreendeu que o dolo natural e a culpa integram o conteúdo da conduta e, portanto, estão dentro do Fato Típico, e não na Culpabilidade. Para Welzel, “*o dolo penal tem sempre duas dimensões: não é somente a vontade tendente à concreção do fato, senão também a vontade apta para a concreção do fato*” e, mais, “*dolo é conhecimento e querer a concreção do tipo*”²⁸⁶. A estrutura ontológica do ser limita o *dever-ser*. Com isso, Hans Welzel tentou impor limites ontológicos ao legislador e reformulou todas as categorias do sistema de imputação racional jurídico-penal.

Esse empreendimento teórico de Hans Welzel tem bases na fenomenologia, mas, ainda assim, em uma vertente dentro do quadro da filosofia da consciência, o que é justificável, pois foi o máximo que a teoria do conhecimento predominante no seu tempo histórico conseguiu avançar. O Finalismo de Welzel, tal como o reconhecimento

²⁸³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39.

²⁸⁴ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3ª ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011 (*Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 1960), p. 10.

²⁸⁵ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 48.

²⁸⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 74.

de José Cereza Mir²⁸⁷, exerceu grande influência na Ciência do Direito Penal europeia e latino-americana. No Brasil, Heleno Cláudio Fragoso foi o penalista brasileiro responsável pela tradução e introdução da doutrina finalista de Welzel no Brasil²⁸⁸. A Comissão de Juristas²⁸⁹, sob a coordenação de Francisco de Assis Toledo, que cuidou da Reforma da nova Parte Geral do Código Penal e culminou na Lei 7.209/84, adotou as ideias da dogmática jurídico-penal finalista de Hans Welzel.

Outras importantes contribuições foram dadas por Welzel. Desenvolveu o princípio da adequação social, com o qual uma conduta, embora descrita formalmente em um tipo penal, não será materialmente crime, se for socialmente adequada, ou seja, trata-se de uma “*atividade que se mova dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social, estabelecidos através da história*”²⁹⁰. Conseguiu demonstrar que a ação humana que atua acobertada por uma excludente de ilicitude tem um elemento subjetivo específico de assim agir²⁹¹, enquanto as escolas penais anteriores contentavam-se apenas com os elementos objetivos de uma justificante, como a legítima defesa. E, no âmbito da Culpabilidade, como terceiro elemento do sistema de imputação racional jurídico-penal, Welzel também operou profundas transformações, com a teoria normativa pura da culpabilidade, a partir da qual essa categoria passou a ser compreendida como um juízo de reprovação social sobre o injusto penal, cujo fundamento material é a liberdade do agente, com o qual se verifica se o agente “*podia-agir-de-outro-modo*”²⁹², e tem, como elementos, a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Claus Roxin, na sua principal obra *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I – Fundamentos. A estrutura da teoria do delito*²⁹³ (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I:*

²⁸⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3ª ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011 (*Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 1960), Posfácio de José Cerezo Mir, p. 220.

²⁸⁸ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 3ª ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011 (*Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 1960), Posfácio de José Cerezo Mir, p. 187.

²⁸⁹ Comissão presidida por Francisco de Assis Toledo e composta por Francisco de Assis Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti; e, na fase de revisão, composta ainda por Dínio de Santis Garcia e Jair Leonardo Lopes.

²⁹⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 63.

²⁹¹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 96.

²⁹² WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 162.

²⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e

Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre) dedica um denso Capítulo (§5^{o294}) ao princípio da legalidade e sua relação com a interpretação e vigência das leis penais, abordando também as fontes do direito penal. Apresenta as bases filosóficas e dogmáticas da sua proposta de um sistema de imputação racional-teleológico jurídico-penal, cujas categorias são ressignificadas por orientações político-criminais²⁹⁵, de acordo com a sua teoria do bem jurídico e os caráter subsidiário e fragmentário do direito penal mínimo.

Roxin teorizou um conceito material de crime consistente na ofensa intolerável e significativa ao bem jurídico-penal, constitucionalmente digno de tutela penal proporcional. Essa concepção de bem jurídico, que ele chama de “*conceito metodológico de bem jurídico*”²⁹⁶, exerce uma crítica ao legislador, com a ideia de bem jurídico derivado da Constituição²⁹⁷. Esse conceito de bem jurídico é prévio ao legislador, mas é posterior à Constituição. Bens jurídico-penais, para Roxin, “*são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento*”, “*no marco de um sistema social global estrutura sobre a base dessa concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema*”²⁹⁸. Afirma que essa concepção de bem jurídico é dinâmica, dentro do marco das finalidades constitucionais, está aberta à mudança social e aos progressos do conhecimento científico²⁹⁹.

Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*).

²⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 134/174.

²⁹⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 216/232.

²⁹⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 54.

²⁹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 55.

²⁹⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 56.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 58.

Para Roxin, o direito penal, entre todos os instrumentos de política social, é a *última ratio*, o que justifica sua natureza subsidiária; e, ainda, não protege todos os bens jurídicos previstos, expressa e implicitamente, na Constituição, e, mesmo diante desses bens jurídicos-penais, a intervenção penal só será legítima diante de uma ofensa intolerável e significativa, isso justifica, para Roxin, a sua natureza fragmentária³⁰⁰. Roxin afirma que essa limitação (subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal) desprende-se do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, deriva do princípio do Estado de Direito, na Constituição³⁰¹. Os bens jurídicos não podem ser protegidos com excesso (proibição do excesso ou *übermassverbot*) nem de forma deficiente (proibição da proteção deficiente ou *untermassverbot*), devem sim serem tutelados, nem mais nem menos, o suficiente.

Propõe, ao lado das penas e das medidas de segurança, a reparação dos danos, como uma *terceira via do Direito Penal*³⁰², não como uma questão meramente jurídico-civil, mas contributiva para os fins da pena, que, para Roxin, tem funções político-criminais preventivas gerais e especiais. Sobre o princípio da legalidade penal, Roxin afirma que “*um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não só mediante o Direito Penal, senão também do Direito Penal*”³⁰³ e “*que o ordenamento jurídico não só há de dispor de métodos e meios adequados para a prevenção do delito, senão que também há de impor limites ao emprego da potestade punitiva*”, “*para que o cidadão não fique*

³⁰⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 65.

³⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 65.

³⁰² ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 108/110: “*La legitimación políticojurídica de la reparación del daño como una ‘tercera vía’ de nuestro sistema de sanciones la proporciona el principio de subsidiariedade (cfr. §2º, nm. 28 ss.). Así como la medida sustituye o completa la pena como ‘segunda vía’ donde ésta, a causa del principio de culpabilidad, no puede, o sólo de forma limitada, satisfacer las necesidades preventivos especiales, del mismo modo la reparación del daño sustituirá como ‘tercera vía’ a pena, o la atenuaría complementariamente allí donde satisface los fines de la pena y las necesidades de la víctima igual o mejor que una pena no atenuada. Ciertamente todo esto es hasta ahora más programa que realidad: sólo se podrá hablar de un Derecho Penal de três vías (em vez del actual de dos vías), cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual.*”

³⁰³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 137.

*desprotegido e à mercê de uma intervenção arbitrária ou excessiva do 'Estado Leviatã'”*³⁰⁴. Como exemplos desses limites ao poder punitivo estatal, Roxin aponta o princípio da culpabilidade, o princípio da proporcionalidade e, em especial, o princípio da legalidade, que, a seu sentir, “*serve para evitar uma punição arbitrária e não calculável sem lei ou baseada em uma lei imprecisa ou retroativa*”³⁰⁵.

Referente às quatro consequências ou corolários do princípio da legalidade penal, Claus Roxin afirma que estão “*plasmadas em forma de proibições*”³⁰⁶: a proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*); a proibição do costume fundamental ou agravar a pena (*lege scripta*); a proibição da retroatividade³⁰⁷ (*lege praevia*); a proibição de leis penais e penas indeterminadas (*lege certa*). Identificou que o direito romano e o direito medieval previam, em certa medida, a proibição de retroatividade no direito penal, mas usavam o costume e o arbítrio judicial como fontes do direito. Apontou também que atualmente o princípio da legalidade tem vigência no âmbito internacional e supranacionais.

As raízes³⁰⁸ da teoria do Estado, para Roxin, estão no princípio da legalidade: o liberalismo político, que exige a vinculação dos poderes executivo e judiciário às leis formuladas de modo abstrato, de maneira que o fim da legalidade penal “*é a ideia da proteção da confiança, da previsibilidade e da calculabilidade do Direito penal, o da*

³⁰⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 137.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 137.

³⁰⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 140.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 140/141: “*Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; o respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p. ej. Prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p. ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas três formas de retroactividad sob constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su classe o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho (para más detalles nm. 51 ss.)”*.

³⁰⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 144/146.

evitação de decisões no caso concreto manchadas emocionalmente”, “ou quando se considera a ‘proteção da liberdade individual frente à arbitrariedade judicial’ como missão da proibição da analogia ou da indeterminação”³⁰⁹; democracia e divisão de poderes, com um ponto fundamental sobre a legalidade, destacado por Roxin, consistente “na aplicação da pena constitui uma ingerência tão dura na liberdade do cidadão” que “a legitimação para determinar seus pressupostos só pode residir na instância que representa mais diretamente o povo como titular do poder do Estado: o Parlamento como representação do povo”³¹⁰; quanto ao papel do juiz, Roxin destaca, nessa fundamentação política, que “mediante a divisão de poderes, que se expressa no princípio da legalidade, se libera o juiz da função de criação do Direito e se lhe reduz à função de aplicar o Direito”³¹¹; a prevenção geral, como terceira fundamentação da legalidade penal, tanto, no aspecto positivo, com a intimação da sociedade (lembrou de Feuerbach), quanto, no aspecto negativo, com a estabilização da fidelidade ao Direito conforme a expectativa dos destinatários de se comportarem conforme as normas jurídicas (lembrou de Jakobs); o princípio da culpabilidade, uma vez que uma pessoa só pode sofrer um juízo de reprovação social se, conhecendo a lei penal e tendo liberdade para agir conforme o direito, decide lesionar ou expor a perigo o bem jurídico-penal.

Roxin compreende que o sentido literal do texto legal, na linguagem corrente, é um limite à interpretação judicial, embora esteja de acordo que “atualmente há um acordo unânime no sentido de que essa concepção mecanicista do juiz é impraticável”, “todos os conceitos que a lei emprega (com a exceção de números, datas, medidas e similares) admitem em maior ou menor medida vários significados”³¹². Não reconhece a jurisprudência como fonte do direito penal, assim como o costume, que, embora o legislador propositalmente, por alguma razão, possa delinear algum espaço para

³⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 144/145.

³¹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 145.

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 145.

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 148.

reconhecimento de costumes, porque não é possível enumerar todas as situações ou para não bloquear a evolução científica mediante uma fixação escrita de um estado de conhecimento que depois restará superado, (o legislador) pode deixar aberto amplos campos para as decisões judiciais buscarem o complemento. No entanto, para Roxin, mesmo assim, “*os tribunais decidem nesses campos e em outros similares, simples e só é um resultado da interpretação e não tem nunca – ainda que haja uma jurisprudência constante – o caráter normativo vinculante do Direito consuetudinário*”³¹³.

Sobre a proibição de retroatividade, Roxin entende que diz respeito a todos os pressupostos da punibilidade do direito penal material. Porém, sobre a (im)possibilidade de retroatividade de nova jurisprudência *in malam partem*, Roxin compreende que a proibição da retroatividade não se aplica à jurisprudência, mas apenas à lei. Afirma que poderá o agente se valer, como exculpante, do erro de proibição, que exclui a culpabilidade, e, por conseguinte, o crime. Assevera, com isso, que “*se o tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado como o havia feito a jurisprudência anterior, este tem que a suportar*”, “*pois, conforme seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravação retroativa, senão a realização de uma vontade da lei*”, “*que já existia desde sempre, mas que só agora tem sido corretamente reconhecida*”³¹⁴. Defende que não é possível estender essa garantia, pois “*equipararia legislação e jurisprudência*”. Aponta que a solução, a seu sentir, é o reconhecimento judicial do “*erro de proibição não culpável, e para isso não é preciso estender o art. 103 II GG [proibição de retroatividade] às mudanças jurisprudenciais*”³¹⁵.

E, quanto à proibição da indeterminação das leis penais e das penas, Roxin diz que “*tem razão Welzel em sua frase, frequentemente citada: ‘o autêntico perigo que ameaça o princípio nulla poena sine lege não procede da analogia, senão das leis penais indeterminadas*”³¹⁶. Sobre isso, Roxin diz que não há como evitar algum grau

³¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 160.

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), 165.

³¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 166.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e

de indeterminação da lei penal e o ponto nevrálgico são os elementos normativos ou valorativos do tipo penal, com os quais o legislador delega um juízo de valor ao juiz, no entanto, é preciso encontrar um limite e “*a solução correta haverá que buscar pela via que prefiguram os princípios da interpretação no Direito Penal (nm. 26 ss.)*”, “*segundo os mesmos, um preceito penal será suficientemente preciso e determinado se e na medida em que dele mesmo se possa deduzir um claro fim de proteção do legislador*” e “*que de todo modo o teor literal siga marcando limites a uma extensão arbitrária da interpretação*”³¹⁷.

Com todo esse panorama, desde escolas penais do início do direito penal moderno até as mais contemporâneas, é visível que todas elas, heterogêneas em suas propostas criminológicas, político-criminais e dogmáticas jurídico-penais, partilham da mesma filosofia da consciência, a partir da qual, cada uma delas para o rumo que tomaram, de acordo com os fins da pena e as missões do direito penal que elegeram, construíram suas concepções de direito penal, e, no que nos interessa, de fontes do direito penal e, em especial, de legalidade penal. Buscaram a condição de possibilidade do conhecimento a partir de uma relação metafísica entre o sujeito pensante e o objeto observável, trabalhando, em dimensões semióticas, apenas com a sintaxe e a semântica. Não há nenhuma abordagem ou análise das fontes do direito penal e, em especial, da legalidade penal, na dimensão semiótica da pragmática.

Mesmo Claus Roxin, o último penalista que mencionei e cuja publicação de suas obras nos é mais contemporânea, ele defende, por exemplo, que a garantia da proibição da retroatividade não se aplica também à jurisprudência, em alguma medida, primeiro, por trabalhar dentro do quadro da filosofia da consciência, e, segundo, por estar limitado a concepções iluministas – como se elas fossem estáticas – sobre o liberalismo político, a democracia, a separação dos poderes, a prevenção geral, que forneceram, naquela época, fundamentos políticos às fontes do direito penal, mormente à legalidade penal.

1.4 A MODERNA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL

Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 170.

³¹⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*), p. 172.

Após a análise de boa parte dos livros de Parte Geral do Direito Penal³¹⁸, de penalistas brasileiros clássicos, de penalistas contemporâneos cujas obras estão entre as

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007; CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020; SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020; JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022; JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011; ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 01. 21ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2019; MIRABETE, Julio Fabbrinni, **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito Penal. Parte Geral. Lições Fundamentais**. 7ª ed. Belo Horizonte: D'Plácito, 2022; MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2022; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020; NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2021; GALVÃO, Fernando. **Direito Penal. Parte Geral**. 15ª ed. Belo Horizonte: D'Plácito, 2022; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2019; ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Direito Penal brasileiro: Parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016; PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro. Parte Geral**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2021; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Penal. Partes Geral e Especial**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022; SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; COSTA, Álvaro Mayrink. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. Rio de Janeiro, 2015; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal**. Volume único. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020; BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. Vol. 01. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010; REALE JR., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020; REALE JR.; Miguel. **Instituições de Direito Penal. Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume 01. Tomo 02**. Atualizado por René Ariel Dotti. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora GZ, 2014; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Observações sobre o princípio da reserva legal**. Revista de Direito Penal. N. 01. Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Rio de Janeiro: Borsoi, Jan-Mar/1971, p. 78/88; GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. Vol. 01, Tomo I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro**. Vol. 01. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011; TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Branch, 2020; TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais**. Vol. 01. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020; ISHIDA, Váter Kenji. **Curso de Direito Penal**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020; LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991; HASSEMER, Winfried. **Direito Penal. Fundamentos, Estrutura e Política**. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008; HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Allen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004; GRECO, Luís. **Lo vivo e lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2015; ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019; ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco,

mais comercializadas atualmente no mercado editorial nacional³¹⁹ e de penalistas estrangeiros cujas obras foram traduzidas para o português e são comercializadas atualmente no Brasil, ou seja, da literatura disponível para instruir o acadêmico no ensino jurídico e para ser usada pelo profissional do direito em sua prática forense, é possível verificar que a concepção dominante sobre a teoria das fontes do direito penal insere-se no quadro da filosofia da consciência e trata-se de uma replicação, superficial e desatualizada, reproduzida em poucas páginas de um manual, sem muito interesse no aprofundamento, de forma acrítica e a partir do que as escolas penais desde Feuerbach vêm afirmando como concepção moderna de lei penal, em detrimento das demais fontes do direito. Trata-se de uma explicação, nesses livros, sobre as fontes do direito penal que não capta a atualidade das práticas jurídicas no atual direito penal brasileiro, como se demonstrará na Parte II, Capítulos 3 e 4, dessa tese. A maneira como a literatura penal nacional *mainstream* aborda as fontes do direito penal e o princípio da legalidade penal é um exemplo de *senso comum dos juristas*³²⁰ no âmbito do direito penal.

Em geral, os penalistas, nas obras que me referi acima, usam a classificação de fontes de produção ou material, para o ente federativo, com autoridade manifestada na competência legislativa prevista na Constituição Federal; e de fontes de conhecimento

Alaor Leite e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2014; BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 01. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967; SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Organização e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013; SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito Penal, Racionalidade e Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018; BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado Fundamento do direito de punir**. 2ª ed. Apêndice em **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, 2003; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C Editores proprietários, 1892; SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003; LYRA, Roberto. **História do Direito Penal**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal n. 14, Ano IV, Rio de Janeiro: Instituto de Criminologia da UERJ, Jul-Set/1966, p. 07/19; LYRA, Roberto. **O presente e o futuro do Direito Penal**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 15, Ano IV, Rio de Janeiro: Instituto de Criminologia da UERJ, Out-Dez/1966; LYRA, Roberto. **O Novo Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971; NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1967; COSTA JR., Paulo José. **Curso de Direito Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006; BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1954; MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012; COÊLHO, Yuri Carneiro. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³¹⁹ Pesquisei o *ranking* dos livros de direito penal, parte geral, mais vendidos no Brasil nos sites de livrarias virtuais, como, por exemplo, na *Amazon*, na *Saraiva* e na *Cultura*.

³²⁰ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral do Direito I**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

ou formais, para os instrumentos normativos com os quais a autoridade se comunica com os destinatários e deles nutre a expectativa de obediência, sob a coerção de sanções.

À título de amostragem, o livro *Direito Penal: Parte Geral* de Damásio Evangelista de Jesus foi durante décadas um dos mais vendidos no mercado editorial brasileiro³²¹ e influenciou, não só para uma geração de penalistas paulistas, gerações de acadêmicos e juristas em todo o país, muito embora esse autor tenha adotado uma concepção de *finalista dissidente*, minoritária e criticável, produto da sua interpretação pessoal sobre a obra de Hans Welzel, ao defender um conceito bipartido de crime, consistente apenas no injusto penal (fato típico e ilicitude) e ao defender a culpabilidade como pressuposto da pena. No Capítulo II desse comentado livro, Damásio, em 18 páginas, fornece a sua explicação sobre as fontes do direito penal. Tenta fornecer um conceito de fonte, oportunidade na qual replica – semelhante à maioria dos outros autores – que “*é o local onde nasce água*” e, complementa, “*juridicamente, fonte é o lugar donde provém a norma de direito*”³²².

Quanto à fonte de produção, Damásio aponta que “*é o Estado, órgão criador do Direito Penal*”, e, de acordo com o art. 22, I, da Constituição Federal brasileira, aponta que compete à União legislar sobre o direito penal. Nada comenta sobre a possibilidade prevista no parágrafo único desse art. 22, referente à competência suplementar dos Estados-membros para legislar sobre questões específicas mediante lei complementar federal. E quanto às fontes formais, Damásio a elas se refere como “*processos de exteriorização do Direito Penal ou de se revelarem as suas regras*”³²³, apontando, como fonte formal imediata, “*a lei, em sentido genérico*”, e, como fontes formais mediatas, “*os costumes e os princípios gerais do direito*”. Afirma, de modo muito questionável, que a “*forma de elaboração legislativa (do tipo penal) deriva do princípio de reserva legal (nullum crimen, nulla poena sine lege)*”. Compreende que a norma penal está oculta na lei penal, como se o intérprete a extraísse ou a descobrisse no texto legal, o que denota, também nesse ponto, a sua racionalidade de acordo com a filosofia da consciência³²⁴. Aborda as *normas penais em branco*, expressão usada por

³²¹ Essa é uma percepção pessoal que tenho, a partir do prestígio do legado imaterial de Damásio de Jesus.

³²² JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

³²³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

³²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57: “*Assim, no art. 121, caput, do CP, o legislador define o crime de homicídio na seguinte*

Karl Binding, espécie de normas penais incompletas, cujo complemento, se for dado pela mesma fonte formal da norma incriminadora, trata-se de *norma penal em branco homogênea ou em sentido lato*, e, se for dado por “*outra instância legislativa*”³²⁵, segundo Damásio, cuida-se de *norma penal em branco heterogênea ou em sentido estrito*, ressalvando que “*podendo o complemento ser elaborado por autoridades municipais e estaduais*”, “*e anotando que só a União pode legislador sobre Direito Penal, excepcionalmente, o conteúdo da lei penal incriminadora pode ser completado por órgão outro que não aquela*”³²⁶.

Refere-se às lacunas da lei penal, diante da impossibilidade de previsão de todas as situações pelo legislador, e aponta, como processos de integração da lei, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB). Damásio afirma que “*assim, não possuem lacunas as normas penais incriminadoras, em face do princípio de reserva legal*”, já “*as normas penais não incriminadoras, porém, em relação às quais não vige aquele princípio, quando apresentam falhas ou omissões, podem ser integradas pelos recursos fornecidos pela ciência jurídica*”³²⁷. Damásio conceitua os costumes, aponta seus elementos objetivo e subjetivo, elenca suas espécies e afirma quais delas pode ser fonte formal mediata do direito penal: o costume *secundum legem* e o costume *praeter legem* podem ampliar as hipóteses de exclusão do crime³²⁸. O costume *contra legem* não pode revogar uma lei penal, por causa do art. 2º da LINB; e o costume *praeter legem* não pode criar crimes e penas, em razão do princípio da legalidade penal.

Para Damásio, os princípios gerais do direito são premissas éticas extraídas por indução das leis. Entende que é possível usar os princípios gerais do direito para absolver um acusado, embora haja fato típico, e, para demonstrar isso, cita o exemplo da mãe que fura a orelha de filha recém-nascida. Nesse ponto, ignora as novidades dogmáticas como a tipicidade material, que, nesse exemplo, seria excluída pelo

proposição: Matar alguém. Esse é o comportamento humano ilícito. De forma oculta, existe o mandamento proibitivo ou regra imperativa: Não matarás. No art. 155, caput, temos a definição da figura típica fundamental do crime de furto: ‘Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel’. De notar-se que o Código não diz ‘não furtarás’, que é o mandamento proibitivo. Este existe oculta ou implicitamente na norma”.

³²⁵ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 65.

³²⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

³²⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67/68.

³²⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

princípio da adequação social, que não é um princípio geral do direito, mas um princípio jurídico e, portanto, nessa ilustração, não haveria sequer fato típico. Sobre a equidade, Damásio, a partir de Luis Jiménez de Asúa, a conceitua como “*a perfeita correspondência jurídica e ética das normas às circunstâncias do caso concreto*”, aponta que tem duas funções, uma na elaboração da norma como critério político e ético, bem como outra na interpretação da norma como princípio da igualdade, no entanto, afirma que não é fonte do Direito Penal, ressalvado os casos de equidade nas situações de aplicação de perdão judicial.

Quanto à doutrina, Damásio afirma que também não é fonte do direito penal, destacando que o doutrinador “*não cria direito e sim faz política legislativa*”³²⁹. Também afirma que a jurisprudência não é fonte do direito penal, com o comentário de que “*se uma orientação é adotada seguidamente pelos magistrados superiores, presume-se que seja a mais acertada. Mas, dizer daí que é fonte formal, vai grande distância*”³³⁰. E, finalizando o capítulo sobre as fontes do direito penal, Damásio ainda comenta sobre os tratados e convenções internacionais, destacando a opinião de Roberto Lyra, quem defende que são fontes do direito penal, e a opinião de Magalhães Noronha, quem defende que só após a sua ratificação, seria fonte. Damásio ainda lembra que, com a EC 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a depender do procedimento de ratificação, podem ter força normativa equivalente à de emendas constitucionais, encerra sua abordagem sobre esse tema, sem se posicionar pessoalmente se os tratados e as convenções internacionais seriam, ou não, fontes do direito penal.

Essa forma de Damásio de Jesus abordar o tema das fontes do direito penal está replicada na maioria dos livros que mencionei anteriormente e em nota de rodapé n. 318.

Luiz Flávio Gomes aprofundou um pouco mais sobre o tema das fontes do direito penal, embora suas explicações também estejam dentro do quadro da filosofia da consciência e limitadas pelas promessas da modernidade de acordo com as concepções tradicionais do direito penal liberal, com algumas atualizações do que chamou de Estado Constitucional e Humanista de Direito, erigido pela Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, premissas com as quais construiu sua teoria

³²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

³³⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73.

constitucionalista do crime³³¹, também em uma concepção bipartida, compreendendo o crime como “fato formal e materialmente típico + contrário ao Direito (antijuridicidade)”³³² e também compreendo a culpabilidade um pressuposto da pena.

No seu livro *Direito Penal: Parte Geral*, na Coleção Ciências Criminais, Luiz Flávio Gomes dedicou o Capítulo 1 às fontes do direito penal (em 06 páginas) e os Capítulos 2 e 3 ao princípio da legalidade penal (em 12 páginas). Classificou as fontes do direito penal em: fontes materiais (quem pode criar normas penais), fontes formais (maneira de exteriorização do direito penal) e fontes informais (refere-se aos costumes)³³³. Apontou como fontes materiais do direito penal, de acordo com o art. 22, I e p. único, da Constituição brasileira, a União e, com competência suplementar, os Estados-membros³³⁴, se autorizados por lei complementar federal. Enumerou, como fontes formais imediatas, a Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos, as leis e a jurisprudência; como fontes formais mediatas, a doutrina; e, como fontes informais, os costumes. Disse também que “*para a criação de crimes e penas vigora o princípio da reserva legal (ou seja: nesse caso, a lei formal aprovada pelo parlamento é absolutamente indispensável)*”³³⁵. Mencionou o julgamento do RE 466.343/SP, pelo Plenário do STF, em 03.12.2008, no qual prevaleceu “*a tese do Min. Gilmar Mendes, no sentido de que tais tratados contam com valor supralegal*” e “*a lei ordinária incompatível com o tratado não possui validade*”, embora esse tratado não revogue o texto constitucional³³⁶. Ainda afirmou que um tratado internacional só pode definir crimes e penas, como fontes formais imediatas de normas penais incriminadoras, no direito penal internacional³³⁷ como, por exemplo, o Estatuto de Roma, que descreve, à

³³¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 138 e 142.

³³² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

³³³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

³³⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27: “*Capacidade legislativa dos Estados membros: conduto, lei complementar federal pode autorizar os Estados membros a legislar sobre Direito penal, porém, somente em questões específicas de interesse local (CF, art. 22, parágrafo único). Sublinhe-se: questões específicas. Por exemplo: uma regra penal sobre trânsito em uma determinada localidade, sobre meio ambiente em uma região etc. Logo, nenhum Estado está autorizado a legislar sobre temas fundamentais do Direito Penal (sobre o princípio da legalidade, sobre as causas de exclusão da antijuridicidade, sobre a configuração do delito etc.)*”.

³³⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

³³⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

³³⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

guisa de ilustração, os crimes contra a humanidade, porque, dentro de um Estado soberano, por força do princípio da legalidade penal, vige a ideia de *lex populi*³³⁸, cujos crimes e penas devem ser criados diretamente por determinado povo, mediante seu Parlamento local.

Por isso, Luiz Flávio Gomes compreendeu “*a lei como fonte única do Direito penal incriminador interno*”³³⁹. Essa mesma garantia impede que crimes e penas sejam criados pela Constituição, Emendas Constitucionais, Tratados Internacionais, Medidas Provisórias, Leis Delegadas e qualquer outro instrumento normativo, senão as leis ordinária ou complementar federais. Sobre a jurisprudência, Luiz Flávio Gomes diz que “*a doutrina clássica sempre subestimou o valor da jurisprudência como fonte formal imediata do Direito Penal*” e, hoje, “*já não se pode desqualificar a jurisprudência como fonte imediata importantíssima do Direito*”³⁴⁰, cita como exemplo as regras jurisprudenciais sobre o crime continuado. E ainda afirma que “*a jurisprudência exerce papel ímpar na ‘criação’ (definição) do Direito, sobretudo agora com o poder do STF de editar ‘súmulas vinculantes’*”³⁴¹. Luiz Flávio Gomes também elenca a jurisprudência internacional da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos como fonte formal imediata do direito penal³⁴². Também considera a Súmula Vinculante do STF como fonte formal imediata do direito penal³⁴³.

³³⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37 e 41: “*De todas as dimensões da garantia do princípio da legalidade merece mais considerações a segunda, isto é, a garantia da lex populi, que significa, como vimos, que a lei penal criminalizadora ou penalizadora (ou seja: o Direito penal incriminador) deve obrigatoriamente emanar do Poder Legislativo, como expressão da vontade geral (rectius: de todos que estão vinculados ao ‘contrato social’). Apenas a lei formal, aprovada pelo poder Legislativo, é que comanda o âmbito do Direito Penal incriminador interno (que cria o crime ou a pena)*” (p. 41).

³³⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

³⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

³⁴¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

³⁴² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28: “*Considerando-se a subordinação do Brasil ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, impõe-se recordar que a Jurisprudência, tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, também constitui fonte formal imediata do Direito penal (em geral). Quem quer conhecer o Direito penal e processual penal vigentes hoje no Brasil deve estudar, também, essa jurisprudência. É fundamental conhecer tanto a jurisprudência interna quanto a jurisprudência internacional (sobretudo da Corte Interamericana de Direitos humanos)*”.

³⁴³ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

Quanto à doutrina, Luiz Flávio Gomes diz que é a única fonte formal mediata do direito penal, ou seja, “*a que explica ou interpreta as fontes formais imediatas*”³⁴⁴, além de “*evitar a improvisação e o arbítrio, oferecendo conceitos coerentes que muito contribuem para a boa e adequada sistematização do Direito*”³⁴⁵. E, sobre os costumes, Luiz Flávio Gomes afirma que são fontes informais do direito penal, porque são normas não escritas nem institucionalizadas. Afirma que os costumes não podem criar infrações penais e sanções penais nem as agravar, mas podem beneficiar o réu e, para demonstrar, isso cita exemplos com índios³⁴⁶.

Luiz Flávio Gomes menciona quatro “*dimensões*” do “*princípio da legalidade do fato*”³⁴⁷: o “*princípio da legalidade criminal*” manifesta no *nullum crimen sine lege*, o “*princípio da legalidade penal*” expressa no *nulla poena sine lege*, o “*princípio da legalidade jurisdicional ou processual*” relevada no *nulla coactio sine lege*, isto é, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e o “*princípio da legalidade executiva*” traduzido como *nulla executio sine lege*.

Após relato histórico da filosofia política e apontar alguns documentos históricos das revoluções liberais e alguns tratados internacionais, que previram expressamente o *nullum crimen nulla poena sine lege*, Luiz Flávio Gomes afirmou que compreende “*o princípio da legalidade criminal e penal como patrimônio cultural da humanidade*”³⁴⁸.

Luiz Flávio Gomes repetiu os fundamentos políticos da legalidade penal elencados por Roxin: o liberalismo político, a democracia e a divisão dos poderes, bem como a teoria da coação psicológica. Afirmou que a lei penal deve atender a nove exigências³⁴⁹: *lex scripta* (proibição do costume incriminador), *lex populi*³⁵⁰ (garantia do

³⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

³⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

³⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

³⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

³⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35: “*A importância transcendental do princípio da legalidade criminal e penal fez com que naturalmente as principais Cartas e Declarações de Direitos Humanos lhe dessem abrigo. Desde a Bill of Rights, firmada na Filadélfia em 1774, nenhum documento internacional com caráter ‘penal’ deixa de lhe fazer referência. Contemplaram-no também a Constituição americana de 1776, a Declaração dos Direitos de Homem e do Cidadão de 1789 (art. 8º), a Constituição Francesa de 1791, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) de 1948 (art. 11, II), a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 15, I), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 9º) etc.*”.

³⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37/40.

povo de criar seus próprios crimes e penas), *lex certa* (proibição de indeterminação), *lex clara* (as leis devem ser escritas de forma simples e inteligível), *lex determinata* (as leis devem descrever fatos passíveis de comprovação em juízo), *lex rationabilis* (a lei penal deve ser racional e justa), *lex stricta* (proibição da analogia *in malam partem*), *lex praevia* (proibição da irretroatividade *in malam partem*) e *nulla lex sine injuria* (a lei penal deve justificar-se na proteção contra a ofensa a um bem jurídico-penal).

Destacou, ainda, a dupla função do princípio da legalidade criminal e penal: a função de política criminal, bem como a função dogmática jurídico-penal e interpretativa³⁵¹. E Luiz Flávio Gomes conclui que, se for para beneficiar o réu, todas as técnicas de autointegração e de heterointegração do direito são fontes formais imediatas do direito penal, como analogia *in bonam partem*, os costumes e, até mesmo, instrumentos normativos proibidos constitucionalmente para o direito penal incriminador, como as medidas provisórias³⁵².

Ainda a título de *amostragem*, verifiquei um aprofundamento maior no livro *Manual de Direito Penal brasileiro*³⁵³, de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em cujo Capítulo III, Seção I, apesar das brevíssimas 05 páginas, aborda o tema fontes do direito penal com maior densidade filosófica. Porém, a meu sentir, ainda de forma insuficiente para capturar, com uma explicação e orientação, as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro.

Zaffaroni e Pierangeli adotam outra classificação de fontes do direito penal³⁵⁴: “fontes de produção da legislação penal”, como a União; “fontes de cognição da

³⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37 e 41

³⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

³⁵² GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45: “De outro lado, muito relevante é sublinhar que ‘este monopólio da lei (formal) como fonte do Direito penal incriminador interno cessa quando se trata de atenuar ou de eximir a responsabilidade penal. Neste caso, podem também ser fontes do Direito penal as medidas provisórias, os costumes e, inclusive, a analogia em favor do réu’. Uma das mais fortes razões para se admitir a medida provisória em favor do réu é a seguinte: em Direito penal admite-se inclusive causas de exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade supraleais. Exemplos: o consentimento do ofendido em algumas situações exclui a antijuridicidade; a inexigibilidade de conduta diversa exclui a culpabilidade. Se se admite em favor do réu causas que estão até mesmo fora da lei, por que não se haveria de aceitar uma medida provisória?”. No Brasil, o exemplo citado é a Medida Provisória 417/2008, que alterou a redação do art. 30 da Lei 10.826/03, ampliando o prazo de *abolitio criminis temporalis ou vacatio legis indireta* do tipo penal da posse ilegal de arma de fogo (art. 12, Lei 10.826/03).

³⁵³ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120/125.

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 120.

legislação penal”, como as leis federais; “*fontes de conhecimento do saber jurídico-penal*”, que “*são a legislação e qualquer outro dado ou informação (fático ou valorativo) que o saber penal deve tomar em conta para elaborar seus conceitos*”; e “*fontes de informação do saber jurídico-penal*”, que é “*de onde obtemos as informações acerca do estado passado ou presente de nossa disciplina (tratados, monografias etc.)*”. Afirmam que “*a filosofia é fonte do direito penal, tal como o fazia Feuerbach*”³⁵⁵. Consideram que o saber penal não é construído apenas pela lei penal, pois “*ninguém pode interpretar o objeto que uma ordem do saber põe dentro de seu horizonte de projeção, sem valer-se de dados e sem submeter-se a condicionamentos de seu saber*”, “*os quais provê de âmbitos que não só estão fora desses limites, como também se encontram inegavelmente afastados*”³⁵⁶.

E, ao comentar sobre as “*fontes de informação da ciência do direito penal*”, Zaffaroni e Pierangeli, primeiro, dizem que, na América Latina – e seus comentários focarão o Brasil em razão do objetivo central dessa sua mencionada obra *Direito Penal brasileiro* –, é possível reconhecer diferenças na nossa literatura penal brasileira e a europeia. Para exemplificar, Zaffaroni e Pierangeli relacionam nomes de penalistas brasileiros e suas obras a paradigmas filosófico-penais: afirmam que o positivismo penal brasileiro, que surgiu do positivismo filosófico, e não do positivismo criminológico italiano, dominou o período da República Velha, de modo que “*o primeiro impulso do nosso positivismo penal veio do Nordeste, mais precisamente da ‘Escola do Recife’, através da obra de Tobias Barreto*”, “*mas, o positivismo do professor pernambucano foi diretamente influenciado pela obra de Darwin, e, muito especialmente pela obra de Haeckel, divulgador do positivismo mecanicista*”³⁵⁷.

³⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

³⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122/123: “*A limitação arbitrária das fontes do conhecimento do saber jurídico-penal é resultado das teorias idealistas e tecnocráticas do conhecimento. É muito simples utilizar-se de qualquer dado fornecido pela realidade e transforma-lo numa amostragem do ‘satanismo’ jurídico-penal, sob argumentação de ‘reducionismo’, e dessa maneira afirmar que a consideração dos efeitos reais da criminalização é um ‘reducionismo’ sociológico que deve ser ‘exorcizado’ da ‘ciência’ penal. É, sem dúvida, uma verdade não ser a sociologia do direito penal o direito penal, mas tampouco é verdade ser o direito penal a única ordem da realidade, e nem que só através dos seus valores é possível pôr ordem na sua realidade ‘caótica’. Nem o direito penal é um orate com um livro na mão, trancado numa torre sem janelas. Temos sustentado posicionamento no sentido de um direito penal estreitamente vinculado a todas as ordens da realidade através da filosofia, que é o centro onde se formam as suas raízes – ou, pelo menos, onde devem enraizar-se –, todos os conhecimentos sobre os seres*”.

³⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

Quanto ao positivismo lombrosiano, que Tobias Barreto criticou, Zaffaroni e Pierangeli apontaram que “*apresenta-se mais claramente na obra de João Vieira de Araújo, no seu Ensaio de Direito Penal (1884)*”³⁵⁸ e “*completa-se com obras mais claramente marcadas por esta ideologia, como Lições de Direito Criminal (1902) e Estudos de Direito Penal (1906), de Filintino Bastos, na Bahia*”, “*no campo da antropologia, merece destaque a obra de Nina Rodrigues*”³⁵⁹, bem como mencionam as obras de Viveiros de Castro, Moniz Sodré, Cândido Mota, Evaristo de Moraes e Afrânio Peixoto. Rompendo com o positivismo criminológico – embora ainda exista a periculosidade no direito pena brasileiro, segundo Zaffaroni e Pierangeli – e reaproximando-se do positivismo jurídico no direito penal brasileiro, destacaram as obras de José Higino, Esmeraldino Bandeira, e, em “*uma etapa bem mais jurídica*”³⁶⁰, as obras de Galdino Siqueira e Antonio José da Costa e Silva, com os quais, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que se encerra a fase do positivismo jurídico-penal brasileiro e inicia uma nova fase com alternância do tecnicismo jurídico italiano e do neokantismo alemão, razão pela qual mencionam, como expoentes dessa nova fase e grandes comentadores do Código Penal de 1940, Nelson Hungria, Roberto Lyra, Aloysio de Carvalho Filho “*e muitos outros autores que formaram uma doutrina penal grandemente desenvolvida, como Ribeiro de Souza, Ribeiro Pontes, E. Magalhães Noronha, José Salgado Martins, Basileu Garcia*”³⁶¹ e ainda “*Beni de Carvalho, Oscar Stteveson, Valdemar César da Silveira, Everardo da Cunha Luna, e principalmente, Anibal Bruno. Mais recentemente, Paulo José da Costa Júnior, Rode Brito Alves, e outros*”³⁶².

Zaffaroni e Pierangeli mencionaram que, depois disso, a literatura penal brasileira ingressou na fase do “*realismo filosófico, que viria a desembocar no ‘finalismo’ alemão*”³⁶³, com “*José Frederico Marques, Heleno Cláudio Fragoso, Francisco de Assis Toledo, Júlio Fabbrini Mirabete, Luis Luisi, René Ariel Dotti,*

³⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

³⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

³⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124.

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

³⁶² ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

Damásio E. de Jesus, Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco”³⁶⁴ e, ainda, com “*Nilo Batista, Juarez Tavares, Miguel Reale Júnior, Luiz Régis Prado, Ricardo Antunes Andreucci, Alvaro Mayrink da Costa, Juarez Cirino dos Santos, João Mestieri, João Marcello de Araújo Júnior*”³⁶⁵, bem como “*Celso Demanto, Jair Leonardo Lopes, Cezar Roberto Bitencourt, Fernando de Almeida Pedrosa*”³⁶⁶. Uso o nome desses penalistas, além de atender à necessidade de exemplificação, como metonímia, recurso linguístico com o qual cada nome dessas pessoas se traduz como um empreendimento teórico jurídico-penal.

Com essa amostragem, pretendi demonstrar que a literatura penal brasileira atual, que consegui acessar e pesquisar, não consegue explicar a atualidade e a complexidade das práticas jurídico-penais no Brasil, limitando-se a reproduzir, sobre as fontes do direito penal e a legalidade penal, as explicações dadas pelas escolas penais que se desenvolveram no arco do jusnaturalismo, do positivismo jurídico, do neokantismo, do realismo jurídico e dos funcionalismos.

A minha percepção, com essa pesquisa, é a de que, atualmente, predomina, na literatura sobre dogmática jurídico-penal brasileira, uma concepção do finalismo de Hans Welzel, com algumas atualizações do funcionalismo teleológico de Claus Roxin, outras contribuições do funcionalismo reducionista de Eugenio Raúl Zaffaroni e mais algumas atualizações do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. E isso dentro de uma concepção estatal-legalista de positivismo jurídico, com alguns comentários sobre os influxos do constitucionalismo e da internacionalização dos direitos humanos, com explicações e construções teóricas limitadas pela frustrada filosofia da consciência e com abertura para toda espécie de discricionariedade, que se vale do esquema sujeito-objeto como possibilidade de conhecimento.

E essa literatura, com essa concepção e características, que acima mencionei, não consegue capturar o que acontece atualmente nas práticas judiciais, em especial, dos Tribunais Superiores brasileiros e dos poderes políticos majoritários e, o pior, não consegue exercer adequadamente as suas legítimas funções enquanto doutrina. As críticas e as minhas propostas serão aprofundadas e apresentadas a seguir.

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

³⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

2 CRÍTICAS À MODERNA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL

De modo geral, na teoria do direito, e não só no âmbito do direito penal, Antonio Castanheira Neves, desde 1975, já falava de uma *“inadiável revisão da teoria tradicional das fontes do direito”*³⁶⁷, diante de uma acrítica posição dominante de *“recusa ideologicamente a assumir as exigências e as próprias realidades normativas dos nossos dias”*.

Adiro a essas críticas desse jusfilósofo lusitano, que adiante apresentarei, embora, na Parte II dessa tese, contribuirei com os resultados de alguns estudos para uma nova teoria das fontes do direito penal, tendo, como pano de fundo, outra concepção sobre o direito, muito próxima da defendida por Castanheira Neves, aquela de Ronald Dworkin, o direito como integridade. Ao problema das fontes do direito correspondente uma determinada concepção do direito e *“mutuamente se implicam”*³⁶⁸, embora não se possa simplesmente deduzir de uma concepção do direito uma solução do problema das fontes.

Uma teoria das fontes do direito, a meu sentir, tem que dar conta de capturar e explicar minimamente as práticas jurídicas em uma comunidade política. Além de apontar quais são as fontes de produção e como as normas jurídicas, produzidas por essas fontes, chegam ao conhecimento de seus destinatários, que devem a elas obediência sob coerção e obrigações associativas como membros de uma comunidade política. Uma teoria das fontes do direito deve dar conta de explicar o que confere *juridicidade* a uma norma, distinguindo-a de outros sistemas normativos não-jurídicos.

É necessária uma investigação crítica. Conforme Castanheira Neves, o fenômeno normativo é composto de dois aspectos: a *vigência* (aspecto intencional) e a *positividade jurídica* (aspecto objetivo). Considerando, como ponto de partida, que *“o direito só autenticamente o é enquanto histórico-socialmente vigente”*³⁶⁹, *“perguntar pelo modo da sua normativa manifestação histórica é o mesmo que interrogarmo-nos pelo modo ou processo por que se constitui e revela a sua normativo-jurídica*

³⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 117.

³⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 118. Nota de Rodapé n. 4: *“(…) Por isso a solução do problema das fontes do direito seria uma se concebêssemos o direito só como direito estadual-positivo, outra se aceitássemos a existência do direito natural, outra ainda se reconhecêssemos o direito como ‘um produto do espírito do povo, do Volksgeist’, etc. (…)”*.

³⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 119.

positividade". E essa positividade jurídica, que nos fala Castanheira Neves, “*de modo algum se circunscreve ou aceita confundir-se com aquela que pensa o positivismo jurídico estadual-legalista*”, “*no qual ‘direito positivo’ é apenas direito (im)posto pelo Estado, no exercício legislativo de sua soberania política*”³⁷⁰. Na renovação da teoria das fontes do direito deve ser considerada a “*social historicidade do direito*”³⁷¹.

Ao analisar as fontes formais ou de conhecimento do direito, tais como sugerem os positivistas normativista como Kelsen e Hart, que consideram o direito como um dado pressuposto, Castanheira Neves aponta para um equívoco na tradicional teoria das fontes, qual seja, “*compreender apenas como uma questão de identificação (conhecimento-identificação) de certos dados normativos o que é um problema de constituição de específica normatividade desses dados*”, isto é, “*confundir assim as fontes com o que deveria ser o seu resultado*”³⁷². Ocorre uma tautologia: “*o direito é direito porque nasce do direito*”³⁷³. Norberto Bobbio já havia percebido isso e afirmado que “*considerar o problema das fontes como problema jurídico é tornar vã a própria teoria de fontes*”³⁷⁴. Trata-se de um problema transistemático, e não intra-sistemático ao direito, como pontua Castanheira Neves, ao esclarecer o problema das fontes do direito: “*o que está em causa é a vigência e positividade normativo-jurídica do direito, e, portanto, o que importa saber não é teórica-tecnicamente, onde está o direito*”, “*e, sim, constituto-normativamente, como advém essa vigente e positiva juridicidade ao direito – e assim, verdadeiramente, o que constitui o direito como direito*”³⁷⁵.

A investigação crítica, para a renovação da teoria das fontes do direito, deve levar em conta todas as dimensões, e, segundo Castanheira Neves, há a dimensão de *validade*, que traduz a intencionalidade normativa, e há a dimensão de *realidade*, que se

³⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 119. Nota de Rodapé n. 9.

³⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 122.

³⁷² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 127. Nota de Rodapé n. 27: “*As fontes seriam afinal o próprio direito (um certo direito positivo) pressupostamente aplicável: fontes do direito seriam as próprias normas jurídicas desse direito. E, no entanto, se todo o positivista normativista perfilha esta conclusão, não deixa ele também de dar-se conta desse ilogismo (...)*”.

³⁷³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 128.

³⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 55; BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 143.

³⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 130.

refere ao momento material-histórico que condiciona a intenção normativa e com a qual se positiva³⁷⁶.

A tradicional teoria das fontes do direito, conforme o pensamento jurídico dominante³⁷⁷, adota a perspectiva político-constitucional e desenvolve-se unilateral e exclusivamente no âmbito da dimensão de validade. Nessa perspectiva, confundem-se a autoridade jurídica e autoridade política e, conforme Castanheira Neves, isso implica que

1) o direito é imputado exclusivamente ao Estado, como seu exclusivo criador (concepção estatista do direito). 2) O problema das fontes é um problema político-constitucional, pois se trataria apenas de identificar, e de delimitar, dentro os poderes do Estado, o poder de criar o direito. 3) E o problema decide-se no seu próprio enunciado: se o problema das fontes é o problema da titularidade do poder legislativo, então decerto que fonte do direito (modo constitutivo) só o pode ser a forma legislativa – a forma legislativa atuada pelo seu respectivo poder, ou pode quem seja dele delegado ou de algum modo por ele autorizado.³⁷⁸

A concepção estatista do direito, que subjaz à tradicional teoria das fontes jurídicas, ignora todas as circunstâncias da dimensão de realidade. Por isso, Castanheira Neves afirma que o *sensu comum dos juristas*³⁷⁹ acredita acriticamente que a lei é a única fonte do direito ou, pelo menos, que é a sua fonte principal e decisiva, pois, embora o próprio legislador admita outras fontes do direito, trata-se de fontes secundárias e subordinadas, as quais são qualificadas pela lei, de modo que *“todas as outras fontes sê-lo-iam apenas através da lei -, e, nesse sentido, como fons fontium, a fonte originária do direito”*³⁸⁰.

(...) orientado por esta perspectiva, repete sem desânimo: a única fonte do direito é a lei (com todas as suas delegações e autorizações prescritivas); o costume apenas o poderá ser por graça da lei – portanto, verdadeiramente não seria fonte autônoma, já que só teria eficácia (obrigatoriamente) com fundamento na ou através da lei; a jurisprudência dos tribunais, salvo os casos em que a lei lhe confira um qualquer poder prescritivo (como entre nós, no regime dos assentos), será unicamente fonte material ou mediata (fonte apenas de possível e futuro conteúdo legal); e outro tanto se diz, decerto por maioria de razão, quanto à doutrina. (...) ³⁸¹

³⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 131.

³⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 132/133.

³⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 133.

³⁷⁹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral do Direito I.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 13.

³⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 135.

³⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 135.

Em outro extremo, Castanheira Neves aponta concepções como a do realismo jurídico de Alf Ross e a de outras em uma perspectiva puramente sociológica, com empreendimentos teóricos exclusivamente na dimensão de realidade, para quem as fontes do direito seriam os fatores sociais, que influenciam a formulação da norma usada como fundamento da decisão judicial. Ocorre que, nessa perspectiva, como bem percebe Castanheira Neves, há *“impossibilidade de discriminar entre todos aqueles diferentes tipos de fatores da produção do direito para nos darmos conta, não só de que desse modo se dilui o sentido de fonte do direito”, “a ponto de este conceito e o seu problema deixarem de ter qualquer interesse e inclusive qualquer especificidade”*³⁸².

Dentro dessa perspectiva, não haveria por que não considerar como fontes de produção do direito todas as decisões judiciais sem nenhum critério de diferenciação, todos os atos administrativos, todos os negócios jurídicos, além de, considerando todos os fatores que influenciam materialmente a eficácia social, os grupos de pressão, as orientações ideológicas etc. Isso não é mais *“o problema jurídico das fontes – o problema do critério e manifestação do direito vigente, com o seu vínculo normativo-juridicamente específico -”, “mas do problema da gestação ou dos condicionantes histórico-sociológicos do direito como mera entidade sócio-cultural”*³⁸³.

A perspectiva válida, para Castanheira Neves, é fenomenológico-normativa da experiência jurídica³⁸⁴, com todas as suas dimensões, cujo problema das fontes do direito *“não pode resolver-se nem mediante solução simplesmente decretada, nem pela mera descrição dos fatores materialmente influentes no conteúdo do direito ou determinantes até de toda a realidade jurídica”*³⁸⁵. Trata-se, sim, de perquirir sobre os *“modos, formas ou processos da experiência jurídica pelos quais se assume e manifesta o cumprimento objetivamente histórico da validade normativo-jurídica”, “a síntese normativo-histórica específica que constitui e objetiva o direito como direito”*³⁸⁶.

³⁸² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 141.

³⁸³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 142.

³⁸⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 137.

³⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 142.

³⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 143.

A partir de quatro *momentos da experiência jurídica* e da sua fenomenologia (*momento material, momento de validade, momento constitutivo e momento de objectivação*)³⁸⁷, tanto em uma análise diacrônica (perspectiva histórica), como em uma análise sincrônica (perspectiva sociológica), Castanheira Neves empreende a sua investigação crítica sobre a teoria das fontes do direito. O principal é o *momento constitutivo* para as fontes do direito.

1) um momento material, aquele momento que se nos impõe inclusivamente ao ponderarmos hoje o princípio da justiça, e que se traduz no fator tanto de condicionamento como de referência histórica (pela e à realidade histórico-social) que se fez já essencial à nossa actual compreensão do direito; 2) um momento de validade, aquele fator que na dialéctica normativa dialoga, em intenção axiologicamente fundamentante e normativamente constitutiva, com aquele primeiro com que indefectivelmente deparamos ao explicitar a dimensão normativa do jurídico e que em último termo nos remete ao próprio ‘princípio normativo’ do direito; 3) um momento constitutivo, o momento noeticamente constituta ou aquele indispensável momento de mediação do pensamento jurídico – encarne este inorganicamente já na prática jurídica, já nos juristas em geral, ou institucionalmente no legislador, no juiz, na administração –, enquanto o acto normativamente intencional da concreta constituição e assunção histórico-social do direito; 4) um momento de objectivação, seja material ou formal, através do qual o normativo jurídico ganha corpo, se manifesta e objectiva como realidade histórico-cultural normativa, autonomizando-se no *corpus iuris* ou num elemento dele e que nele se integra (como princípio jurídico, como norma, como categoria dogmática, como instituição).

No *momento material* da experiência jurídica, Castanheira Neves analisa se, além das fontes formais do direito, consistentes nos modos pelas quais se manifestam e impõem as normas jurídicas, deve-se considerar também como fontes aquelas oriundas de certas entidades jurídico-sociais, com autonomia relativamente à vontade político-jurídica do Estado, as quais a Escola Histórica do Direito chamou de *fontes materiais*, como “*certos fatores materiais determinantes do conteúdo do direito histórico*”, “*nos quais inclui as forças económicas e a pressão dos interesses, as intenções ideológicas e as convicções morais, as correntes culturais, a opinião pública e a própria doutrina jurídica*”³⁸⁸.

Castanheira Neves esclarece que, para a Escola Histórica, o espírito do povo (*Volksgeist*), elemento político e fundamento filosófico do direito, deve refletir na consciência jurídica, elemento técnico, sob pena de corrupção do direito, conectando “*o direito à consciência e às realidades histórico-culturais de uma comunidade*

³⁸⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 144.

³⁸⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 147.

nacional”³⁸⁹. Nesse quadro teórico, a ciência do direito (*Rechtswissenschaft*) é como uma “*terceira fonte do direito*” (*para além do próprio ‘povo’, do costume e da legislação*), *na qual se constitua e manifestava o Juristenrecht*”.³⁹⁰

Esse momento material, a que Castanheira Neves se refere, trata-se de fatos e processos sociais que são a matéria-prima das fontes formais (legislação, costume, jurisprudência e doutrina), com uma clara preferência, do sociologismo jurídico³⁹¹ (*Ehrlich*), de considerar como fonte originária, entre todas, o costume (teoria sociológica das fontes do direito). Castanheira Neves alerta que, entre essas fontes materiais (fatos e processos sociais dos quais podem fluir regras jurídicas) e as fontes formais (as normas jurídicas), há um dualismo metodológico, as primeiras sob a perspectiva sociológica e as segundas sob a perspectiva normativa, embora seja também possível uma explicação sociológica³⁹²; adverte também que, ao contrário do pensamento da Escola Histórica, não são os fatos e processos sociais que constituem o direito, mas “*é o direito normativamente pressuposto que identifica e constitui certos factos como suas fontes*”³⁹³.

É o direito que reconhece juridicidade ao conteúdo de alguns fatos e processos sociais. Além disso, há normas jurídicas que preveem efeitos jurídicos independentes dos efeitos sociais dos quais pudesse haver alguma ligação imediata com fatos e processos sociais correspondentes³⁹⁴. Para Castanheira Neves, portanto, “*o direito não se revela nem nos fatos nem como necessária consequência deles, que os fatos sociais mais não são do que bases materiais que sustentam um certo sentido jurídico*”, “*senão mesmo tão-só ‘elementos do conteúdo da norma’ – enquanto objetos intencionais da normatividade jurídica*”, “*que esta assimila institucionalmente ou perante os quais toma predicativamente posição, positiva ou negativa*”³⁹⁵. Os fatos e processos sociais não são, em si mesmos, fontes do direito.

³⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 152.

³⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 155.

³⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 158.

³⁹² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 160.

³⁹³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 161.

³⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 162.

³⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 163.

E “é por isso que a análise sociológica mais recente (Niklas Luhmann) exclui dos seus temas uma teoria das fontes do direito, posto que nestas interveria sempre a ‘variável’ de uma decisão normativa que não pode ser sociologicamente reduzida”, “porque justamente pressuporia o sistema do direito e a específica intenção que a este último é própria”³⁹⁶. Com a perspectiva sociológica não tem condições teórica e metodológica de conectar fatos e processos sociais às normas jurídicas e tem que considerar o direito positivo como pressuposto de conhecimento. Em um ponto de vista externo, comunga na atitude do positivismo jurídico e oculta também uma preferência ideológica por determinadas fontes, pois, de acordo com Castanheira Neves, “não as vemos justificadas na própria constitutividade jurídica”, de modo que “não nos oferece ela as fontes do direito na sua justificação e determinação jurídicas”, “apenas estuda sociologicamente um já definido sistema de fontes ou o conteúdo constituído-determinado de certas fontes” e, portanto, “será errado falar de ‘fonte material’”³⁹⁷, nesse sentido do sociologismo jurídico, em geral, e da Escola Histórica, em especial.

Ainda sobre o momento material da experiência jurídica, Castanheira Neves analisa, no problema das fontes materiais, o pensamento da “natureza das coisas”. Diferencia-o do tradicional jusnaturalismo. Investiga se poderia ser um fundamento ontológico de validade do direito, isto é, “uma fonte do direito suprapositiva”³⁹⁸. Identifica que o argumento da natureza das coisas, com um sentido social ordenador, é encontrado em soluções concretas de questões jurídicas, oferecendo o padrão ou o critério, e indaga se seria possível uma “teoria cientificamente fundada das fontes do direito, já que estaríamos perante um direito de raiz natural-objetiva, emergente das próprias coisas”, e “nestas, portanto, diretamente encontrado e não ideológico-voluntaristicamente posto. À ‘autoridade’ substituíam-se o ‘ser’ como fundamento do direito das soluções jurídicas”³⁹⁹.

Nessa perspectiva, a imanência nas coisas da realidade natural e social, como “natureza mesma, enquanto o conteúdo e modo de ser axiologicamente significante”, seria uma fonte material direito, mormente uma “fonte-de-conhecimento-do-direito em

³⁹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 164. Nota de Rodapé n. 137.

³⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 167.

³⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 168.

³⁹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 169.

sentido material”.⁴⁰⁰ No entanto, Castanheira Neves conclui que, apesar de a natureza das coisas apontar para uma metodologia de criação e aplicação do direito a partir da exigência de adequação material, não é ela, em si mesma, uma específica fonte do direito. Não seria mais do que uma fórmula, com a pretensão de ajustar “*a dimensão teleológico-material das intenções metodológico-jurídicas*” e “*um sentido material de fundamentação e que se querem por isso distintas das próprias do mero dedutivismo normativista e formalista*”⁴⁰¹.

Aponta os três níveis de natureza das coisas: as realidades naturais (pré-jurídicas, com dados meramente naturais e dados do meio social em geral); as realidades já com um específico sentido e conformação social (imediatamente jurídicas ou parajurídicas); e as realidades jurídico-sociais (instituições jurídico-sociais existentes em uma dada comunidade política). Castanheira Neves afirma que as realidades naturais apenas condicionam a solução normativo-jurídica (como possibilidade de realização como dados materiais ou como intenção finalística), mas não a oferecem nem a impõem, porquanto essa solução depende de uma inevitável decisão avaliativa e normativamente autônoma sobre essas realidades, inclusive para se definir o regime jurídico a ser aplicado. Há valorações jurídicas para além das coisas. O que ocorre é, do ponto de vista metodológico, uma coerência, como exigência de adequação material, que não pode faltar entre os dados do problema e a sua solução.

Entre o problema e a sua específica intencionalidade normativa há “*um pressuposto material (como objeto e como relevantemente condicionante) e um fundamento axiológico (como critério da valoração e como constituinte de relevância)*”, “*ambos com uma correlativa autonomia, não obstante a sua necessária integração na concreta síntese normativa*”⁴⁰². Quanto a realidades já com um específico sentido e conformação social, Castanheira Neves admite que elas têm uma correlativa normatividade, já que a conduta, para ser considerada socialmente adequada, natural ou razoável, deve se ajustar a tipos concretos de situações, de relações e de estruturas institucionais existentes na vida da comunidade política, cujas formas de organização social têm significações regulativas e integram o patrimônio cultural de uma certa comunidade política em dado período.

⁴⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 171.

⁴⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 173.

⁴⁰² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 178/179.

Castanheira Neves, citando Gustav Radbruch, afirma que *“daquelas tipificações sociais – com as reações também típicas que implicam – se forjam sobretudo os costumes”* e *“emergem as regras consuetudinárias e das mesmas realidades institucionais se alimenta principalmente a ‘tradição’”*⁴⁰³. No entanto, Castanheira Neves aponta para uma *“procedência oculta em que afinal se traduz a específica irracionalidade dos fenômenos puramente sociais (“assim é”, “é assim que se faz”, “sempre assim se fez”)*”⁴⁰⁴ e que, por essa razão, não é um critério seguro, *“perante a dialética entre a objetividade e a subjetividade”*. É que a inferência de um critério normativo da natureza das coisas não decorre da originária ontologia da coisa, mas de seu significado social, e, no diálogo entre o homem e seu mundo, os sentidos sociais e institucionais podem sofrer alteração, revisão, mutação ou cessar⁴⁰⁵.

Gadamer já dizia que uma cultura é sempre uma hermenêutica⁴⁰⁶. Por outro lado, o pensamento jurídico não deve desconsiderar a natureza das coisas, pois, *“só desse modo, fazendo tematicamente problemática a constituição da juridicidade, poderá orientar criticamente a vida jurídica”* e *“considerar a autêntica validade do direito que concretamente se realiza”*⁴⁰⁷. Castanheira Neves conclui, a respeito desse segundo tipo de realidade da natureza das coisas, que *“não são fontes do direito, porque o direito não poderá prescindir de tomar posição normativa autónoma perante elas”* e *“o seu estatuto jurídico vem a ser aquele que esta tomada de posição determina e não meramente o que o seu sentido social sugira”*⁴⁰⁸.

Em relação ao terceiro tipo de realidade, as instituições sociais de natureza jurídica (ex: posse, propriedade, promessa, contrato, casamento etc.), Castanheira Neves esclarece que é possível fazer inferências normativo-jurídicas a partir delas, mas ela não institui o direito, referindo-se apenas à essência, isto é, ao conteúdo normativo-objetivo ou à estrutura normativamente analítica de um direito instituído e, portanto, também não são fontes do direito. Castanheira Neves alerta para a recente confusão entre o

⁴⁰³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 182.

⁴⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 182.

⁴⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 184.

⁴⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. Vol. II: a virada hermenêutica**. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2007; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Vol. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15ª ed. São Paulo: Vozes, 2015.

⁴⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 185.

⁴⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 186.

pensamento da natureza das coisas e a multissecular pretensão jusnaturalista de encontrar um imediato fundamento ontológico ou ôntico para o direito, que funcione como regulativo e limite para as proposições legislativas⁴⁰⁹, bem como para a confusão na distinção escolástica entre essência (elemento imutável) e existência (elemento histórico variável).

Em especial sobre o empreendimento teórico de Hans Welzel e sua Escola Penal do Finalismo, na dogmática jurídico-penal, a partir da teoria das estruturas lógico-objetivas, Castanheira Neves também refuta que a natureza das coisas pudesse ser fonte do direito: “*outros, como Welzel e a sua escola, justificam-se antes numa ontologia (ou numa atitude fenomenológica-intencional)*”, “*mas também não logram mostrar mais do que uma indispensável coerência normativa que deverá existir entre a contextura intencional (a ‘estrutura lógico-material’) do objeto pressuposto (e intencionado) pela valoração jurídica e essa própria valoração*” ou, de outro modo, “*a exigência de se aceitarem as consequências normativas implicadas pela referência da valoração a um certo ‘objeto’ que tem uma certa estrutura (intencionalmente determinável nos seus momento significantes)*”, “*mas sem que com isso de modo algum se demonstre – como se pretendia – que a valoração se funde e seja direta inferência daquela contextura objetiva*”⁴¹⁰. Há uma “*autonomia do direito na dependência da ordem do ser*”⁴¹¹, pois “*se acentua o momento irreduzível da valoração autónoma, orientada por pontos de vista axiológicos que transcendem as estruturas naturais*”⁴¹².

A partir de Paulantzas e Arthur Kaufmann, Castanheira Neves conclui que se deve entender que a “*natureza das coisas é o topos no qual o ser e o dever-ser se encontram, é o lugar metódico da união (‘correspondência’ – ‘Entsprechung’) de realidade e valor, o fundamento do processo analógico tanto da legislação como da aplicação do direito*”. E, ainda, “*topos que permitiria orientar tipologicamente o pensamento jurídico, (o pensamento segundo a natureza das coisas é o pensamento tipológico)*”, “*mas topos que operaria metodologicamente afinal apenas como uma*

⁴⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 188.

⁴¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 190.

⁴¹¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 193.

⁴¹² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 194.

teleologia hermenêutica e a que por isso expressamente se recusa a qualidade de fonte do direito”⁴¹³.

A natureza das coisas não é um meio de integração de lacunas nem fonte do direito, mas “*é um tipo de catalizador*”⁴¹⁴ para a produção e realização do direito, a fim de que estabelecer uma vinculação entre a ideia do direito e a situação da vida. A natureza das coisas é o *telos* da totalização dialética, isto é, da correspondente vinculação, analógica e hermenêutica, entre o valor e a realidade. Castanheira Neves, mencionando que Alessandro Baratta mudou de opinião e também passou a entender nesse sentido, afirma que “*a natureza das coisas é aquela verdade das coisas (da realidade) que permite reconhecer a possibilidade e o sentido de um futuro em realização numa unidade dialética entre verdade e consciência (Gewissheit)*” e “*nesta base pode no fundo fazer coincidir a natureza das coisas com a justiça, pois esta seria ‘a superação da legalidade, o princípio jurídico que ultrapassa o direito positivo e encontra a sua raiz no homem’*”, pois “*o homem é a existência, cujo ser-no-mundo é um dever-ser, no qual a temporalidade do ser, a historicidade, se torna tarefa*””. Diz ainda que “*o mesmo é dizer, afinal, que a natureza das coisas é a orientação de uma tarefa normativa que encontraria a sua direção e a sua possibilidade na verdade da realidade*”, “*mas sem oferecer imediata e originariamente a obra realizada, e assim um critério normativo determinado e acabado*”⁴¹⁵.

Castanheira Neves também considera atualmente superadas as propostas de teorias das fontes do direito desenvolvidas por Léon Duguit, François Geny e Georges Gurvitch. Duguit buscou a origem e a revelação do direito nos fatos da vida social, através da observação, sob a influência de Augusto Comte e Émile Durkheim e, com essa perspectiva (realismo sociológico), tentou se opor ao legalismo, tanto o da tradição francesa (baseado na universalização das vontades particulares na vontade geral) quanto o da doutrina alemã (perspectiva do legalismo estatista). Contra a tradição francesa, Duguit impunha uma realidade objetiva em detrimento da autonomia subjetiva, e, com isso, defendia que o direito era imediata expressão da sociabilidade, somente através da qual a pessoa poderia atingir e realizar a sua individualidade pessoal e jurídica; propôs

⁴¹³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 195.

⁴¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 195. Nota de Rodapé n. 240.

⁴¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 196. Nota de Rodapé n. 244.

ainda substituir a autonomia individual pela função social. Contra a doutrina alemã do legalismo estatista, defendeu os sentimentos de solidariedade social e de justiça como fontes originárias do direito, de modo que uma transgressão fizesse surgir a exigência de uma sanção como uma reação social organizada.

Duguit chamou essas fontes originárias de “*regra do direito*”, que, através do que chamou de “*regra construtiva*” (lei, costume e jurisprudência), converter-se-ia em normas jurídicas positivas, de modo que “*o trabalho verdadeiramente científico do jurista estaria em descobrir sob os fatos sociais a regra de direito, a que se seguiria o trabalho técnico da sua elaboração e garantia prática através da regra construtiva*”⁴¹⁶. As normas estatais que não se fundassem na regra de direito social não seriam válidas, constituindo-se como um ato de força, sem legitimidade e com possibilidade de resistência pelos indivíduos, cabendo aos tribunais recusarem obediência. Duguit também negava ao costume, à lei e à jurisprudência o caráter de fontes do direito, pois que, para ele, seriam apenas modos de elaboração da regra de direito (sentimentos de solidariedade e de justiça). Para Castanheira Neves, o equívoco epistemológico de Duguit está em não compreender o direito como entidade normativa, pois quaisquer que sejam os fatos sociais e psicológicos, que a ele possam se ligar, é irreduzível a fatos de qualquer natureza⁴¹⁷ e, ainda, os princípios da solidariedade e da justiça não são fatos, mas sim princípios normativos, que exerce uma função regulativa e crítica perante os fatos sociais.

Castanheira Neves conclui que “*o direito só surge como o resultado da realização social de uma intenção de validade normativa*”⁴¹⁸ e o direito “*não é um fenômeno imediato ou originário dessa vida social, mas antes o resultado mediato de um certo processo – como aliás todo o fenômeno cultural significante –*”, “*pelo qual se reage normativamente a um certo dado social, se toma posição e se visa orientar, nesse sentido, uma pressuposta vida social*”; e, no processo de constituição do direito, é imprescindível um momento de objetivação jurídica⁴¹⁹, seja formal ou informal, mas não será apenas um expediente técnico, o que viabilizará a sua realização histórico-social como direito.

⁴¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 200.

⁴¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 201.

⁴¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 202.

⁴¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 204.

Em síntese, sobre a teoria das fontes materiais, para Castanheira Neves, “(1) o direito é uma específica intencionalidade normativa, que (2) cumpre uma intenção de validade perante uma realidade pressuposta, cumprimento ou realização”, “(3) que implica a mediação de um acto e processo particulares e em que terá, por sua vez, de participar um momento de específica objectivação”⁴²⁰.

Sobre o pensamento de François Geny sobre a teoria das fontes do direito, Castanheira Neves aponta que há uma síntese de três dimensões culturais: fidelidade à ciência jurídica tradicional, importância dada à escola sociológica e uma recuperação do jusnaturalismo. No entanto, para Castanheira Neves, Geny não conseguiu ultrapassar a concepção positivista das fontes do direito, por entendê-las como fontes formais e, em especial, à lei escrita⁴²¹.

E, quanto ao pensamento de Georges Gurvitch, esse autor, segundo Castanheira Neves, investiga em que consiste a positividade do direito, sendo as fontes do direito senão os critérios desta positividade. Para Gurvitch, como destaca Castanheira Neves, o conceito de fonte do direito é “*autoridade qualificada sobre a qual se apoia a força obrigatória de uma regra jurídica e que pela sua própria existência, encarnando valores, dê a garantia da eficiência real dessa regra*”⁴²². É que a ideia de positividade está imanente a ideia de normatividade.

Gurvitch contribuiu para a concepção pluralista das fontes do direito⁴²³. Para esse autor, há as fontes normativas ou primárias e as fontes formais ou secundárias. Entretanto, de acordo com Castanheira Neves, tanto Duguit quanto Gurvitch “*identificaram-se tautologicamente as fontes do direito com o próprio direito, vendo o seu fundamento e origem no que é a sua obra e resultado*”⁴²⁴. Nenhuma dessas teses demonstraram a existência de fontes materiais, pois o direito não se manifesta sem mediação normativamente constitutiva⁴²⁵.

⁴²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975, p. 204.

⁴²¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 95 e 125/126.

⁴²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 127.

⁴²³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 132.

⁴²⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 144.

⁴²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 145.

Segundo Castanheira Neves, “*pela sua própria estrutura, o direito não poderá ser nunca um originário-pressuposto e sim apenas o objetivado resultado de um juízo*”, “*não ‘dado’ ou um qualquer ‘facto’ sem mais, mas sempre um ‘construído’ em função de uma problemática assumida intenção regulativa*”⁴²⁶. Portanto, é um erro confundir o momento material do problema das fontes (referência à realidade humano-cultural e histórico-social) com as próprias fontes do direito⁴²⁷, cujo processo normativo constitutivo é desenvolvido em outros três momentos (validade, constitutivo e objetivação).

Embora os fatos e processos sociais não sejam fontes materiais do direito, Castanheira Neves reconhece que exercem alguma influência, participação e condicionamento, isto é, *codeterminam materialmente*⁴²⁸ o processo de constituição do direito. São pressupostos materiais das fontes do direito. É o ponto de encontro do problema das fontes com os problemas ontológico (ex: pensamento da natureza das coisas) e sociológico do direito (sociologismos de Duguit, Geny e Gurvitch)⁴²⁹.

Essa *codeterminação* dos pressupostos materiais ocorre em três níveis, segundo Castanheira Neves: “*ao nível da institucionalização pré-jurídica ou imediatamente social, ao nível do tipo estrutural da comunidade histórica e ao nível da cultura conjuntamente com as intenções ideológicas*”⁴³⁰.

Essas ideias foram escritas por Castanheira Neves em dois artigos publicados, 1975 e 1976, respectivamente, no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra; a continuação foi interrompida e, em 1982, no mesmo periódico, o jusfilósofo lusitano publicou artigo intitulado *Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema*⁴³¹, que também passo a comentar nessa investigação crítica.

Como vimos, esse jusfilósofo lusitano afirmou que a concepção do direito, que uma comunidade histórica adote, implica uma correspondente teoria das fontes do

⁴²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 145.

⁴²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 147.

⁴²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 149.

⁴²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 149.

⁴³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976, p. 238.

⁴³¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 169/285.

direito⁴³². O problema das fontes do direito investiga “*de que modo, forma ou processo o direito se constitui e manifesta como vinculante normatividade vigente*”⁴³³. Com isso, trata a positividade e a vigência como sinônimos. Arremata que “*as fontes do direito são fontes de posituação, os modos pelos quais uma normatividade se torna direito positivo*”⁴³⁴.

A expressão “*fontes do direito*” foi usada pela primeira vez por “*Cícero (De Legibus, I, 5-6) e utilizada com maior insistência a partir do século XVI*”⁴³⁵. Cícero afirmou que “*as fontes mais profundas da filosofia que importa extrair a verdadeira ciência do direito (De Legibus, I, 5)*”. Castanheira Neves aponta vários equívocos nos significados atribuídos às fontes do direito, além da pluralidade de sentidos dados à expressão a depender se é um jurista-sociólogo, um juristas-historiador, um jurista-filósofo, um jurista-teórico ou um jurista-dogmático.

A partir de um dos sentidos dado a fontes do direito, Castanheira Neves apresenta a seguinte classificação: 1) *fontes de conhecimento* (como o direito se manifesta); 2) *fontes genéticas* (forças que estão na origem do direito determinando o seu conteúdo); 3) *fontes de validade* (o valor ou o princípio fundamentais da normatividade jurídica); 4) *fontes de juridicidade* (os constituintes da normatividade jurídica)⁴³⁶.

No entanto, Castanheira Neves entende que apenas as *fontes de juridicidade* se justificam como fontes do direito. Para ele, as fontes de conhecimento, como modos de manifestação ou de identificação do direito, como, por exemplo, são os textos jurídicos, não são fontes do direito, ou seja, com o próprio jogo de palavras, são fontes para conhecer o direito já constituído, mas não são fontes constitutivas do direito.

Os critérios que o próprio direito positivo usa para identificar as fontes de conhecimento chamam-se de *fontes de qualificação* (normas secundárias), isto é, “*são critérios de qualificação de uma juridicidade que só por si não constituem, antes postulam a legitimar essa sua mediadora qualificação*” e, ainda, não é “*partindo já do*

⁴³² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 170.

⁴³³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 171.

⁴³⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 171.

⁴³⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 171.

⁴³⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 172/173.

*direito positivo, para o interrogar apenas hermeneuticamente, que o problema das fontes do direito se pode solucionar”, “mas será, pelo contrário, ao problema das fontes que se há-de pedir a chave da positividade jurídica”*⁴³⁷. Não é possível resolver o problema das fontes do direito apenas pela perspectiva hermenêutica-positiva.

As fontes genéticas, para ele, também não são “*fontes de validade-vigência do direito. Apenas por uma perspectiva histórico-sociológica não é possível justificar a existência de fontes do direito, sem a razão de ser da normatividade jurídica*”; “*também as fontes de validade não o são, pois não se pode, segundo ele, confundir o fundamento e as fontes do direito*”⁴³⁸. Apenas uma perspectiva filosófica não é possível justificar as fontes do direito.

Sempre se tem afirmado o fundamento essencialmente constitutivo do direito como a sua ‘verdadeira’, a sua ‘autêntica’ fonte. Só que, não é esta, com efeito, uma solução exacta para o problema das fontes do direito, enquanto problema específico, nem sequer este problema vai desse modo corretamente compreendido. Se, por um lado, se confunde assim fonte com fundamento, por outro lado, não se tem em conta que o fundamento de validade do direito, diga-se embora esse fundamento ‘direito natural’, se não incarnar histórico-socialmente numa vigência normativa, não é direito em sentido próprio (‘só a ordem que tem força conformadora da realidade é direito, e a ordem ideal, que não possui essa força, não preenche este elementar pressuposto do conceito de direito’ – H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed, 165 –; (...)) E daí que a intencionalidade normativa da validade não possa dispensar a positivação – e é relativamente à positivação que se põe o problema de que curamos. Por outras palavras: o fundamento do direito não é, só como tal, direito, embora o direito para o ser não possa prescindir desse fundamento, e, assim, como momento necessário, mas não suficiente para que exista direito, o fundamento de validade não poderá considerar-se em si fonte do direito⁴³⁹.

Lembra Castanheira Neves de outra versão do positivismo jurídico, conhecida como perspectiva político-constitucional, que está na base da teoria tradicional das fontes do direito e que, em relação ao processo da constituição da sua juridicidade, sustenta que um poder político-constitucionalmente legitimado poderia criar normas de direito positivo. No entanto, ele critica que não se pode confundir e reduzir o direito ao poder, pois a *potestas* não garante a validade das normas do direito positivo, como fundamento constitutivo da sua normatividade. Lembra que, tanto Kelsen quanto Hart, como positivistas normativos, também compreenderam o problema

⁴³⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 176.

⁴³⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 174/175.

⁴³⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 174/175. Nota de Rodapé n. 02.

das fontes do direito como um problema normativo, e não um problema político, que pudesse ser resolvido por uma perspectiva puramente de poder⁴⁴⁰.

Castanheira Neves enfatiza que o correto é compreender o problema das fontes do direito como um *problema da positiva juridicidade do direito*⁴⁴¹. Refere-se à experiência jurídica com todos os seus momentos e afirma que é pela *fenomenologia específica* dessa experiência que a normatividade jurídica se constituirá. É a perspectiva fenomenológico-normativa⁴⁴² cuja ideia central é a *juridicidade* vigente em uma determinada comunidade política. O jusfilósofo português afirma que

se pudermos compreender que as ‘fontes do direito’ nos levam a pensar a vigência jurídica ou a positiva normatividade do direito como problema – o que nelas está em causa não são histórico-sociológico-politicamente os factores já condicionantes, já explicativos-determinantes do direito, nem teórico ou tecnicamente onde está o direito, e também não apenas político-constitucionalmente quem poderá prescrever as normas jurídicas, ou sequer filosoficamente o que fundamenta a validade do direito em geral, mas constitutivo-normativamente como advém essa positiva e vigente juridicidade ao direito –, certamente então que o problema não pode também considerar-se tão-só na perspectiva de um certo sistema jurídico positivo, em termos de apenas aí se procurar hermenêutica ou analiticamente a resposta, já que justamente através do problema (da sua solução) essa positiva juridicidade do sistema se deverá esclarecer, se terá de ‘explicar o produzir-se e o fazer-se do próprio sistema’. Temos, pois, que o problema, por um lado, não nos põe perante uma ‘questão jurídica’ ou ‘questão de direito’, no sentido comum de uma questão hermenêutico-dogmática da ‘ciência do direito’, e sim perante um problema da teoria do direito; e que, por outro lado, a sua sede e sua intenção não são sistemáticas (intra-sistemáticas), mas meta-sistemáticas⁴⁴³.

A experiência jurídica tem tipos fundamentais, conforme Castanheira Neves, como a consuetudinária, a legislativa e a jurisdicional. Embora diferentes, em razão das estruturas institucionais e características, todas têm os momentos essenciais da experiência jurídica que a constituem como direito: o *momento material* (referência a uma realidade social, com o seu conteúdo histórico-cultural), o *momento de validade* (referência a um pressuposto ou fundamento normativo, com uma axiologia específica e explicitada em certos princípios), o *momento constituinte* (referência a modos constituintes de uma concreta normatividade) e *momento de objetivação* (referência à

⁴⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 178. Nota de Rodapé n. 03.

⁴⁴¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 178.

⁴⁴² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 179.

⁴⁴³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 179/180.

vigência normativa, que é o resultado da síntese dialética de todos os momentos anteriores)⁴⁴⁴. É um *global processo constituinte*, a que se refere Castanheira Neves, da experiência jurídica, como um processo humano e histórico do direito. É um “*direito positivo normativo-materialmente fundado*”⁴⁴⁵.

Na experiência jurídica consuetudinária, o costume é o comportamento socialmente estabilizado, cuja *juridicidade* e *positividade* decorrem da própria prática social constante e repetida. Castanheira Neves destaca que o costume jurídico é um “*padrão de uma validade comunitária direta e autonomamente assumida no comportamento do social – ao mesmo tempo que se impõe no modo do continuum sócio-cultural próprio da tradição*”⁴⁴⁶. Não é necessária uma heteronomia para se reconhecer a força normativa do costume como simples fato. É um modo originário de constituição do direito.

Entrementes, apenas as realidades sociais não atingem a juridicidade e o costume, por si, não é um costume jurídico, pois é preciso que seja reconhecida também “*a distanciação normativa própria do direito em geral, relativamente à realidade social, mediante a assunção de um valor, de um princípio regulativo, de um padrão normativo, etc.*”, “*que a essa realidade se dirija numa exigência de dever-ser – o direito só o será se transcender normativamente o facto*”⁴⁴⁷. Para que o costume tenha normatividade exige-se que atenda a um transcendente fundamento axiológico que o constitua e o justifique.

Há uma unidade, entre a sua normatividade e a faticidade, recebida de modo intuitivo, sem reflexão, por seus destinatários. Nos costumes, considera-se mais os resultados do que os fundamentos. Castanheira Neves reconhece no costume jurídico uma “*social intersubjetividade*”⁴⁴⁸. Há no costume jurídico, com força normativa, dois elementos: um elemento material, consistente no comportamento repetido e constante, e um elemento ideal ou espiritual – expressão do jusfilósofo lusitano –, consistente na

⁴⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 181.

⁴⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 183.

⁴⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 185.

⁴⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 186.

⁴⁴⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 188.

convicção do caráter obrigatório desse comportamento ou da sua vinculação normativa⁴⁴⁹.

Do ponto de vista externo ou sociológico, essa convicção é a *“atitude psicológica dos membros de um certo grupo social para inferir daí a existência (ou para ver aí o indício da existência) de um costume jurídico”*; e, de um ponto de vista interno ou normativo, *“se trata é de saber se devem ou não actuar e decidir de certo modo, do que se trata é de saber se uma norma os obriga ou não. E, portanto, esse dever e sua norma terão de ser normativamente transcendentés à própria convicção ou opinião”*⁴⁵⁰. Castanheira Neves chama atenção para *“o fenómeno da lógica distinção entre a vivência psicológica de um certo conteúdo e a objetividade intencional desse conteúdo”*, *“assim como a diferença entre a convicção de um valor e o valor que motiva e fundamento essa convicção”*⁴⁵¹.

Em relação à experiência jurídica legislativa, a lei exerce uma função normativo-juridicamente específica em detrimento dos demais modos constituintes do direito. Castanheira Neves elenca que a legislação pré-moderna tinha função meramente declarativa, mas a legislação moderna-iluminista já tenha função constituinte. É um esforço deliberado e racional de produção do direito de modo sistemático, cujo versão mais rigorosa alcança o nível de codificação. Afirma que *“a legislação é sempre uma estratégia prescrição teleológica”*⁴⁵².

A legislação tem o sistema normativo como o paradigma da racionalidade; associa-se a um voluntarismo ou decisionismo; tem manifestação textual; com sua heteronomia normativa direciona-se ao processo de decisão do poder político legitimado; é determinada por motivos e intenções, não jurídicas, político-jurídica ou até ideológico-política; é um instrumento de *“planificada intervenção política”*⁴⁵³; e a sua dimensão temporal é o futuro e o direito é uma regra de conduta, enquanto a do costume é o passado e o direito é ordem social.

⁴⁴⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 189.

⁴⁵⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 189. Nota de Rodapé n. 01.

⁴⁵¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 190.

⁴⁵² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 192.

⁴⁵³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 195.

A tradicional concepção do direito estritamente positivista, a exemplo da sustentada por Niklas Luhmann sobre a legitimação pelo processo, considera que o processo legislativo é suficiente para constituir a normativa positivamente jurídica, sem necessidade de qualquer outro fundamento normativo material⁴⁵⁴. Castanheira Neves entende que isso é uma inaceitável simplificação. Assim como a positivamente jurídica do costume não se restringe à faticidade, de igual modo a positivamente jurídica da lei de modo geral não se cinge à sua formalidade.

A experiência jurídica jurisdicional, segundo Castanheira Neves, tem “*índole prudencial (remete-nos ao concreto juízo normativo)*”, enquanto que “*a experiência consuetudinária é de índole social (remete-nos à própria sociedade) e a experiência jurídica legislativa é de índole estatal (remete-nos ao poder político)*”⁴⁵⁵. Em uma análise lógica e histórica dessas três experiências jurídicas, Castanheira Neves posiciona a experiência jurisdicional entre as demais, pois resgata que o juiz antecede o legislador e, por sua vez, a sociedade antecede o juiz.

E, em uma análise institucional e normativo-constitutiva, esclarece que “*o direito consuetudinário vimo-lo expressão de uma autonomia normativa e o direito legislativo expressão de uma heteronomia normativa*”, “*enquanto o direito jurisdicional vai-nos, por sua vez, aparecer como o resultado de uma particular mediação normativa*”; e, ainda, “*é que, se na experiência jurídica consuetudinária o direito se constitui e manifesta enquanto se cumpre*”, “*na experiência jurídica legislativa se constitui e manifesta enquanto se proclama*” e “*na experiência jurídica jurisdicional constitui-se e manifesta-se enquanto se realiza*”⁴⁵⁶.

A experiência jurídica jurisdicional tem seu ponto de partida em um problema jurídico concreto que se traduz em uma controvérsia entre as partes. A normatividade da decisão judicial problematiza-se na controvérsia e se manifesta em diferentes graus de indeterminação. Quando houver uma novidade, a normatividade atingirá o maior grau de indeterminação, pois sem um anterior precedente judicial para oferecer critérios de decisão, restará a possibilidade de se utilizar diretamente de valores e princípios fundamentais relacionados à validade do direito positivo. Exige-se uma mediação normativo-constitutiva na experiência jurídica jurisdicional, para “*converter a*

⁴⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 196.

⁴⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 197.

⁴⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 198.

normatividade intencionada, com a sua potencial indeterminação, numa normativa determinação concreta”⁴⁵⁷.

A *juridicidade* da experiência jurisdicional exige essa mediação, enquanto a experiência consuetudinária a dispensa em razão da sua unidade entre a constituição e o cumprimento da juridicidade e, na experiência legislativa, a juridicidade é prévia e abstratamente determinada e apenas exige uma aplicação. Castanheira Neves aponta para uma dupla e indissociável dimensão dessa mediação jurisdicional, que ocorre em um “quadro institucional”⁴⁵⁸: a *mediação objetiva* (entre as normatividades postulada e concreta) e a *mediação subjetiva* (entre os sujeitos da controvérsia e um terceiro imparcial).

A normatividade da experiência judicial depende também de um modo intencional e metodológico dessa mediação consistente na consideração no julgamento das diferentes e controversas perspectivas que o contexto admite⁴⁵⁹, sem preferências absolutas, ainda que haja argumentos mais fortes em detrimento de outros, entre todas as opções possíveis.

Castanheira Neves conclui sobre a experiência jurídica jurisdicional, afirmando que “a criação justamente resultante da mediação jurídico-decisória, que não é dedução ou mera aplicação, mas judicativa ponderação de constituinte concretização”⁴⁶⁰. Entende que na experiência jurisdicional não há uma inovação normativa como ocorre com a criação jurídica legislativa, pois, mesmo com os precedentes judiciais, ocorre apenas uma “criação material sem formal inovação”, explicável pela hermenêutica filosófica de Gadamer, porque os juízos decisórios apresentam uma regra de decisão de conflitos, e não como programáticas regras de conduta, bem como porque há inferências de princípios normativo-jurídicos relacionados à axiológica validade do direito⁴⁶¹.

O jusfilósofo português explica que há constante reelaboração da dogmática jurídica dessa *normatividade* e que o tempo da experiência jurídica jurisdicional é o

⁴⁵⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 199.

⁴⁵⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 200.

⁴⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 201.

⁴⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 202.

⁴⁶¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 203.

presente⁴⁶². Arremata ainda que “*é na experiência jurídica jurisdicional que o jurídico sobretudo se manifesta na sua especificidade, a diferenciar-se tanto do social como do político*”⁴⁶³.

Em especial nas sociedades pré-modernas, descentralizadas e de institucionalização imediatamente social, até o séc. XVIII, a experiência jurídica consuetudinária exercia um papel protagonista, pois, conforme Castanheira Neves, as sociedades atuais, plurais, conflituantes, centralizadas e com poder político mais forte, já valorizam as experiências jurídicas jurisdicionais e legislativa. Na tradição *common law* valoriza-se a experiência jurídica jurisdicional e na tradição *civil law*, por sua vez, a experiência jurídica legislativa.

Nos sistemas da *common law* continua a ser nuclear uma experiência jurídica que reflecte no essencial o que vimos próprio de uma experiência jurídica jurisdicional, não obstante crescer também no âmbito desses sistemas a importância da *statutory law*, dada a estrutural e universal exigência de legislação nas sociedades do nosso tempo. Trata-se, como se sabe, de sistemas jurídicos causídicos (*case law*) segundo um regime de precedentes obrigatórios (*rule of precedente*). Sendo certo que, se neles tradicionalmente sempre procurou nos precedentes judiciais, sobretudo nos mais significativos (*leading cases*), e não na legislação, que se manteve praticamente inexistente durante séculos, os critérios normativos (recolhidos nos *law reports*) da jurisdicional realização do direito, só no entanto em tempos bem mais próximos, no séc. XIX, se veio a instituir o regime da obrigatoriedade ou vinculação jurídica dos precedentes dos tribunais superiores (*House of Lords* e *Courts of Appel*) perante os tribunais inferiores e eles próprios (o regime do *stare decisis*) – atribuindo assim a esses precedentes o carácter formal de *law*, de formais fontes do direito. Estamos, nestes termos, perante ordenamentos jurídicos fundamentalmente de criação jurisdicional, ou de direito judicial. E de tal modo que o próprio direito legislativo, não obstante a sua precedência na hierarquia formal das fontes, tende a ser absorvido por essa jurisdicional *common law*, pois uma vez interpretada a aplicada jurisdicionalmente a *statutory law*, são os precedentes dessa interpretação e aplicação, e não directamente os textos legislativos, que passam a ser referidos⁴⁶⁴.

Com acerto, Castanheira Neves sobreleva que a regra do *stare decisis* na *common law* não inviabiliza a necessária flexibilidade que o sistema de precedentes judiciais tem que ter⁴⁶⁵, pois a *rationes decidendi* ou *holding*, para além do *obter dicta*, do caso paradigma apenas vincularão e serão replicadas a outros casos, embora os casos

⁴⁶² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 204. Aristóteles (Retórica, I, 1354, b) também entendia que o juiz represente “as coisas presentes”, e não o passado ou o futuro.

⁴⁶³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 205.

⁴⁶⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 207/208.

⁴⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 209.

se assemelhem, se não ocorrer algum tipo de distinção entre eles (*distinguishing*) ou de superação do precedente judicial (*overruling*).

Já a experiência jurídica legislativa tem origem medieval, com o *corpus iuris civilis* e do *corpus iuris canonici*⁴⁶⁶, e potencializou-se com o pensamento jurídico moderno-iluminista, cuja expressão máxima está no movimento da codificação. A teoria tradicional das fontes do direito é expressão desse sistema romano-germânico.

Da concepção estatal-legalista de direito, postulada pelo positivismo jurídico, em especial, pela perspectiva político-constitucional, tendo como pressuposto o Estado de Direito formal, decorre a teoria tradicional (e ainda de algum modo dominante⁴⁶⁷) das fontes do direito. A identificação da lei com o direito ocorreu, em especial, com fundamento no princípio liberal da separação dos poderes (John Locke e Montesquieu), na ideia de lei como expressão da vontade geral do povo (Kant e Rousseau) e do princípio democrático com a técnica de representação política. Nessa perspectiva, só poder político constitucionalmente legitimado constitui o direito. Nessa concepção de direito, o titular do poder político é o Estado, e não a comunidade política. Não há um problema, mas um postulado dogmático⁴⁶⁸ sobre as fontes do direito. O conceito de fonte do direito é um conceito formal ou técnico-jurídico.

Dentro desse paradigma, da concepção estatal-legalista de direito, para uma postura mais radical como a do auge da codificação, a lei seria, formal e materialmente, a única fonte do direito. O direito é constituído apenas pela lei, e, depois, para uma postura mitigada, a lei passou a ser a fonte decisiva ou fonte principal ou fonte originária do direito (*fons fontium*⁴⁶⁹), pois a própria legislação começou a admitir outras fontes no processo de constituição do direito, na categoria de fontes secundárias ou mediatas. No entanto, as outras fontes eram apenas aquelas qualificadas e nos limites dados pela lei.

A teoria tradicional das fontes do direito ocupa-se de três questões (a primeira, teórica; e as demais, dogmático-jurídicas)⁴⁷⁰: 1) a identificação das fontes do direito,

⁴⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 209.

⁴⁶⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 210.

⁴⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 212.

⁴⁶⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 213.

⁴⁷⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 213.

entre a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e outras; 2) uma teoria da lei como fonte positiva do direito; 3) e a hierarquia das fontes do direito.

Quanto à questão da identificação das fontes do direito, Castanheira Neves lembra que, até a 2ª Guerra Mundial, o costume foi excluído das fontes do direito, salvo na doutrina alemã, e essa exclusão não impediu o reconhecimento dos costumes *secundum legem e praeter legem* como fontes subsidiárias do direito, com a recusa do costume *contra legem*⁴⁷¹. A jurisprudência também foi excluída das fontes do direito, com fundamento no princípio da separação dos poderes⁴⁷², embora se reconhecesse sua influência material na aplicação do direito, com autoridade persuasiva.

Castanheira Neves, considerando *os assentos* do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como criação legislativa pelo Judiciário, incluiu-os, enquanto não foram declarados inconstitucionais, como fontes formais do direito⁴⁷³. A doutrina, por não ter mais a *auctoritas*, que teve em outras épocas, nem poder decisório, também foi excluído das fontes do direito⁴⁷⁴.

A questão dogmática da teoria da lei como fonte do direito diferencia a lei em sentido formal e a lei em sentido material; descreve o processo legislativo, desde a propositura do projeto de lei até sua publicação; e trata da vigência formal.

E, em relação à questão da hierarquia das fontes do direito, investiga-se o sistema das fontes formais prescritivas, seus termos, limites, supremacia e subordinação, a exemplo de “*uma das formulações teóricas mais conhecidas, e, já hoje clássica, do sistema formalmente hierárquico de uma ordem jurídica positiva é a doutrina de Stufenbau dessa mesma ordem, devida sobretudo a Kelsen, embora inspirado em Merkl*”⁴⁷⁵.

Castanheira Neves, considerando que o critério decisivo é o poder, elenca, no nível superior, a Constituição e as leis constitucionais; em segundo nível, as leis de modo geral e os assentos (até a sua declaração de inconstitucionalidade, em Portugal); em terceiro nível, os atos infralegais, como os decretos, as portarias e os despachos

⁴⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 214.

⁴⁷² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 215.

⁴⁷³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 216.

⁴⁷⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 216.

⁴⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 217.

normativos; e em quarto nível normativo, os regulamentos locais. Todas essas fontes baseadas no princípio da legalidade, nas suas dimensões formal e material.

Como problema “*sempre perturbador para a lógica linear desta concepção hierárquico-formal das fontes do direito*”, a relação, monista ou dualista, entre o direito internacional e o direito interno, e o nível normativo das normas de direito internacional, se supraconstitucional, se constitucional, se supralegal ou se legal?⁴⁷⁶

Essa teoria tradicional das fontes do direito, segundo Castanheira Neves, já está superada hoje⁴⁷⁷. As críticas resumem-se a três pontos: 1) revisão da concepção do direito; 2) diferente compreensão da metodologia realizada do direito; 3) novo sentido do sistema jurídico e das dimensões da normatividade.

A concepção estatista de direito predominou no positivismo jurídico até a 2ª Guerra Mundial, quando, com a restauração do jusnaturalismo, com a reconsideração do pensamento da natureza das coisas e com a recompreensão do fundamento material do direito e com o reconhecimento de sua historicidade, instaurou-se uma nova concepção, com uma teoria pluralista das fontes do direito⁴⁷⁸, a exemplo da perspectiva de Gurvitch, para quem são três elementos essenciais da normatividade jurídica: a autoridade qualificada, os valores e a eficiência real.

Haveria uma fonte primária ou material do direito sempre que se verificasse a conjugação desses elementos e, nesse sentido, as fontes do direito seriam fatos normativos. As fontes primárias são as fontes materiais e as fontes formais são os modos de constatação da normatividade jurídica das fontes primárias. Ocorre que ainda persiste a ideia do direito como já dado e o problema das fontes do direito não pode ser resolvido apenas em termos formais.

Na metodologia do direito, houve uma mudança de perspectiva quanto aos objetivos da realização do direito: o “*direito deixava então de ser concebido como a estrita aplicação de uma pressuposta legalidade ou de um pré-determinado e auto-suficiente sistema legal*”, “*para começar a ser pensado no sentido da realização*

⁴⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 218/219.

⁴⁷⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 219.

⁴⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 222.

material de um compromisso axiológico, de que não poderia dispensar-se a própria legalidade e a orientar sempre teleológica e concretamente”⁴⁷⁹.

A primeira consequência foi o delineamento dos limites da lei como critério jurídico. Castanheira Neves expõe que “(Françóis) Geny demonstrou a impossibilidade de satisfazer as exigências jurídicas da vida histórico-social tão-só com a manipulação exegético-constitutiva da lei”, “e, portanto, a necessidade do recurso a outros critérios e a outras fontes jurídicas extra-legais (o costume, as autoridades, a livre investigação científica)”⁴⁸⁰.

A segunda consequência foi o reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito⁴⁸¹, em especial, na concretização de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados etc., o que contribuiu para surgir um “*direito jurisprudencial*” (*Juristenrecht*).

Além disso, Castanheira Neves reconhece que “o direito se manifesta assim também nos princípios normativo-jurídicos de um modo particularmente importante e diferenciado” e, portanto, apontou a “*inclusão dos mesmos princípios no elemento das fontes*” do direito⁴⁸². Lembra, Castanheira Neves, que “*fontes só o podem ser, repita-se, os processos, atos ou modos constitutivos da positivação do direito*”⁴⁸³.

O direito positivo é uma síntese entre *auctoritas* e *ratio*⁴⁸⁴. Castanheira Neves lembra que há quem cogite um direito sem fontes, como, por exemplo, na doutrina do direito internacional, mas adverte que, mesmo nesse caso, o direito consuetudinário e os princípios normativos funcionam como fontes⁴⁸⁵.

⁴⁷⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 225.

⁴⁸⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 226.

⁴⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 227.

⁴⁸² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 230.

⁴⁸³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 231.

⁴⁸⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 231. Nota de Rodapé n. 03.

⁴⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 231. Nota de Rodapé n. 04.

A superação da teoria tradicional das fontes do direito, segundo Castanheira Neves⁴⁸⁶ e Norberto Bobbio⁴⁸⁷, ocorreram por fatores relevantes como: a revalorização do pensamento da natureza das coisas, o recurso aos princípios gerais do direito, a revalorização do papel do juiz e da jurisprudência valorativa e criativa.

Para Castanheira Neves, no entanto, “*não foram estes pontos ainda integrados numa outra e global concepção do problema que permita substituir aquela teoria tradicional por uma nova teoria*”⁴⁸⁸ das fontes do direito. Isso ainda está para ser desenvolvido pela ciência do direito.

Castanheira Neves aponta que o primeiro passo para a construção de uma teoria renovada das fontes do direito é assumir a *perspectiva fenomenológica-normativa*, que julga ser a mais correta⁴⁸⁹, e analisar, com ela, o processo normativo de constituição do direito positivo.

O problema das fontes não é identificar as formas do poder político prescrever o direito, mas o modo como a juridicidade vigente se constitui. Não adere à concepção imperativa do direito, como uma imposição do poder político. O foco não é o poder, mas a vigência. Estabelece que “*o direito é a normativa histórico-comunitariamente assumida justamente como direito*” e o que importa é “*o processo global da constituição do direito positivamente vigente*”⁴⁹⁰. Como duas consequências, dessa perspectiva, o princípio da separação dos poderes, primeiro, não significa que o direito se identifique exclusivamente com a lei, e, segundo, não conflita com o reconhecimento de outras *auctoritates* jurídico-socialmente legitimadas no processo normativo de constituição do direito positivo⁴⁹¹.

O processo normativo de constituição do direito positivo, nessa perspectiva fenomenológica, conta com aqueles quatro momentos, comentados acima, como uma indissociável unidade da experiência jurídica: o momento material, o momento de validade, o momento constituinte e o momento de objetivação.

⁴⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 232. Nota de Rodapé n. 01.

⁴⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 55.

⁴⁸⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 232.

⁴⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 232.

⁴⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 233.

⁴⁹¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 233.

Rememora-se que, no momento material, todo o direito positivo condiciona-se pela realidade histórico-social, que é o pressuposto material da sua constituição, funcionando como (co)determinantes e (co)constituintes do normativo jurídico. São os fatores naturais, sociais, culturais, espirituais e de qualquer outra natureza de uma comunidade política. São condição de possibilidade, de emergência, de adequação, de justiça, de relevância, de codeterminação, de positividade e de vigência do direito positivo. No entanto, não são fontes materiais do direito. Já sustentaram a existência de uma teoria das fontes materiais do direito: a Escola histórica, a Escola sociológico-jurídico alemã (Ehrlich), o pensamento da natureza das coisas, os pensamentos de Duguit (regra do direito), de Geny (*dos données*) e de Gurvitch (dos fatos normativos). Para Castanheira Neves, todos esses pensamentos estão equivocados e “*o direito não é pura e simplesmente (seja em que realidade for), constitui-se*”⁴⁹². O direito positivo é constituído a partir e para uma certa realidade histórico-social, mas não o é constituído por ela.

No momento de validade, o direito não é um fato, mas uma normatividade, que só se constitui se houver uma validade que o fundamente. Sem validade, os fatos e atos serão apenas fenômenos de poder, mas não serão manifestações do direito. O detalhe diferenciador está na obrigatoriedade da norma, que depende da validade da sua justificação. A normatividade vinculante precisa de uma fundamentação material. A competência e a legitimidade formal não garantem a positividade do direito, sendo necessária uma validade materialmente fundamentada. Castanheira Neves, nesse ponto cita Hans Welzel: “*o direito ‘como poder coage e só como valor obriga’*”⁴⁹³ e, com isso, arremata que “*a legitimidade ratione imperii não poderá deixar de se justificar vinculante império rationes*”⁴⁹⁴.

Castanheira Neves explica que o momento de validade ocorre na consciência jurídica geral da comunidade, que é uma síntese de todos os valores e princípios normativos, o que confere sentido ao direito, com índole *transpositiva*, traduzindo-se no que chamou de “*pressuposição axiológico-normativamente material e*

⁴⁹² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 235.

⁴⁹³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 244.

⁴⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 245.

comunitariamente histórica do ‘princípio normativo’ fundamentalmente constitutivo do direito”⁴⁹⁵.

Essa consciência jurídica geral da comunidade tem três “*objetividades intencionais*”: 1) os valores e princípios partem de uma indeterminação regulativa para uma histórica determinação como princípios jurídicos fundamentais, os quais, orientando-se pela ideia de direito, constituem uma ordem jurídica válida; 2) os valores e princípios ético-sociais, normativo-sociais e ideológico-políticos que exprimem a normativa consciência pública da comunidade política e, a propósito, nesse instante, o momento material participa do momento da validade, quando a realidade histórico-social, com suas intenções normativo-culturais, codetermina a normatividade jurídica; 3) os princípios jurídicos em sentido estrito que estão no direito positivo. Não são princípios jurídicos fundamentais nem estão relacionados imediatamente ao *ethos* comunitário⁴⁹⁶. Castanheira Neves destaca a bivalência dos princípios jurídicos: ganham positividade pela comunidade política e funcionam como intenções regulativa e de validade para as fontes que criam novo direito.

Em relação ao momento constituinte, Castanheira Neves comenta que, no momento de validade, ainda não há direito positivo em si mesmo, pois “*manifestando um fundamento axiológico e intencionando uma normatividade, não constitui só por isso uma vigência*”⁴⁹⁷, no momento constituinte é diferente. À *validade* deve-se agregar a *positividade*. Não há uma relação de necessidade (o direito positivo não se deduz da validade, embora deva estar nela fundamentado), mas uma relação de possibilidade. Só uma *auctoritas* positivante poderá conferir vigência ao objeto do processo normativo de constituição do direito positivo⁴⁹⁸.

Isso não significa que qualquer determinação da *auctoritas* poderá vigor, sendo certo que deve ter fundamento (validade normativa) e justificação (político-social). Castanheira Neves esclarece que a *auctoritas* não precisa significar poder, domínio e

⁴⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 245. Nota de Rodapé n. 02.

⁴⁹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 248.

⁴⁹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 249.

⁴⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 250.

subordinação, mas legitimação social, com capacidade para garantir a adesão e o reconhecimento gerais⁴⁹⁹.

No *global processo constitutivo*, o momento constituinte é o instante de conversão “*do ethos (a validade) em ius (direito positivo)*”. O momento da validade fornece a *ratio* ao momento constituinte que a submete à *auctoritas*. Castanheira Neves critica a teoria tradicional das fontes do direito, a qual se limitava só a atender à *auctoritas*, compreendendo nela a própria *ratio*⁵⁰⁰.

(...) há que convocar a comunidade (a comunidade para a qual se constitui o direito) e a sua experiência jurídica (a experiência que nela se possa reconhecer como normativo-juridicamente constituinte), pois é a comunidade o titular originário e o destinatário último da juridicidade – bem poderíamos falar aqui de um radical ‘princípio democrático’. (...) é igualdade nela e por ela (pela adesão prática manifestada na intencionalidade do seu comportamento) que o direito vê lograda ou frustrada a sua vigência. (...) por isso, os actos constituintes do jurídico só possam ser ou imediatamente o próprio comportamento comunitário (a prática consuetudinária) ou as mediações comunitariamente reconhecidas com legitimidade para essa função constituinte e segundo os modos que essa legitimação institucionaliza⁵⁰¹.

Embora não entenda que o costume seja o modo principal de constituição nas sociedades atuais, Castanheira Neves afirma que o direito positivo, em alguma medida, pode ser constituído por “*direta expressão das intenções normativas comunitárias*”⁵⁰².

(...) estamos igualmente em condições de entender o seu carácter originariamente comunitário: ela constituir-se-á sempre que uma realidade histórico-social, na forma de um qualquer comportamento intersubjectivo (‘momento material’) manifeste ou leve referido no seu próprio conteúdo intencional um sentido normativo fundamentante, por ser aquele conteúdo intencional uma qualquer expressão particular do *ethos* social (‘momento de validade’), que comportamentos análogos posteriores ou uma prática sucessiva reassume e confirma, determinando e positivando assim aquele intencional sentido normativo pela *auctoritas* da própria prática social (‘momento constituinte’). (...) Sem que possa ignorar-se em sociedades como as nossas, de uma cada vez maior mediação institucional e considerada a importância da ‘justiciabilidade’ como condição geral do jurídico, quanto o reconhecimento e a determinativa aplicação judicial do direito consuetudinário (‘momento de objectivação’) (...)⁵⁰³.

⁴⁹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 251.

⁵⁰⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 251. Nota de Rodapé n. 02.

⁵⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 252.

⁵⁰² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 252.

⁵⁰³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 255.

Com isso, Castanheira Neves afirma que as leis não interferem na (in)validade jurídico do costume *secundem legem, praeter legem e contra legem*, seja na forma negativa de *desuetudo*, seja na forma positiva de *consuetudo* ab-rogatória.

Quanto à legislação, há três fatores para que seja o modo constituinte predominante do direito positivo, nas sociedades atuais, em relação a outras fontes, mas sofrem limitações materiais, a saber: 1) fatores de ordem política (princípios da separação dos poderes e legitimidade democrática); 2) fatores de ordem sociológica (índole e estrutura das sociedades do nosso tempo: globais, pós-industriais, plurais e de conflito); 3) fatores de ordem funcional (com a função política de ordenação político-social e reformadora: só a lei define um programa social e, por isso, em geral, as Constituições remetem à reserva da lei; com a função política instituinte e planificadora-regulamentar: só com a lei é possível a intervenção jurídica de sentido estrutural e transformador; só a lei tem capacidade institucionalizadora e organizatória, com a criação de órgãos, dotados de poderes e competências, e só a lei exerce a expressão direta da planificadora função regulamentar do Estado; com a função jurídica da integração: cabe à lei impor uma solução geral e planificadora ao pluralismo social e, na falta de consenso quanto ao justo, prescrever pelo menos o que pode ser o lícito; e com a função jurídica de garantia: a lei pode assegurar mais objetividade e certeza, remontando forma de manifestação do direito que melhor permite o seu conhecimento e preserve a sua segurança, garantias essas assumidas pelo princípio da legalidade).

Castanheira Neves, adverte que “*a lei não é o direito (a lei e o direito não se confundem, nem é lícito identificá-los)*” e “*há, com efeito, que referir à lei decisivos limites jurídicos que não só lhe negam a possibilidade de uma constituição exclusiva da normatividade jurídica*”, “*como nos mostram que apenas com o concurso de outras dimensões normativas, para além da que ela própria oferece, a legislação participa afinal no processo constituinte do direito*”⁵⁰⁴.

A lei tem limites jurídicos. Em primeiro lugar, há limites funcionais: há um campo do direito que não é constituído a partir da legislação, mas por outros modos normativos, na linha da teoria pluralista das fontes do direito, a exemplo de normas diretamente instituídas da sociedade, de normas constituídas em estatutos associativos, de normas socialmente convencionais, de normas contratuais e outras.

⁵⁰⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 259.

Em segundo lugar, há limites normativos, de quatro tipos: limites normativos objetivos, pois a legislação fica sempre aquém dos problemas histórico-sociais⁵⁰⁵, de modo que o direito só consegue ser normativo-funcionalmente adequado à sua problemática social afirmando-se como um sistema aberto. Nenhuma legislação pode fechar o direito e o seu desenvolvimento ocorre também pela integração de lacunas e pelas decisões judiciais⁵⁰⁶; limites normativos intencionais, pois, com a concretização do direito, há uma dupla transcendência da legislação, primeiro pela referência aos princípios fundamentais do direito, e, segundo, pela realidade jurídica normativamente intencionada (*Normbereich*, expressão de Frederich Müller, como anota Castanheira Neves⁵⁰⁷), razão pela qual Castanheira Neves aponta a insuficiência dos critérios jurídico-formais da lei, o que obriga a ir normativamente para além deles, de maneira que

a própria interpretação em função concretizadora é sempre ‘uma conexão de *lex scripta e ius non scriptum*, pela qual unicamente se constitui a verdadeira norma positiva’ (Esser), e toda a realização do direito uma nomodinâmica constitutivo-integradora que não pode prescindir de elementos normativos translegais e transpositivos – o que, contra o formal legalismo e o seu unidimensional e pré-determinado normativismo, se pode considerar adquirido pelo actual pensamento jurídico (Wiacker, Germann, Less, Esser, Lombardi, Art. Kaufmann, Larenz, Belaid, F. Müller, Hruschka, Fikentscher, etc.)⁵⁰⁸.

Castanheira Neves reconhece a necessidade de elementos ou fatores interpretativos extratextuais, compreendendo essa interpretação como “*interpretação integral*”⁵⁰⁹. Em relação aos limites normativos, há ainda limites normativos temporais: a norma jurídica não é atemporal, como pretendia a concepção tradicional do legalismo, mas tem um “*vigor médio tempore*”⁵¹⁰ que sofre alteração, evolução ou mutação na historicidade, seja perante uma realidade jurídica que não correspondente mais ao seu objeto intencional, o que poderia gerar uma norma obsoleta, seja pelo fenômeno de

⁵⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 259.

⁵⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 260.

⁵⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 261.

⁵⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 261.

⁵⁰⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 261. Nota de Rodapé n. 01.

⁵¹⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 262. Nota de Rodapé n. 01.

alteração normativo-intencional do direito, com alteração nos princípios fundamentais do sistema jurídico, o que poderia gerar a caducidade normativa. Essas duas hipóteses justificarão um decidir *contra legem* e uma “*crítica intenção secundum ius*”⁵¹¹.

E ainda sobre os limites normativos, Castanheira Neves afirma que esse é o resultado da dimensão histórica do direito do seu sistema normativo; limite de validade: a “*consciência jurídica geral*” é simultaneamente uma pressuposição, no momento de validade, e um resultado constituído na prática da sua histórico-social realização, no momento constitutivo⁵¹², como um “*círculo hermenêutico*”⁵¹³. Essa “*intencionalidade jurídica fundamental em que o sistema jurídico e o direito cobram o seu verdadeiro sentido (e grande parte hoje recebida pelas constituições positivas)*” possibilita “*ajuizar e controlar, em nome do direito ou de uma essencial intenção ao direito, o conteúdo normativo-jurídico das normas prescritas legislativamente*”⁵¹⁴. Portanto, a intenção do direito transcende a lei e suas disposições, de modo que, em razão desses limites, somente na concreta realização jurídica, a legislação concorre para a constituição do direito positivo e adquire juridicidade⁵¹⁵.

Além dos tradicionais modos de constituição do direito positivo vigente (lei, costume e jurisprudência), há outros modos possíveis e outros necessários⁵¹⁶. Entre os possíveis, Castanheira Neves destaca os modos de natureza institucionalmente social (ordenamentos autônomos constituídos por corpos sociais organizados, determinando uma pluralidade de ordenamentos jurídicos), os modos de natureza associativamente estatutária e socialmente convencional (são os estatutos, convenções, pactos entre grupos ou setores sociais diferenciados para regular as suas particulares relações jurídicas, como, por exemplo, as convenções coletivas de trabalho e de consumo); e os modos de natureza negocial e contratual (normativa jurídica constituída no espectro da autonomia privada).

⁵¹¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 263.

⁵¹² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 263.

⁵¹³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 264.

⁵¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 264.

⁵¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 264.

⁵¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 265/266.

Criticou o caráter de heteronomia normativa da legislação, que foi adotado pela teoria tradicional das fontes do direito, mesmo quando essa se viu obrigada a abrir-se a um certo pluralismo, cujos demais modos de constituição do direito positivo só seriam admitidos se repetissem “*o paradigma da heteronomia normativa própria da legislação*”, “*só desse modo se poderia continuar a associar o conceito alargado de ‘fonte do direito’ a existência de uma auctoritas com poder prescritivo e ao direito a ideia de comando ou imperativo*”⁵¹⁷.

E, por essa razão, a teoria tradicional das fontes do direito não considerava os negócios e os contratos, por exemplo, como fontes do direito, mas seriam fatos juridicamente relevantes, até porque só atingiria as partes negociantes. Entretanto, para Castanheira Neves, a heteronomia ou a autonomia não são critérios de juridicidade; e os negócios e os contratos são sim fontes de uma “*normatividade específica*”, pois “*não é a vontade dos autores de negócio ou dos contraentes, pura e simplesmente, que funda o vínculo normativo-jurídico*”, “*mas a sua inserção (rectius, a inserção do comportamento declaratório) num determinado referente normativo comunitário, num certo contexto jurídico-social*”, “*com os seus valores, os seus princípios e os seus critérios normativos, enquanto pressupostos fundamentais de uma juridicidade constituenda*”⁵¹⁸.

É que, nessa normatividade específica, ocorre concretização dos valores, princípios e padrões normativos gerais do direito positivo da comunidade política. Lembra que há exigências normativas, por exemplo, de bons costumes e de respeito à ordem pública, dirigidas à autonomia privada⁵¹⁹. Conclui que o direito contratualmente constituído é fabricado do mesmo “*fundo normativo de validade*” que alimenta o direito positivo geral.

No âmbito das fontes do direito, a jurisdição, para Castanheira Neves, tem a função de ser a “*sede qualificada da experiência histórica do jurídico e da sua realização concreta*”, “*o sujeito da válida reconstituição da juridicidade do corpus iuris*”, “*o motor da actualização do direito e da sua comprovação perante o horizonte sempre mutável das expectativas sociais*”.

⁵¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 266.

⁵¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 267/268.

⁵¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 268.

Essa reconstrução histórica da ordem jurídica vigente também opera pela “*continua assunção reconstituente da ‘consciência jurídica geral’, que assim se vai objectivando numa ‘ordem jurídica translegal’ e que é autêntica ordem jurídica objetiva*”. E, portanto, uma “*ordem jurídica que se pode dizer historicamente in action e por isso verdadeiramente vigente*”⁵²⁰. É importante o destaque que Castanheira Neves faz do pensamento de Oscar Bülow: “*a lei não pode criar imediatamente direito, a lei é só um projecto (Vorbereitung), uma tentativa para a realização de uma ordem jurídica: não só a lei, mas a lei e a jurisdição produzam o direito da comunidade*”.⁵²¹

A juridicidade positiva da jurisprudência, como modo de constituição do direito positivo vigente, não é uma espécie especial de direito consuetudinário nem um complemento da lei com ela formando unidade, mas a normatividade jurisdicional é específica e autônoma, transcendendo à normatividade legal⁵²², em razão dos limites normativos da lei e porque é possível uma autônoma superação jurisprudencial.

Nesta base se compreende uma outra tentativa de solução. Aquela que se traduz em admitir, ainda nos sistemas de legislação, uma normatividade jurídica prejudicial – i. é imputando à casuística jurisdicional um regime de precedentes (ou de ‘pré-juízos’, afim ao que caracteriza a *common law*, e que lhe conferiria a qualidade de uma ‘independente fonte do direito’.⁵²³

E sobre essa tentativa de se adotar em sistemas jurídicos da *civil law* um regime de precedentes obrigatórios ou de *stare decisis* semelhante ao da *common law*, Castanheira Neves demonstra preocupação:

vai decerto longe demais ao pretender impor nos sistemas de legislação um regime de precedentes obrigatórios ou de *stare decisis* manifestamente análogo ao da *common law*, mas sem que possa invocar nesses sistemas o enquadramento institucional (enquadramento institucional decerto análogo àquele que a *common law* pressupõe e testemunha) necessário à viabilização dessa pretensão⁵²⁴.

A partir de uma “*inferência explicitante*”, de acordo com Castanheira Neves, das decisões concretas da realização do direito para as normas, ocorre “*explicitações*

⁵²⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 269.

⁵²¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 270. Nota de Rodapé n. 01.

⁵²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 271/272.

⁵²³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 272.

⁵²⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 276.

dogmáticas das intenções normativas que as informam como seus pressupostos fundamentais”.

É dessas inferências e explicitações que se recuperam elementos normativos que aparecem, de modo explícito, nas decisões judiciais, e foram assimilados de modo implícito, ao se transcender os limites materiais da legislação. E dessas inferências normativas e explicitações dogmáticas, para Castanheira Neves, há a “*objetivação normativo-dogmática, que se vem a inserir no corpus iuris, adquirindo desse modo vigência jurídica*”⁵²⁵, isto é, a constituição do direito positivo.

A doutrina é condição de possibilidade para essa objetivação dogmática, que fala Castanheira Neves, participando do processo global de constituição do direito positivo “*em termos dogmaticamente complementares*” (face complementar), pois viabiliza a sua reelaboração cognitiva e reconstituente, e “*em termos heurístico-normativamente antecipantes à própria realização jurisdicional do direito*”⁵²⁶ (face antecipante).

Essas duas faces da doutrina unem-se num “*continuum normativo-dogmático*”. Suas duas faces e seu *continuum* articulam-se com a jurisdição em uma unidade totalizante (*Juristenrecht*). Assim ocorre a objetivação dogmática da consciência jurídica da comunidade política.

O reconhecimento da doutrina como fonte do direito poderia ser questionado pela falta de *auctoritas*, o que não ocorreria com a jurisprudência, mas, para Castanheira Neves, não se deve confundir autoridade e poder, além de que o reconhecimento de *auctoritas* à doutrina é uma conclusão implícita das suas faces e *continuum*, e, ainda em reforço, por integrar unidade global com a jurisprudência, na reelaboração dogmático-normativa⁵²⁷.

O reconhecimento da jurisprudência e da doutrina como fontes do direito não é uma novidade. Para Castanheira Neves, “*foi sempre uma constante histórica, do supostamente interrompida pelo parênteses ideológico do positivismo legalista*”⁵²⁸.

Quanto ao momento de objetivação, Castanheira Neves comenta que não é suficiente a positividade do direito, não é suficiente que a normatividade tenha

⁵²⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 277/278.

⁵²⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 278.

⁵²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 280.

⁵²⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 280.

juridicidade e não é suficiente que seja determinada por uma *auctoritas*, sendo necessária ainda a sua *vigência*.⁵²⁹

A positivação ocorre com a integração da normatividade jurídica, determinada por uma *auctoritas*, e com a sua integração na ordem jurídica. Todos os modos de constituição da normatividade jurídica (costume, lei, jurisprudência, doutrina e outros). No entanto, não se deve pensar que o critério de vigência ou de positivação da normatividade jurídica é a sua eficácia social. Há diferença entre validade, vigência e eficácia, de maneira que, para Castanheira Neves a vigência, em uma posição intermediária entre as demais, é *“o centro dialético entre validade e eficácia, já que a vigência é uma realidade normativa que nem se reduz a uma intenção normativa ideal (embora a pressuponha como fundamento constituinte) nem se esgota numa facticidade empírica”*⁵³⁰.

As duas condições fundamentais da vigência são: a (re)compreensão da validade jurídica de determinada normatividade pela consciência jurídica geral da comunidade política, através da doutrina e da jurisprudência; e (re)elaboração normativo-dogmática que opera sua assimilação sistemática e a integra no sistema jurídico. Castanheira Neves conclui que *“a compreensão justifica-a como de direito, a assimilação introdu-la no direito”*⁵³¹.

Por fim, Castanheira Neves conclui que o tema das fontes do direito não visa à descrição das fontes de produção e de conhecimento das normas jurídicas, mas conduz ao problema da constituição normativa do direito positivo, cuja solução está na análise do processo normativo juridicamente constituinte da atual experiência jurídica. Os momentos (material, validade, constitutivo e objetivação) formam uma unidade, cujo todo significa mais do que as partes.

E numa síntese final diremos que a normativa constituição do direito a temos num processo constitutivo pelo qual uma validade normativo-jurídica é referida a uma realidade histórico-social através de certos modos ou instâncias constituintes que impõem a determinação de uma normatividade jurídica susceptível de se inserir, por uma sua objectivação dogmática, no *corpus iuris* e de adquirir, por isso mesmo, vigência normativo-jurídica⁵³².

⁵²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 280.

⁵³⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 281.

⁵³¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 283.

⁵³² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema.** In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982, p. 285.

Castanheira Neves publicou ainda um longo artigo intitulado *O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*⁵³³, no Volume 1º, do Ano 1995, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Sobre o sentido geral do princípio da legalidade penal, Castanheira Neves aponta a síntese *nullum crimen nulla poena sine lege*, elaborada pela doutrina a de três princípios delineados por Feuerbach, em 1801: *nulla poena sine lege, nulla poena legalis sine crimine e nullum crimen sine poena legali*. Destaca como é problemático que ainda permaneça, como herança cultural, a intenção normativa, isto é, o sentido originário e iluminista, lastreado em positivismo legalista (a única fonte do direito é a lei, que com ela se identifica; a lei faz uma pré-declaração do jurídico; e sua aplicação é lógico-subsuntiva), atribuído a esse princípio, pois as concepções do direito e da lei em geral, e, em especial, do direito penal e da lei penal, bem como a metodologia do direito, mudaram ao longo do tempo⁵³⁴. Diz ainda Castanheira Neves que

É que todos aqueles pressupostos iluministas vão superados na recuperada distinção entre a lei e o direito: na actual recompreensão do problema das fontes no reconhecimento da transcensão da mera legalidade por uma juridicidade material ou da abertura daquela a esta e bem assim da insuficiência normativas do critério formal da lei para assumir a juridicidade correta, no carácter normativo e de mediação concretamente constitutiva da realização do direito.⁵³⁵

A primeira função do princípio da legalidade penal é a função de garantia, abrangendo todo o direito penal (criminalização e punição) constitutivo *in malam partem*⁵³⁶, “*exigida pela ideia do Estado-de-Direito, contra o exercício já ilegítimo (político-juridicamente ilegítimo), já abusivo (persecutório e arbitrário), já incontrolável (subtraído à racionalidade jurídico-dogmático e crítico-metodológica) do ius puniendi estadual*”⁵³⁷. É expressão do princípio democrático, do princípio da

⁵³³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 348/473.

⁵³⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 350.

⁵³⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 351.

⁵³⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 352.

⁵³⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 353.

separação dos poderes, da segurança jurídica, do respeito à liberdade dos cidadãos e da possibilidade de controle da incriminação e da punição.

Além da dimensão formal, o princípio da legalidade tem uma dimensão material, reflexo da constitucionalização de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e da incorporação no direito nacional de direitos humanos internacionais. Entretanto, Castanheira Neves reclama que “*é esta uma nova dimensão do princípio que, apesar dos já relevantes contributos oferecidos pelo atual pensamento jurídico, não logrou ainda afirmar-se*” com a importância necessária; e insiste que espera uma recompreensão desse princípio para que possa reinstituí-lo no pensamento jurídico contemporâneo.

Esse princípio está a exigir uma mutação de sua intencionalidade normativa específica, preservada a dimensão formal e enriquecido pela dimensão material, adverte Castanheira Neves. É um dos princípios normativos fundamentais da consciência jurídica geral, tanto que está previsto em todos os documentos históricos e declarações de direitos humanos⁵³⁸.

Com essas críticas de Castanheira Neves à tradicional teoria das fontes do direito penal e com as diretrizes teóricas que ele forneceu para a construção uma nova teoria, a partir de uma alguma concepção de direito e de alguns critérios para conferir *juridicidade* às normas, adiante veremos duas revoluções científicas sobre o princípio da legalidade penal, com suas dimensões formais e material (*law in the books*); verificaremos a atual crise da legalidade penal e as ilusões iluministas; e, na Parte II dessa tese, a partir dessas contribuições de Castanheira Neves e adotando a concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin e seus critérios de juridicidade de normas, apresentaremos estudos contributivos para uma nova teoria das fontes do direito penal brasileiro e, em especial, apontaremos uma terceira revolução científica da legalidade penal, a sua dimensão dinâmica (*law in action*).

2.1 A DIMENSÃO FORMAL E A PRIMEIRA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL

Conseguir, em alguma medida, dar garantias aos cidadãos de que somente sofrerão sanções penais institucionalizadas, por parte do Estado, se praticarem alguma

⁵³⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (art. 8º); Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 11, n. 02); Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 (art. 7º).

das condutas descritas nos tipos penais; de que o catálogo de infrações penais é aquele previamente previsto em leis democraticamente aprovadas pelos próprios destinatários dessas normas penais incriminadoras, isto é, pelo próprio povo soberano, mediante a técnica de representação política; de que é possível os cidadãos orientarem seus próprios comportamentos com cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade *do, no e pelo* Direito Penal; e de que não será possível mais nenhum artifício que possa causar uma *surpresa injusta* ou de alguma forma possa causar algum prejuízo à situação jurídica do cidadão, seja mediante analogia *in malam partem*, seja por algum costume não-escrito e incriminador ou, ainda, seja por alguma vagueza e indeterminação do tipo penal com a qual, de forma sub-reptícia, se possa atingir efeitos práticos semelhantes à retroatividade de uma lei penal mais severa, isso, sem dúvida, consistiu em uma primeira revolução científica e na dimensão formal do princípio da legalidade penal.

Dessa primeira concepção moderna de legalidade penal verifica-se os seus fundamentos políticos liberais, como, por exemplo, a soberania estatal, a separação dos poderes, a democracia, a segurança jurídica, o princípio da confiança⁵³⁹, a prevenção geral da pena, a liberdade individual de cada um dos cidadãos, o princípio da culpabilidade e, essencialmente, viabilizar a concretização de diversos aspectos do Estado de Direito no âmbito do direito sancionador⁵⁴⁰. O princípio da legalidade penal tem fundamentos diversos haja vista que exerce diferentes funções⁵⁴¹, estando na função garantia o seu papel mais importante no Estado de Direito, traduzida tanto na limitação do *jus puniendi*, quanto na cognoscibilidade do cidadão para orientar as suas condutas. Enrique Bacigalupo afirma que o princípio da legalidade penal é uma *tarefa inconclusa*, sujeita aos influxos históricos.

⁵³⁹ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 54: “*El punto de vista contrario se apoya en la idea de ‘protección de la confianza, que sería afectada por un cambio jurisprudencial. Sin embargo, ello no requiere el reconocimiento de la prohibición de efecto retroactivo de al jurisprudencia, toda vez que es posible llevar a cabo la protección de la confianza en lo decidido por los tribunales antes de ejecutar la acción, cabrá apreciación de un error de prohibición disculpante y, en su caso, do tipo. No cabe suponer que la modificación de una interpretación jurisprudencial afecta a la objetividad del derecho penal ni al principio de confianza’*”.

⁵⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 56 e 90.

⁵⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 50.

A relação entre a legalidade, a culpabilidade e a liberdade está na essência da fundamentação do princípio da legalidade penal⁵⁴², pois, o cidadão somente terá culpabilidade, isto é, sofrerá juízo de reprovação social e será merecedor de sanção penal, se, conhecendo previamente as leis penais, isto é, a cognoscibilidade decorrente da legalidade penal, decidir, no espaço de liberdade que tem, nas circunstâncias concretas durante o momento da conduta, agir, com dolo ou culpa, em conformidade com o direito ou em violação à norma penal incriminadora e ofensa intolerável e significativa ao bem jurídico-penal.

Também dessa mesma concepção moderna é possível ver que a legalidade penal tem como corolários lógico-jurídicos, na sua dimensão formal, quatro proscricções: a proibição de costume incriminador; a proibição de analogia *in malam partem*; a proibição de retroatividade de *lex gravior*; e a proibição de vagueza e indeterminação dos textos de lei penal incriminadora. Claus Roxin e Enrico Bacigalupo⁵⁴³ afirmam que, entre essas quatro proibições, as proibições de analogia *in malam partem* e de costume incriminador dirigem-se ao juiz, bem como as outras proibições, a de irretroatividade de *novatio legis in pejus* e a de indeterminação e imprecisão da lei penal, dirigem-se precipuamente ao legislador⁵⁴⁴.

E, dessa mesma concepção, extrai-se elementos para a construção do conteúdo mínimo do princípio da legalidade penal, em sua primeira revolução científica, o qual é composto por cinco princípios jurídicos: o princípio da reserva legal⁵⁴⁵, que significa, por exemplo, de acordo com a atual Constituição brasileira, que a matéria penal está reservada para a lei ordinária ou complementar federal; o princípio da anterioridade, cujo sentido consiste na irretroatividade de lei penal mais severa à situação jurídica do cidadão, e, portanto, deve ser uma lei penal com início de vigência anterior à prática do fato; o princípio da proibição da analogia *in malam parte*, que se refere à inadmissibilidade da aplicação de consequência jurídica cominada para situação

⁵⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 146.

⁵⁴³ BACIGALUPO, Enrico. *Direito Penal. Parte Geral*. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

⁵⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 140.

⁵⁴⁵ Compreendo, na esteira da doutrina mundialmente majoritária, que o princípio da legalidade penal e o princípio da reserva legal não são sinônimos. A reserva legal é apenas um dos conteúdos normativos da legalidade penal.

semelhante prevista em lei a outra situação não prevista, e, portanto, a lei penal deve ser estrita para determinada situação; o princípio da proibição do costume *praeter legem* incriminador, que se refere à impossibilidade de uma conduta sem prévia previsão legal ser reprovada jurídico-penalmente, ainda que seja extremamente reprovável do ponto de vista social; e o princípio da taxatividade, que se traduz na exigência política e jurídica de que as condutas criminalizadas e situações que agravam a pena sejam descritas na lei penal com a maior precisão e detalhamento possível, a fim de se evitar vagueza, ambiguidade e indeterminações em demasia.

Por isso que a literatura penal, desde Feuerbach, tem organizado as ideias, nessa concepção moderna de legalidade penal, a partir das seguintes expressões latinas, a começar pelo *nullum crimen nulla poena sine lege*: 1) *nullum crimen, nulla poena sine lege populi* (proibição da aplicação de uma lei que não tenha sido aprovada pelo próprio povo destinatário das normas penais, com seus próprios políticos, em um Parlamento nacional); 2) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (proibição da criminalização de costume); 3) *nullum crimen sine lege stricta* (proibição da criminalização da analogia *in malam partem*); 4) *nullum crimen sine lege praevia* (proibição da *irretroatividade in malam partem*); 5) *nullum crimen sine lege certa* (princípio da taxatividade).

Isso significa que, na dimensão formal da legalidade penal, a lei penal deve ter as seguintes características, de acordo com os seus princípios normativos e corolários jurídicos: deve ser uma lei ordinária federal (princípio da reserva legal), prévia (princípio da anterioridade), escrita (princípio da proibição do costume incriminador), estrita (princípio da proibição da analogia *in malam partem*) e certa (princípio da taxatividade). A primeira revolução científica da doutrina da legalidade penal foi afirmar historicamente, desde a formação dos Estados modernos, a exigência político-jurídica do *nullum crimen nulla poena sine lege populi, praevia, scripta, stricta e certa*.

Luiz Luisi afirma que o princípio da legalidade penal se desdobra em três postulados: “*um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo*”⁵⁴⁶.

Por sua vez, Rosa Maria Cardoso da Cunha, em uma perspectiva crítica, afirma, desde 1979, que o princípio da legalidade penal não constitui uma efetiva garantia do

⁵⁴⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

cidadão em face do Estado e destaca o seu *caráter retórico*⁵⁴⁷, pois, na realidade, segundo ela, a lei penal retroage sim em prejuízo do acusado; a lei escrita não é a única fonte do direito penal; existe analogia *in malam partem*; e as palavras da lei penal são vagas e ambíguas. Nilo Batista⁵⁴⁸ concorda com essa crítica e, em texto publicado em 1983, afirmou que na história institucional da comunidade política brasileira nós conhecemos, apesar das promessas da modernidade sobre a legalidade penal, a retroatividade de lei penal mais severa; nós conhecemos a aplicação analógica de lei penal; proliferaram entre nós determinações vagas e indeterminadas nas lei penais; nós conhecemos inúmeros casos de delegação da complementação de norma penal em branco heterogênea ao Poder Executivo; apesar da lei penal ser, no discurso oficial, a única fonte formal imediata de norma penal incriminadora, nós conhecemos vários decretos-leis em matéria penal.

Helena Cláudio Fragoso, em artigo publicado em 1971, afirma que o princípio da legalidade penal “*surge claramente por razões históricos ligadas à independência americana, em alguns documentos políticos da maior importância no direito constitucional dos Estados Unidos*”⁵⁴⁹, e, a partir disso, intelectuais europeus foram influenciados, como ocorreu na revolução francesa. Em *Comentários Adicionais* à obra *Comentários ao Código Penal de 1940* de Nelson Hungria (Parte II no Tomo I do Volume I), Helena Cláudio Fragoso esclarece que o princípio da legalidade penal surgiu, originariamente, como uma reivindicação política de proibição do efeito retroativo dado a uma lei penal, e, na sua opinião, “*a proibição da retroatividade,*

⁵⁴⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

⁵⁴⁸ BATISTA, Nilo. **Bases constitucionais do princípio da reserva legal**. In: Revista de direito penal e criminologia, n. 35. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro / Forense, jan.-jun., 1983, p. 59: “*No Brasil, conhecemos casos de aplicação retroativa de pena, dissimuladas sob a omissão do caráter penal da medida aplicada: outra coisa não foi o banimento de presos políticos cuja saída do país fora imposta como condição do resgate de diplomatas sequestrados. Sem reserva legal, e sem processo legal, a pessoas sem qualquer nível de responsabilidade era aplicada a pena de banimento. Também conhecemos a aplicação analógica da lei penal, e os mais lembrados são os casos em que a palavra ‘sequestro’, secularmente identificada, em direito penal, com a abductio ou retentio de pessoas, viu-se aplicada a aeronaves apoderadas antes da lei incriminadora própria. Proliferaram entre nós, e subsistem, incriminações vagas e indeterminadas, merecendo relevo certas figuras típicas da lei de segurança nacional, como ‘devastar’, ‘depredar’, ‘praticar sabotagem’, ‘praticar terrorismo’, etc. Quando a constituir a lei a fonte única de normas penais puras, tivemos uma enxurrada de decretos-leis em matéria penal, principalmente pela hipertrofia do conceito de ‘segurança nacional’ ou pela ductibilidade do conceito de ‘finanças públicas, inclusive normas tributárias’; não se questionou em nenhum momento se a permissão constitucional incluiu normas penais relacionadas a esses campos, e o resultado foi um direito penal de cuja monstruosidade já se falou suficientemente”.*

⁵⁴⁹ FRAGOSO, Helena Cláudio. **Apontamentos sobre o princípio da reserva legal**. In: Revista de Direito Penal, n. 01, jan.-mar., Rio de Janeiro, 1971. Disponível em http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003011220-principio_reserva_legal.pdf. Acesso em 13.05.2022.

todavia, não alcança as alterações da jurisprudência em prejuízo do réu”⁵⁵⁰. Claus Roxin concorda com esse entendimento, porque uma opinião minoritária, mas crescente, que compreende que essa garantia também proibiria a retroatividade de mudança de jurisprudência *in malam partem*, considerando que o cidadão confia na jurisprudência, tão quanto na lei, para orientar seus comportamentos sociais, “*mas, esta posição não se pode compartilhar, por ser contrária à ideia básica do princípio da legalidade, já que equipararia legislação e jurisprudência*”⁵⁵¹ e, no entanto, se o cidadão, no momento da sua conduta, estava em vigência um antigo entendimento jurisprudencial mais benéfico, que foi decisivo para que orientasse o seu comportamento social, nesse caso, segundo Roxin⁵⁵² e Bacigalupo⁵⁵³, haverá um erro de proibição não culpável, sem que seja necessário estender a garantia da irretroatividade de *lex gravior* à jurisprudência. Fragoso indicou ainda, quanto a taxatividade da lei penal, que surgiu depois dos demais, na historicidade do direito, como um novo corolário jurídico da legalidade penal⁵⁵⁴. Para Winfried Hassemer também não se deve estender a garantia da proibição de retroatividade da lei penal mais severa à mudança de entendimento jurisprudencial, quando há divergências relevantes entre os juristas, sendo mais recomendado se reconhecer o erro de proibição inevitável⁵⁵⁵. No entanto,

⁵⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 222.

⁵⁵¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 165.

⁵⁵² ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 166.

⁵⁵³ BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122: “*É dizer, nos casos em que o autor venha a agir em conformidade com o que até então vinha sendo decidido pelos tribunais, será cabível a aplicação das regras relativas ao erro de proibição. Portanto, não tem cabimento supor que a modificação de uma interpretação jurisprudencial afete a objetividade do direito penal, nem o princípio da confiança*”.

⁵⁵⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 223.

⁵⁵⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª ed. Alemã por Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005 (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990), p. 346: “*Vê-se em seguida que uma ampliação fática da proibição da retroatividade à jurisprudência causaria imediatamente a sua estagnação. Como nós já vimos várias vezes, a jurisprudência vive de uma contínua recriação da lei, ela não tem alternativas frente às margens de liberdade semântica e à necessidade de regras de aplicação, frente à mudança social que também reflete na linguagem. Se se quisesse estender a proibição da retroatividade também à jurisprudência, a consequência claramente previsível disso seria a falsa exclusão da proibição, pois exigiria o impossível. No julgamento desta questão deve-se levar em conta que se pode proporcionar uma maior facilidade ao acusado no caso concreto para que se conceda a ele um erro de proibição (inevitável) (§17 do StGB)*”.

excepcionalmente, na perspectiva do princípio da confiança, quando a concretização da lei penal é transmitida aos cidadãos através da jurisprudência, considerando que os meios de comunicação em geral e a imprensa especializada transmitem essas informações e valores da jurisprudência ao público, por exemplo, quando é a jurisprudência que constrói rigorosamente as diretrizes gerais de uma lei e quando estes contornos são transmitidos com precisão aos destinatários, não poderá, se houver mudança para uma jurisprudência mais severa, retroagir para prejudicar os cidadãos⁵⁵⁶.

Nelson Hungria defendeu que *“a lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais de direito’, ou pelo costume”*⁵⁵⁷. Sem a previsibilidade que a lei penal deve oferecer previamente, de modo escrito, estrito e preciso, ao cidadão, *“o indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cujo antissociabilidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente”* e *“seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juízes e a mentalidade média do homem do povo”, “ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas das vezes inacessível ao seu próprio entendimento”*⁵⁵⁸.

Isto é natural: quando os juristas ainda não sabem o que está correto no caso concreto (e, por exemplo, respondem de modo diferente questões jurídicas relevantes nas mais diversas instâncias), pode-se conceder ao acusado um erro normativo (normativen Irrtum) – em uma extensão maior que aquela admitida até o momento pela jurisprudência!”.

⁵⁵⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª ed. Alemã por Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005 (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990), p. 346: *“Mas com frequência os princípios produzem nos casos concretos isolados o oposto do que eles queriam alcançar para a maioria das situações. Assim ocorre também em relação à proibição da retroatividade no âmbito da jurisprudência. Se se observar com acuidade, se perceberão situações nas quais a comunidade jurídica tem um conhecimento mais intenso do conteúdo da jurisprudência criminal do que do conteúdo da lei e coloca-se também plena confiança na posição da jurisprudência. Este caso ocorre quando a jurisprudência constrói rigorosamente as diretrizes gerais de uma lei e quando estes contornos são transmitidos com precisão aos afetados. Exemplos disso se encontram no Direito fiscal (o que se pode deduzir?), no Direito de imprensa (onde estão os limites entre os direitos de personalidade do acusado e o direito à informação?) e no Direito do trânsito. (...) Os meios de comunicação em geral e a imprensa especializada transmitem estes valores ao público, e muitos motoristas tinham uma ideia de quanto álcool eles podiam tolerar e beber para estar dentro do limite traçado pela jurisprudência: um exemplo acadêmico de observância ao Direito com base em cálculos racionais, um momento decisivo de prevenção geral. Entretanto a jurisprudência tem se negado a estender a proibição da retroatividade penal no agravamento dos limites da incapacidade para dirigir de 1,5% para 1,3%. Quem compreende a proibição da retroatividade sob o ponto de vista da confiança, não poderá estender a tais casos, nos quais a concretização da lei é transmitida aos afetados com precisão através da jurisprudência, a proibição da retroatividade excepcionalmente na jurisprudência”*. Na Nota de Rodapé n. 645: *“Leia-se na ocasião a BGHSt 21, 157 ss. (sobre a regra de 1,3% vigente anteriormente) e a crítica incisiva de Haffke, Promille-Grenze)”*.

⁵⁵⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Vol. I, Tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 21.

⁵⁵⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Vol. I, Tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 24.

Sobre a possibilidade de criação judicial do direito penal, Nelson Hungria afirma categoricamente que *“notadamente em matéria penal, não pode o juiz meter-se a filósofo reformista, a santo incipiente ou a sociólogo de gabinete”*, *“para pretender corrigir a lei segundo a sua cosmovisão, a sua mística ou o seu teorismo. Tem de aplicar o direito positivo”*, que, para ele, é *“o direito expresso ou latente nas leis, e não o direito idealmente concebido através de especulações abstratas ou lucubrações metafísicas”*. Hungria afirma que o juiz pode decidir do modo como entende mais correto, mas *“isso dentro da própria latitude do sentido ou escopo dos textos, e não ao arrepio deles”*⁵⁵⁹. Não obstante, Hungria admite que é possível a interpretação extensiva e *“em matéria penal, só deve ser admitida nos casos estritamente necessários”*, ou seja, *“quando os casos não previstos expressamente devem ser a fortiori (ou por força de compreensão) abrangidos pelo dispositivo”*⁵⁶⁰.

São inevitáveis no direito penal os tipos abertos, a lei penal em branco, os elementos normativos do tipo, os conceitos dogmáticos valorativos. Heleno Cláudio Fragoso afirma que essas e outras figuras, no direito penal, *“enfraquecem a função de garantia da lei penal, (mas) não atingem o princípio da legalidade”*⁵⁶¹. Igualmente, Enrico Bacigalupo, pois todos os tipos penais têm *“elementos que requerem valoração judicial”*⁵⁶², e, mais, para esse penalista argentino, o legislador espera que o juiz não aplique os seus valores pessoais, mas os valores gerais da sociedade, bem como a distinção entre elementos objetivos do tipo, entre descritivos e valorativos, não é útil, porquanto os elementos descritivos também exigem valorações⁵⁶³.

Bacigalupo também entende que algum grau de generalização e até o uso de cláusulas gerais nas leis penais não vulnera o princípio da legalidade penal, se for

⁵⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Vol. I, Tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 88.

⁵⁶⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código penal**. Vol. I, Tomo I: arts. 1º ao 10. 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 92/93: *“Exemplos de interpretação extensiva: quando o Código incrimina a bigamia (artigo 125), está necessariamente implícito que abrange na incriminação a poligamia; quando incriminam o rapto (art. 219), sem outra distinção que a referente aos meios executivos, compreende não só o rapto per abductionem (com remoção da vítima de um lugar para outro) como o rapto per obsidionem (com arbitrária retenção da vítima em lugar aonde fora por sua livre vontade); quando um fato é incriminado por criar uma situação de perigo (v.g.: o fato previsto no art. 130 do Código Penal), também o é, não obstante o silêncio da lei quando cria uma situação de dano efetivo (crime exaurido)”*.

⁵⁶¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 227.

⁵⁶² BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

⁵⁶³ BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

possível o cidadão compreender qual é a conduta criminalizada⁵⁶⁴. Outro ponto importante, para Bacigalupo, o fundamento da admissibilidade da analogia *in bonam partem*, embora Nelson Hungria⁵⁶⁵ por sua vez entendesse pela sua inadmissibilidade no direito penal brasileiro, está na própria essência do princípio da legalidade penal, cuja função de garantia é a de evitar surpresa injusta ao cidadão, sem que antes pudesse ter um referencial formal para calcular o seu comportamento social, de modo que essa função estará preservada com a aplicação lógico-jurídica de autointegração do ordenamento penal sempre que beneficiar o indivíduo. Com o mesmo fundamento, Bacigalupo admite o costume como fonte do direito penal para beneficiar o cidadão⁵⁶⁶.

Com essa dimensão formal da legalidade penal foi construído o entendimento, desde Beccaria e Feuerbach, em alguma medida, flexibilizado ao longo do tempo, como destaca Claus Roxin, sobre “o sentido literal possível na linguagem corrente como limite da interpretação”⁵⁶⁷ no direito penal. Enrico Bacigalupo, a propósito, afirma, ao comentar o princípio da legalidade penal, que “o desenvolvimento da moderna hermenêutica, contudo, vai ainda mais longe”, “pois permite comprovar que os cânones interpretativos tradicionais não podem garantir uma completa exclusão de preconceitos (ideias preconcebidas)” da aplicação da lei penal, além de que, diz Bacigalupo, “os métodos clássicos de interpretação (como o literal ou gramatical), portanto, sofreram nos últimos tempos uma importante transformação”⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 110.

⁵⁶⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 230: “Partindo de rigoroso positivismo jurídico, Nelson Hungria entende (p. 110) que não haveria lugar, em face do CP vigente, para a analogia *in bonam partem*. Os preceitos referentes à exclusão da antijuridicidade, da culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção da punibilidade, seriam excepcionais, e, pois, insuscetíveis de ampliação analógica em favor do réu. A opinião do mestre está fundada em sólida doutrina. Desejamos, no entanto, a propósito, registrar nosso dissenso. Parece-nos que as normas exigentes de caráter geral não são excepcionais e que, como já ensinava Carrara, são suscetíveis de ampliação analógica. Como afirma Bettioli, somente quando a norma representa uma verdadeira e própria interrupção na projeção lógica de uma norma penal deve ser considerada de caráter excepcional, e, pois, limitada aos casos nela especificados (...). A aplicação analógica (que não se confunde com a interpretação analógica, sempre admissível em qualquer caso) há de fazer-se com base no argumento *a pari razione*”.

⁵⁶⁶ BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116.

⁵⁶⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München*, 1994), p. 147.

⁵⁶⁸ BACIGALUPO, Enrico. **Direito Penal. Parte Geral**. Tradução da 2ª edição do espanhol por André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

Fernando Mantovani e Francesco C. Palazzo⁵⁶⁹ explicam que o princípio da reserva legal, em específico, trata das fontes do direito penal e, a partir de uma reserva absoluta mitigada (*riserva assoluta relativizzata*⁵⁷⁰) em relação ao preceito primário do tipo penal, que descreve a conduta criminalizada, e da reserva absoluta para o preceito secundário do tipo penal, que descreve a sanção penal, está reservado para a lei, aprovada diretamente pela própria comunidade política destinatária, a partir de seus representantes políticos, o monopólio de ser a única fonte das normas penais incriminadoras.

Esse desenvolvimento histórico do princípio da legalidade e seus corolários lógico-jurídicos consistiu na sua primeira revolução científica e em sua dimensão formal.

2.2 A DIMENSÃO MATERIAL E A SEGUNDA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL

Com o desenvolvimento, seja na tradição *civil law*, da teoria do bem jurídico⁵⁷¹ (de Franz Birbaum⁵⁷² a Claus Roxin⁵⁷³), seja na tradição *common law*, da teoria do *harm principle*⁵⁷⁴ (de John Stuart Mill⁵⁷⁵ a Joel Feinberg⁵⁷⁶), e, a partir disso, ambas

⁵⁶⁹ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985), p. 43. Nota de Rodapé n. 69 “O BVerfG (E 14, 174) tirou do art. 103/2 GG os quatro corolários da exclusão das fontes consuetudinárias, da reserva legal, da irretroatividade e da proibição da analogia”.

⁵⁷⁰ MANTOVANI, Fernando. **Diritto Penale**. Parte Generale. 9ª ed. Padova: Wolters Kluwer / CEDAM, 2015, p. 13.

⁵⁷¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013.

⁵⁷² ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

⁵⁷³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução da 2ª edição alemã e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, Espanha: Editorial Civitas, 1997; ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁵⁷⁴ AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? Ius puniendi e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional**. Trad.: Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró e Juliana Magalhães Jeuken. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2014.

⁵⁷⁵ MILL, John Stuart. **Sobre liberdade**. Trad.: Alberto da Rocha Barros. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1991 (1859).

⁵⁷⁶ FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1, Harm to Others**. New York: Oxford University Press, 1984. *ebook*; FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others**. New York: Oxford University Press, 1985. *ebook*; FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3, Harm to Self**. New York: Oxford University Press, 1986. *ebook*; FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4, Harmless Wrongdoing**. New York: Oxford University Press, 1988. *ebook*.

tradições delinearão concepções sobre autonomia privada e paternalismo penal⁵⁷⁷, as Escolas Penais, além da dimensão formal do *nullum crimen nulla poena sine lege*, construíram a dimensão material e a segunda revolução científica do princípio da legalidade penal.

Não basta que a lei penal obedeça ao devido processo legislativo e esteja vigente. Não é suficiente que seja uma lei ordinária federal, prévia, escrita, estrita e certa. A lei penal, além de vigente, deve ser válida (*nulla poena, nullum crimen sine lege valida*). Na tradição *civil law*, um tipo penal é criado exclusivamente para a proteção de bens jurídicos, dignos de tutela penal, conforme os mandados de criminalização, expressos e implícitos, na Constituição e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Portanto, a lei penal, além de todas as exigências formais, deve ser materialmente uma lei necessária⁵⁷⁸ (*lege necessariae*⁵⁷⁹).

Na minha Dissertação de Mestrado⁵⁸⁰, aprovada em 2018, tratei, de forma pormenorizada, da autonomia privada, do paternalismo penal, da teoria do bem jurídico-penal e do princípio da *harm principle* como limites fundamentais a intervenção do direito penal no Estado Democrático de Direito; e, naquela ocasião, defendi também que “o principal fundamento e limite onto-antropológico jus-humanista do discurso jurídico-penal é a autonomia privada da pessoa humana”, “muito antes da teoria da bem jurídico-penal reforçada pela proporcionalidade na tradição *civil law* e do *harm principle* na tradição *common law*”, de acordo com um conceito originário⁵⁸¹ (construído a partir de critérios positivos e negativos), e não segundo o tradicional conceito secundário ou consequencialista (a partir de um critério residual) relacionado a comportamentos que não causam danos a terceiros.

⁵⁷⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: *LiberArs*, 2015; HART, Herbert. L. A. *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963; MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. In: Novos estudos CEBRAP, n. 58, novembro de 2000, pp. 183-202.

⁵⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 350.

⁵⁷⁹ ZENKNER, Andrei Schmidt. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 281.

⁵⁸⁰ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos *amici curiae* sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 89. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022.

⁵⁸¹ GRECO, Luís. **Posse de drogas, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo**. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 87. São Paulo: RT, nov-dez/2010; GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

Há um intenso debate sobre o conceito de bem jurídico-penal⁵⁸². O conceito de bem jurídico centrado na ideia de livre desenvolvimento da personalidade, como o de Roxin, justifica a criminalização de uma conduta na perspectiva coletiva da sociedade. Mas, não a justifica na perspectiva individual da pessoa humana⁵⁸³, segundo Luís Greco, quem propôs, para isso, um conceito originário de autonomia privada⁵⁸⁴, a ser usado, na análise da justificação da tipificação da conduta, antes mesmo da teoria do bem jurídico-penal (primeiro a análise de critérios positivos, como a “universalizabilidade”⁵⁸⁵, a “universalização e desiguais”⁵⁸⁶ e a “heurística da coerência e da tradição liberal”⁵⁸⁷; e, depois, a análise de critérios negativos “para se

⁵⁸² GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs. e Trad.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

⁵⁸³ GRECO, Luís. **Posse de drogas, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo.** In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 87. São Paulo: RT, nov-dez/2010, p. 09: “Isso não significa, entretanto, que considerações referidas *ao bem jurídico* e, depois, à *proporcionalidade* sejam irrelevantes. As duas se referem ao ganho social de uma proibição, e têm de ser atendidas, porque uma proibição sem ganho social não pode ser *justificado diante da sociedade*. A sociedade arca com os custos da proibição, tanto no sentido econômico, como no sentido de que cada proibição significa a subtração de uma parcela de liberdade. Mas antes da pergunta quanto a se uma proibição pode ser justificada diante da sociedade, um *sistema liberal – isto é, um sistema que reconhece ao indivíduo um valor intrínseco e com isso se recusa a apelar a ganhos da sociedade para demandar do indivíduo um sacrifício – tem de perguntar se a proibição*, independentemente dos ganhos que ela gere para os outros, pode ser *justificada diante do próprio indivíduo*”.

⁵⁸⁴ GRECO, Luís. **Posse de drogas, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo.** In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 87. São Paulo: RT, nov-dez/2010; GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

⁵⁸⁵ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos amici curiae sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 78. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022: “Sobre a “universalizabilidade”, Luis Greco afirma que, como todos são portadores de *autonomia*, deve se tratar de um comportamento possível de ser praticado, simultaneamente, por todos os seres humanos. Em síntese, são 03 ideias interligadas: “*autonomia não é um privilégio*”, “*autonomia não colide com autonomia*” e “*autonomia pressupõe respeito pela autonomia de terceiros*”.

⁵⁸⁶ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos amici curiae sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 78. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022: “Quanto a “universalização e desiguais” (GRECO, 2010, p. 07), pressupõe a igualdade também no sentido de tratar os desiguais na medida em que se desiguam. Há *níveis de autonomia*. O mais baixo nível de autonomia já merece respeito e, na verdade, é até o nível “*da autonomia preferencial (preference autonomy)*”, como, consoante exemplifica Luis Greco, “*pense-se nos maus-tratos de crianças ou enfermos doentes, na pornografia infantil ou na crueldade com animais*”. Com isso, aponta para a “*proibição de exploração*” das pessoas com nível mais baixo por aquelas com nível de autonomia mais elevado”.

⁵⁸⁷ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos amici curiae sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 78. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022: “E em relação à “*heurística da coerência e da tradição liberal*” (GRECO, 2010, p. 08), como utilidade científica, deve-se observar os comportamentos de precedentes paradigmáticos sobre os quais recai

*analisar a legitimidade de uma criminalização primária, quais seja, o de que nem o perfeccionismo, nem o paternalismo direto, nem a perigosidade são razão suficientes para uma proibição penal*⁵⁸⁸). Claus Roxin, em estudos recentes⁵⁸⁹, concordou com esse reforço na limitação do processo de criminalização primária.

No debate sobre a teoria do bem jurídico-penal, atualmente, predomina mundialmente, o “*conceito pessoal de bem jurídico crítico à legislação, constitucionalmente fundado e reforçado pela proporcionalidade*”⁵⁹⁰, desenvolvido por Claus Roxin. Não se trata de um conceito de bem jurídico que torna o Direito Penal atemporal, imutável e padronizado mundialmente⁵⁹¹.

Com o objetivo de “*atribuir à ideia de bem jurídico, para além de sua função político-criminal, também um significado constitucional*”⁵⁹², Claus Roxin esclarece que “*o ponto de ancoragem constitucional para a invalidade de tais dispositivos penais é a proibição de excesso decorrente do princípio da proporcionalidade (Übermassverbot)*” e a proibição da proteção deficiente também decorrente do princípio da proporcionalidade (*Untermassverbot*).

Demonstrada a autoridade constitucional da teoria do bem jurídico, Claus Roxin, mesmo em escritos mais recentes, como *Novos estudos de direito penal*⁵⁹³, mantém, conforme já constava em seu principal *Manual*⁵⁹⁴ e em outros trabalhos⁵⁹⁵, um conceito de bem jurídico-penal relacionado ao objetivo de garantir a convivência livre e pacífica na sociedade. Para Claus Roxin, bens jurídicos-penais são “*dados ou finalidades*

presunção de que pertençam à esfera da autonomia, como ilustra o penalista brasileiro, comer comida gordurosa, beber álcool, fazer tatuagens, praticar esportes perigosos, fumar tabaco etc. (*considerações sobre a coerência*); e liberdades de expressão, de pensamento, de crença, de não ser torturado etc. (*considerações sobre a tradição liberal*)”.

⁵⁸⁸ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos amici curiae sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 79. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022

⁵⁸⁹ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁵⁹⁰ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53.

⁵⁹¹ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 53.

⁵⁹² ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 92 e 94.

⁵⁹³ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47/48.

⁵⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução da 2ª edição alemã e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997, p. 55/56.

⁵⁹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18/19.

*necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo”, “para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”*⁵⁹⁶.

Para se avaliar a legitimidade de um tipo penal e a concretização do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, Claus Roxin menciona, como critério, o “*esquema de três níveis da proteção de bens jurídicos*”, desenvolvido por Manfred Heinrich, consistente “*em toda norma penal de legitimidade duvidosa é preciso analisar precisamente o que deve ser protegido, quem deve ser protegido e contra que deve ser protegido*” e “*apenas ao final dessa análise é que se estabelece se o comportamento incriminado lesiona o livre desenvolvimento dos cidadãos ou os seus pressupostos sociais*”⁵⁹⁷.

De acordo com essa teoria do bem jurídico, é ilegítima a proibição, ainda mais mediante a cominação de sanção penal, de algum comportamento relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo as preferências da própria pessoa, sem que isso provoque danos à liberdade de autodesenvolvimento dos outros (bens jurídicos individuais) ou aos pressupostos sociais necessários à garantia da autonomia pessoal (bens jurídicos coletivos com referência às necessidades humanas).

Os bens jurídicos-penais são aqueles interesses mais importantes para a sociedade, a partir das ideias de livre desenvolvimento da personalidade e de pressupostos sociais necessários à essa garantia pessoal, de acordo com os mandados previstos na Constituição e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, a receberem uma tutela jurídico-penal suficiente, sem excesso e sem deficiência.

Em seus mais recentes trabalhos sobre a teoria dos bens jurídicos, Claus Roxin conclui que “*(Roland) Hefendehl tem razão quando afirma que ‘a verdadeira construção da teoria do bem jurídico ainda está por vir’*”⁵⁹⁸. Como complemento à ideia de bem jurídico (individuais e coletivos), os filósofos do direito penal têm pesquisado e publicado trabalhos acadêmicos sobre a estrutura do delito [v.g. crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato; delitos de perigo abstrato-

⁵⁹⁶ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47.

⁵⁹⁷ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 80.

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 42, 60 e 97.

concreto (Zieschang e Hirsch⁵⁹⁹); delitos de cumulação; delitos de preparação e outros]. De modo que “a combinação entre bem jurídico e estrutura do delito”, sobretudo “*os diversos tipos estruturais de bens jurídicos coletivos (que) exigem também diversos tipos de delitos, (...) têm de satisfazer diferentes condições de legitimidade (Hefendehl e Wohlers)*”⁶⁰⁰.

Essa reorientação político-criminal da dogmática jurídico-penal e a constitucionalização do direito penal oportunizaram, entre vários avanços teóricos e científicos, às Escolas Penais, a exemplo do Funcionalismo Teleológico⁶⁰¹, o desenvolvimento, no sistema de imputação racional jurídico-penal, dentro da categoria tipicidade penal, dos elementos tipicidade formal e tipicidade material, correspondentes às dimensões formal e material do princípio da legalidade penal, cujo fundamento material, na tradição *civil law*, está na teoria do bem jurídico, conforme a concepção que acima apresentei de Claus Roxin.

Na tipicidade material, do sistema de imputação racional jurídico-penal, durante a verificação de ofensa intolerável e significativa ao bem jurídico, é possível a análise dos princípios político-criminais da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da intervenção mínima, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da adequação social, da insignificância e da ofensividade. E na tipicidade formal, durante a verificação de todas as exigências formais do devido procedimento legislativo, é possível verificar se há previsão legal da conduta praticada pelo agente e se essa situação fática se subsume ao preceito primário do tipo penal, bem como se se trata de uma *lege populi, praevia, scripta, stricta e certa*, em atenção à dimensão formal da legalidade penal. Esses princípios político-criminais têm força normativa e, se forem aplicados, podem excluir o elemento tipicidade material ou a tipicidade formal; via de consequência, excluir o elemento maior, tipicidade penal; via de efeito, excluir a categoria Fato Típico; e, portanto, excluir o Crime, servindo como fundamentação para a absolvição.

A dimensão formal da legalidade penal está relacionada com a legitimação jurídica interna da lei penal e cinge-se à sua vigência. E a dimensão material da legalidade penal diz respeito à legitimação jurídica externa da lei penal e trata da sua

⁵⁹⁹ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 60.

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 60.

⁶⁰¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Tradução da 2ª edição alemã e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997, p. 51.

validade. Luiz Guilherme Marinoni, em *Precedentes Obrigatórios*, também compreendeu, na historicidade do direito, essas duas revoluções científicas do princípio da legalidade, ao comentar o impacto do constitucionalismo na tradição *Civil law*.

O próprio princípio da legalidade passa a ter outro significado, deixando de ter conteúdo apenas formal para adquirir conteúdo substancial. O princípio da legalidade passa a se ligar ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais. A mutação do princípio da legalidade fez com que Ferrajoli aludisse a uma segurança revolução, contraposta à que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade, o qual provocou, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado legislativo. Mas esta segunda revolução também implicou em quebra de paradigma, substituindo o princípio da legalidade formal pelo princípio da legalidade substancial⁶⁰².

O iluminismo foi fonte, não só do direito penal moderno, também do constitucionalismo. A preocupação humanista permeou esses dois fenômenos e intelectuais envolvidos, em especial, com a afirmação dos direitos da pessoa humana e com a limitação das potestades estatais. O entrelaçamento do constitucionalismo e do direito penal moderno foi um avanço considerável. A constitucionalização do direito penal consistiu, entre vários aspectos, na possibilidade de controle dos processos de criminalização primária e secundária a partir de parâmetros jurídicos, enquanto que, antes disso, com a doutrina do direito natural, o que se tinha eram parâmetros metajurídicos; e, nas versões do positivismo jurídico, anteriores ao constitucionalismo, a autoridade produtora de normas penais, em geral, o Parlamento, não tinha limites materiais, e, portanto, abusava da ampla discricionariedade legiferante.

O controle de constitucionalidade de leis penais, por vícios formais e materiais, como bem demonstra Ademar Borges de Sousa Filho⁶⁰³, tem peculiaridades em relação aos atos normativos dos demais ramos do direito. Cabe aos poderes políticos majoritários o poder de elaborar, sancionar e executar as leis penais, mas, na democracia constitucional, também é legítimo que o Judiciário, em especial, a jurisdição constitucional, exerça sua função contramajoritária, na proteção dos direitos fundamentais das minorias e do regime democrático e, portanto, a filtragem constitucional e convencional das leis penais.

Ademar Borges de Sousa Filho afirma que “*a reconexão entre direito penal e direitos fundamentais nunca se fez tão necessário em todo o mundo e particularmente*

⁶⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

⁶⁰³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

no Brasil”⁶⁰⁴ e que a jurisdição constitucional pode contribuir para isso a partir de quatro caminhos. Primeiro, com a reconstrução das normas penais orientando-se pela *última ratio* da prisão. Afirma que “a cultura do encarceramento deve ser em alguma medida arrefecida pela filtragem constitucional do direito penal”⁶⁰⁵. Segundo, pela constitucionalização do sistema penitenciário e da execução penal. Terceiro, pela maximização do princípio democrático na produção de leis penais, exigindo-se do Legislativo o diagnóstico e o prognóstico nas proposições legislativas. A propósito, sobre esse ponto, Ana Paula de Barcellos, em *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*⁶⁰⁶, e, de modo específico para o Sistema de Justiça Criminal, Carolina Costa Ferreira, em *A política criminal do processo legislativo*, apresentaram razões convincentes para a necessidade de estudos prévios de impactos das leis vindouras. E, em quarto lugar, “pela republicanização do sistema de justiça criminal”, “com a superação dos entraves e obstáculos ilegítimos para o seu regular funcionamento em relação a todos – subintegrados e sobreintegrados – que sejam investigados ou processados criminalmente”⁶⁰⁷, isto é, conferindo igual respeito e consideração a todos, independente da raça, do poder econômico ou de qualquer outra circunstância.

Com acerto, Ademar Borges de Sousa Filho compreende que a verdadeira constitucionalização do direito penal no Brasil não ocorrerá apenas com meros ajustes na dogmática jurídico-penal e simples revisão da interpretação judicial sobre direitos e garantias fundamentais, mas exige esforços para a “transformações institucionais

⁶⁰⁴ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶⁰⁵ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶⁰⁶ BARCELLOS, Ana Paula. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁶⁰⁷ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook: “Embora esse projeto deva ser desenvolvido em toda a sua amplitude e à luz do princípio democrático pelos representantes eleitos, a jurisdição constitucional tem um papel relevante a desempenhar. Ela pode contribuir, por exemplo, para: (i) desbloquear canais de transformação travados pela inércia institucional e pela falta de representatividade da minoria excluída que é preferencialmente capturada pelo sistema de justiça criminal; (ii) elevar o ônus argumentativo imputado ao parlamento para expansão da pena de prisão; (iii) resolver o problema da superpopulação carcerária; (iv) desenvolver uma prática efetiva de filtragem constitucional das leis penais e das práticas judiciais, de modo a expurgar progressivamente da ordem jurídica as normas e seus modo de aplicação que apresentem clara incompatibilidade com a Constituição; e (v) reconhecer a inconstitucionalidade dos privilégios injustificados e das imunidades criminais antirrepublicadas – tanto as explícitas quanto as escamoteadas no sistema” (item 1, Introdução).

capazes de implementar projetos democráticos que resultem em alterações estruturais no modo de funcionamento de todo o sistema de justiça criminal” e a superação dos obstáculos, a seu sentir, “depende de criatividade e experimentalismo institucional (Mangabeira Unger)”⁶⁰⁸ ou, como também destacou em sua obra, “exigirá que o Judiciário dirija especial atenção àquilo que o Ministro Luís Roberto Barroso chamou de virada pragmática⁶⁰⁹ da jurisdição constitucional no campo penal”⁶¹⁰, que deve sofrer constrangimentos e limites, no sistema de freios e contrapesos, ao invés de um estilo de dogmática jurídico-penal autorreferente e com preocupações somente teóricas e abstratas.

Ademar Borges de Sousa Filho afirma ainda que a política criminal é construída e concretizada interpretativamente pelo Judiciário, seja pela “*adaptação interpretativa do direito às exigências constitucionais – quando se mostrar possível diante dos limites gramaticais e semânticos do texto legal interpretado*”, “*seja pelo “controle de constitucionalidade em sentido estrito – por meio da declaração de inconstitucionalidade de textos normativos ou de determinadas interpretações deles*”⁶¹¹. Sobre os riscos de ativismo judicial, opina, no final da Introdução de sua obra, que “*a dificuldade de delimitar as possibilidades e os limites da atuação da jurisdição constitucional no campo penal é mais suportável que a ausência de limites à livre gestão da política criminal por parte dos partidos políticos*”⁶¹².

Francesco Palazzo⁶¹³, como mencionei em tópico acima, apontou as relações estreitíssimas e conflituosas entre o direito penal e a política. A essa *politicidade do*

⁶⁰⁸ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶⁰⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook. Nota de Rodapé n. 29: “*V. anotações de voto divulgadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/anotacoes-manifestacao-oral-barroso.pdf>.”. Acessei o link em 16.05.2022 e consultei as anotações do Min. Barroso: “*já a virada pragmática se assenta na busca dos melhores resultados, dentro das possibilidades e limites semânticos dos textos normativos*” (p. 16 dessas anotações).*

⁶¹⁰ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶¹¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶¹² SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶¹³ PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 17.

direito penal deve sofrer um filtro por uma *exigência de eticidade*, papel esse que é exercido pela força normativa das Constituições contemporâneas. A possibilidade de concretização dos valores constitucionais no direito penal, embora tensione, não se desarmoniza do princípio da legalidade penal, senão o transformou, dotando-o de uma dimensão material, além da, já afirmada historicamente, sua dimensão formal, o que correspondeu à sua segunda revolução científica.

2.3 CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E DA TRADICIONAL TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL

Essa compreensão da legalidade penal *in the books*, com suas dimensões formal e material, e, de modo mais abrangente, a tradicional teoria das fontes do Direito Penal, consistiram inegavelmente em avanços civilizatórios, mas há indícios evidentes de que esse paradigma está em crise e há uma desorganização teórica, que conduz a uma desorientação das práticas jurídicas, no campo do direito penal.

Uso a palavra *crise* no sentido positivo desenvolvido por Thomas Kuhn, consistente na pré-condição necessária para a emergência de novas teorias, para renovar os instrumentos, na perspectiva de que “*a transição para um novo paradigma é uma revolução científica*”⁶¹⁴, que, por sua vez, são “*como mudanças de concepção de mundo*”⁶¹⁵ e, em meio a disrupturas, provoca avanços e progressos. O paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade intelectual partilham. Quando um conjunto de conhecimentos não é mais satisfatório para explicar e orientar as práticas sociais e os objetos de estudo dessa mesma comunidade há um esgotamento do paradigma, que entra em crise, inicialmente, um período de transição e, depois, a afirmação histórica de um novo paradigma. Uma teoria, que pretenda ser científica, diz Kuhn, “*é considerada superior a suas predecessoras não apenas porque é um instrumento mais adequado para descobrir e resolver quebra-cabeças*”, “*mas também porque é, de algum modo, uma representação melhor do que a natureza realmente é*”⁶¹⁶.

⁶¹⁴ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017 (*The Structure of Scientific Revolutions*, 1962), p. 175.

⁶¹⁵ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017 (*The Structure of Scientific Revolutions*, 1962), p. 201.

⁶¹⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2017 (*The Structure of Scientific Revolutions*, 1962), p. 318.

O conjunto de conhecimentos acumulados sobre a concepção *in the books* da legalidade penal tornou-se insuficiente para explicar as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro e, não só isso, para que o princípio da legalidade penal exerça de modo minimamente satisfatório suas funções político-criminais, como a de garantia do cidadão em face do Estado, bem como para que seja possível compreender a pluralidades de fontes do direito penal atualmente usadas pelas agências do Sistema de Justiça Criminal brasileiro, nos processos de criminalização primária e secundária; e, ainda, para que seja possível estabelecer freios e contrapesos, com constrangimento e limites, às fontes produtoras e cognitivas de normas penais, visando à redução da violência estrutural, seletiva e estigmatizante que envolve todos os contornos da questão criminal.

Existe uma inesgotável produção acadêmica sobre a crise da legalidade penal e, para essa tese, fiz consultas no Brasil⁶¹⁷, na Itália⁶¹⁸, na Alemanha⁶¹⁹, na Espanha⁶²⁰ e em Portugal⁶²¹.

⁶¹⁷ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979; LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal**. In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. *O Direito Penal e o tempo*. Coimbra: 2016, p. 43/88; LEITE, Alaor; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro**, no Canal do YouTube do Seminário Mensal de Direito Penal, em 16.06.2020, sob a Coordenação de Salo de Carvalho. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em 15.05.2022; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

⁶¹⁸ PALAZZO, Francesco. **La legalidade y la determinación de la ley penal. El significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regula iuris**. Revista Penal México, 2013; PALAZZO, Francesco. **Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali**. In: Revista Interventi e relazioni, 2016; BARTOLI, Roberto. **Le garanzie dela “nueva” Legalità**. Fascicolo 3/2020 da Revista Sistema Penale; CUPELLI, Cristiano. **Il problema dela legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi dela riserva di legge**. In: Revista Giurisprudenza Costituzionale, Anno LX, Fasc. 1/2015; COSTA, Pietro. **Il Principio di Legalità: um campo di tencione nella modernità penale**. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Tomo I, n. 36/2007, dedicado ao *Principio di Legalità e diritto penale*; BISSARO, Stefano. **L’ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini dela materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo**. In: *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Pisa: Gruppo di Pisa, 2017; CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

⁶¹⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte, 2007, p. 189/222; SÜB, Franck. **El trato actual del mandato de determinación**. In: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, 2020; KUHNER, Lothar. **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales**. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Barcelona: Marcial Pons, 2012 (*Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller, 2006).

⁶²⁰ MONTIEL, Juan Pablo. **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?** Barcelona: Marcial Pons, 2012; MIRA, Jorge CORRECHER. **Principio de legalidade penal:**

Nesse ponto da tese, remeto a atenção para os casos que mencionei na Introdução, sem a necessidade de aqui repeti-los, para ilustrar, com essa amostragem, a crise da legalidade penal no Brasil e a insuficiência da tradicional teoria das fontes do direito penal para explicar e orientar as atuais práticas jurídicas. A partir dessa investigação científica sobre esses casos e com apoio a literatura que mencionei é possível alcançar diferentes críticas à incapacidade da concepção *in the books* sobre a legalidade penal e da tradicional teoria das fontes do direito penal.

No nível epistemológico, todas as construções teóricas feitas no quadro referencial da filosofia da consciência, com seu sujeito pensante, esquema sujeito-objeto e discricionariedade, estão fortemente desacreditadas e consideradas defasadas. No nível criminológico, os dados da realidade constroem as elaborações abstratas e puramente teóricas, desvelando-as como promessas ilusórias, falaciosas e retóricas, a exemplo da pretensão de segurança jurídica ao cidadão e de que não sofrerá violência e arbitrariedade pelos agentes do Sistema de Justiça Criminal. No nível da política criminal, diante dessa violência estrutural do Sistema de Justiça Criminal, tem sido necessária uma política de redução de danos, tanto na criminalização primária, quanto na criminalização secundária, antes, durante e após a persecução penal. Políticas criminais penais e não-penais, que visem a efetiva proteção de direitos humanos, têm sido reclamadas por movimentos sociais e pela sociedade em geral, a exemplo da problemática questão da letalidade policial, bem como do viés e do ruído no momento do agente policial distinguir o usuário e o traficante de drogas, diante do amplo espaço de discricionariedade do art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, o que tem contribuído para o encarceramento em massa, e, essa situação e outras tantas, de modo mais abrangente, para o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. E, no nível da dogmática jurídico-penal, os fenômenos sociais e as práticas jurídicas estão reconstruindo o princípio da legalidade penal e a teoria das fontes do Direito Penal. Isso já está em curso histórico. A filosofia da linguagem aplicada ao Direito Penal é o paradigma que viabiliza percebermos que, além de sintaxe e semântica, há a dimensão

ley formal vs. law in action. Valencia: Tirant lo branch, 2018; GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019; COMELLA, Víctor Ferreres. *El principio de taxatividad em material penal y el valor normativo de la jurisprudencial (una perspectiva constitucional)*. Revista de administración pública, n. 162, Madrid: Civitas, 2003, p. 525/529.

⁶²¹ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995.

semiótica da pragmática⁶²², na qual as forças sociais, mediante ação e discurso, disputam o sentido e o alcance de enunciados jurídico-penais, orientados por ideologias e interesses, cuja estabilização provisória ocorre, nas práticas sociais e nos jogos da linguagem de um mundo da vida compartilhado, pelo controle da intersubjetividade. Como bem desenvolveu Manuel Salvador Grosso García, em obra dedicado ao tema, o princípio da legalidade penal é um campo semiótico completo⁶²³. Na dimensão da sintaxe⁶²⁴, é possível uma análise da validade da lei penal, sua relação com seus corolários *lege populi, praevia, stricta, scripta, certa e necessariae* sob os influxos da supremacia constitucional. Na dimensão da semântica⁶²⁵, é possível uma análise da legitimidade da lei penal e sua relação com a democracia, com o constitucionalismo, com a necessidade, com a ofensividade, com a proporcionalidade, por exemplo. E na dimensão da pragmática⁶²⁶, é possível uma análise do princípio da legalidade penal como pré-condição de validade e legitimidade de um direito penal inclusivo, com liberdade como não dominação e feito pelos cidadãos para os cidadãos.

Os corolários do princípio da legalidade penal não devem mais ser explicados e considerados na prática de forma isolada e estática. Há uma interpenetração e compreensão dinâmica⁶²⁷ entre eles, como já afirmou Alaor Leite⁶²⁸, de modo que se um desses corolários não for efetivamente garantido todos os demais estarão prejudicados em alguma medida. E, ainda, Alaor Leite mostra que a concepção *in the books* da legalidade penal, de modo tradicional, afasta a possibilidade de extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais; aponta que é defensável uma

⁶²² GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019, p. 44.

⁶²³ GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019, p. 117.

⁶²⁴ GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019, p. 867.

⁶²⁵ GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019, p. 839.

⁶²⁶ GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. *Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal*. Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019, p. 813.

⁶²⁷ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal**. In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. *O Direito Penal e o tempo*. Coimbra: 2016, p. 48.

⁶²⁸ ALAOR, LEITE; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro**, no Canal do YouTube do Seminário Mensal de Direito Penal, em 16.06.2020, sob a Coordenação de Salo de Carvalho. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em 15.05.2022.

posição intermediária, a partir do princípio da confiança, que admite essa extensão da proibição da retroatividade da lei penal para a jurisprudência, mas aponta que ela é insuficiente por imprecisão conceitual⁶²⁹; e afirma que, com uma compreensão dinâmica da legalidade penal, é possível o alargamento dessa garantia legal, a seu sentir, apenas para a jurisprudência constitutiva de injusto penal, mas não para, outra espécie, a jurisprudência concretizadora de injusto penal⁶³⁰. Alaor Leite explica que, como a jurisprudência (co)constitui o injusto penal⁶³¹, junto com o legislador, contribuindo para transformar, com algo inaugural e genuíno, uma legalidade indeterminada em uma legalidade determinada, uma alteração jurisprudencial, dessa espécie, não pode retroagir *in malam partem*. Não é só com fundamento no princípio da confiança, mas por essa consideração acima também.

E com essas razões e para essa situação específica, Alaor Leite nos fala do “direito à jurisprudência do tempo do fato”⁶³² apenas na situação na qual “a jurisprudência assume fatidicamente uma função que, a rigor, caberia ao legislador”⁶³³, pois nesse caso “a jurisprudência assumiu o papel de fonte” e “o legislador entregou a própria decisão originária ao juiz, e não apenas a concretização de um injusto já delineado em termos gerais”⁶³⁴. Quando isso ocorrer, diz Alaor Leite, há um “repasso duplo, dos poderes e dos limites”⁶³⁵, e, entre esses últimos, a proibição

⁶²⁹ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 70.

⁶³⁰ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 48.

⁶³¹ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 51: “A compreensão dinâmica conheceu seu ápice na decisão de 2010 do Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 126, 170, 199), que respondeu afirmativamente ao questionamento a respeito da constitucionalidade do tipo penal da Untreue (§266 StGB, correspondente à infidelidade patrimonial portuguesa, art. 224 CP), sob a alegação de que o tipo penal respeita o mandamento de determinação que se extrai do princípio da legalidade (art. 103 II GG)” (p. 51).

⁶³² LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 71.

⁶³³ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 76.

⁶³⁴ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 81.

⁶³⁵ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 82.

de retroatividade *in malam partem*. E, quanto à opinião dominante de que seria melhor reconhecer o erro de proibição em caso de alteração jurisprudencial, sem a necessidade de extensão da proibição de retroatividade da *lex gravior*, Alaor Leite, afirma que essa é a segunda melhor opção⁶³⁶, mas que considera uma separação ideal de funções entre o legislador e o juiz que não correspondente às reais práticas jurídicas.

Essa nova compreensão do mandamento determinação, evidentemente, produz os seus efeitos na extensão da proibição de retroatividade. Sobre a relação de complementaridade entre os dois corolários muito já se escreveu (cf. abaixo V., 1). A nós interessa sobremaneira uma dedução de natureza lógica: se a jurisprudência pode salvar tipos penais indeterminados e, assim co-constituir, ao lado do legislador, a norma de conduta, que só a partir da intervenção de decisões judiciais passa a ser considerada legalmente determinada nos termos do Art. 103 II GG, então a proibição de retroatividade deveria dirigir-se igualmente à jurisprudência que torna o tipo penal determinado. A bem de se ver, essa tarefa atribuída aos juízes e Tribunais não visa apenas a garantir maior certeza do direito para os cidadãos, mas também a salvar tipos penais que mereceriam, doutro modo, o rótulo de inconstitucionais. O conceito de ‘legalmente determinada’ passa a ser constituído pela soma das intervenções do legislador e da jurisprudência. Afinal, se apenas o labor jurisprudencial ao longo do tempo é que operou a transformação de um tipo penal indeterminado – e, assim, ‘liminarmente inconstitucional’ – para um tipo penal determinado, então há no labor jurisprudencial algo inaugural e originário, que o aproxima do labor genuinamente legislativo. O desafio atual é o de tirar conclusões dessa relevante consideração⁶³⁷.

Alaor Leite afirma que os corolários do princípio da legalidade penal foram construídos a partir de uma concepção estática de lei penal, sendo preciso refundar o *nullum crimen nulla poena sine lege*, dotando-o de uma concepção dinâmica, considerando que seus corolários constituem um todo, maior do que a soma de suas partes, a fim de que efetivamente a legalidade penal cumpra a sua função de garantia⁶³⁸.

⁶³⁶ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 83: “O argumento de Roxin, segundo o qual ‘por meio de uma extensão do princípio (da retroatividade) à jurisprudência tratar-se-ia o juiz como se legislador fosse’, não está incorreto, apenas não conduz ao rechaço a uma admissão parcial. Essa conclusão apenas seria verdadeira caso a jurisprudência não atuasse, em muitos casos, como verdadeiro legislador. O argumento pressupõe que essa divisão seja sempre respeitada, o que não corresponde à realidade jurídica atual”.

⁶³⁷ LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal.** In RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 52.

⁶³⁸ LEITE, Alaor; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro**, no Canal do YouTube do Seminário Mensal de Direito Penal, em 16.06.2020, sob a Coordenação de Salo de Carvalho. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em 15.05.2022.

Ademar Borges de Sousa Filho, em sua tese doutoral⁶³⁹ e na conferência *Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro*⁶⁴⁰, analisando a crise da legalidade penal a partir da teoria dos direitos fundamentais, afirmou que há uma relação entre aquela com a crise da democracia brasileira. Esclareceu que há uma cultura de desprezo pela legalidade no direito penal e processo penal. Apontou que, nos vazios normativos, prevalecem um estado de exceção permanente, um ativismo judicial e um autoritarismo penal. Chamou a atenção para a verificação se a restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos é compatível com a Constituição.

Asseverou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro é o mais escandaloso caso de abandono da legalidade penal. A seu sentir, Ademar Borges de Sousa Filho, isso se deve à desconfiança do legislativo, que acentuada pela própria Constituição brasileira de 1988 e pela jurisdição brasileira. E isso se deve também à crise de dogmática constitucional, em especial, após a 2ª Guerra Mundial, despontou o movimento do neoconstitucionalismo⁶⁴¹, caracterizado pelo protagonismo do Judiciário, pela valorização dos princípios, pela mudança metodológica da subsunção para a ponderação e reconhecimento de direitos. Lembrou que o Direito Penal é um conjunto mais regras jurídicas do que de princípios. Esses últimos padrões normativos não podem servir para restringir direitos fundamentais sem reserva legal. Advertiu que há uma falta de cuidado com as justificações das decisões judiciais.

Concitou que à doutrina faça o seu papel, que o Legislativo recupere a sua credibilidade e que o Judiciário respeite a legalidade penal como um consenso mínimo

⁶³⁹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

⁶⁴⁰ LEITE, Alaor; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro**, no Canal do YouTube do Seminário Mensal de Direito Penal, em 16.06.2020, sob a Coordenação de Salo de Carvalho. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em 15.05.2022.

⁶⁴¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 310: “*O Neoconstitucionalismo, contudo, em sua ânsia de reconstruir a teoria jurídica com fundamento em novos valores, relega a legalidade a segundo plano, passando a se importar primariamente com a substância das decisões. Tomando por base casos nos quais a sociedade viu-se transformada pelo Direito, como Brown v. Board of Education, essa doutrina elabora um arsenal teórico que possibilita reproduzir as mesmas condições que desencadearam a emancipação social nesses casos simbólicos em todos os casos judiciais. Foca-se em mecanismos que possibilitam os juízes realizarem revoluções sociais independentemente da política majoritária, o que obviamente só é possível se o Poder Judiciário não estiver subordinado às opções legislativas. Desenvolveu-se, então, uma teoria constitucional totalizante, que influencia o modo de ver de todas as demais normas do ordenamento jurídico, transformando toda questão jurídica em questão constitucional. Os instrumentos para tanto já são conhecidos: princípios, valores, fins, ponderação, direitos fundamentais etc. Esse passo faz com que o Neoconstitucionalismo se distancie dos ideais do Estado de Direito, já que, por um lado, torna as normas jurídicas mais fluidas e indeterminadas, e, por outro, deixa a atividade jurisdicional menos previsível*”.

na democracia brasileira. Ademar Borges de Sousa Filho apontou para os limites materiais no controle de constitucionalidade de leis penais e mencionou casos da jurisprudência do STF brasileiro. Destacou o princípio da deliberação suficiente, razão usada pela pelas Cortes Constitucionais da Colômbia e do Peru. Afirmou que a Constituição brasileira de 1988 autoriza o STF a ir além da semântica do texto constitucional nas situações de Mandado de Injunção e de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Mostrou-se preocupado com a concepção, como a do Min. Roberto Barroso, de que o Tribunal Constitucional, além das funções majoritária (com a confirmação da constitucionalidade de uma lei ou outro ato normativo) e contramajoritária (com a declaração de não recepção ou de inconstitucionalidade uma lei ou outro ato normativo), teria uma função iluminista (a de empurrar a história da comunidade política, quando a política deliberativa não conseguisse em razão de alto custo político para os parlamentares, que têm *accountability* perante seu segmentado eleitorado), ainda mais em casos penais.

Juan Pablo Montiel⁶⁴² esclarece que, na Espanha, o tema da crise da legalidade penal inicialmente foi tratado nas obras *A insustentável situação do Direito Penal*⁶⁴³, do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, em 1995, e *A expansão do Direito Penal*⁶⁴⁴, de Jesús-María Silva Sanchez, em 1998, frente às novas criminalidades e com considerações, em diferentes perspectivas, sobre a decadência e corrupção dos princípios político-criminais clássicos do Direito Penal. Em abstrato, apontou que a legalidade penal foi questionada por duas razões: a primeira, a lei penal, cada vez mais, tem sido usada como ferramenta pelo Estado para garantir, de modo simbólico, segurança pública aos cidadãos; e, segundo, a legitimidade do Parlamento está politicamente desacreditada e há uma valorização da jurisdição constitucional para tutelar os valores constitucionais no direito penal, interpretando as leis penais conforme a Constituição e outras técnicas de controle de constitucionalidade, conferindo ao Judiciário o papel de superego da sociedade, como se tivesse capacidade institucional para resolver todos os problemas sociais. Em concreto, considerou que há problemas de indeterminação, em relação ao mandato de taxatividade da lei penal, em especial, diante

⁶⁴² MONTIEL, Juan Pablo. *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?* Barcelona: Marcial Pons, 2012, p. 27/29.

⁶⁴³ SÜB, Franck. *El trato actual del mandato de determinación. In: La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, 2020.

⁶⁴⁴ SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* 2ª ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

da complexidade da moderna criminalidade e em face de situações de impunidade, além de outros casos de ativismo judicial que geram dúvidas sobre a proibição de analogia.

Alberto Cadoppi, na obra *O valor do precedente no direito penal: um estudo da dimensão in action da legalidade*, também nos fala sobre a crise do *nullum crimen sine lege* e a insuficiência da sua dimensão *in the books*⁶⁴⁵. Cadoppi compartilha que, na dimensão *in the books*, há um esforço da doutrina tradicional para conferir um maior respeito ao princípio da legalidade, seja com o desenvolvimento de novos critérios em relação à taxatividade da lei penal, seja com novas considerações sobre a relação do juiz com a lei penal, seja com o elenco de novos critérios destinados à tornar a interpretação mais aderente ao texto da lei penal. Há um esforço para manter a supremacia da lei penal sobre a atividade criativa da jurisprudência. No entanto, segundo Cadoppi, esses esforços não são suficientes⁶⁴⁶. Ele também destacou o fenômeno da “retroatividade oculta”⁶⁴⁷, quando há uma mudança de entendimento jurisprudencial mais severo do que o anterior, sendo aplicado a casos anteriores à data da formação do novo precedente judicial e quando não havia cognoscibilidade da norma penal pelos cidadãos. Cadoppi também classifica as divergências jurisprudenciais em “*contrastos diacrônicos*”⁶⁴⁸, quando um precedente judicial é superado em favor de novo, e em “*contrastos sincrônicos*”⁶⁴⁹, situação na qual coexistem várias decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão.

Winfried Hassemer, na obra *Direito Penal Libertário*⁶⁵⁰, apresenta “*sinais e crises do direito penal moderno*”, também questiona sobre a “*competência do direito penal em mãos de particulares?*” e aborda a “*privatização do direito penal*”. Afirma que “*o direito penal torna-se, apesar de seus severos instrumentos, em soft law, em um*

⁶⁴⁵ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 121/160.

⁶⁴⁶ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 156: “*Conclusioni: insufficienza della prospettiva in the books per superare la crisi del nullum crimen sine lege*” (p. 156) e “*solo scendendo al livello della law in action, il principio di legalità avrà forse più speranze di combattere ad armi pari il suo match con la giurisprudenza. Nessa dimensione in the books, i suoi pugni, per quanto forti, non d irado non raggiungeranno l'avversario, e si infrangeranno inesorabilmente contro la 'campana di vetro dell'ingenuo 'diritto dei libri'*” (p. 157).

⁶⁴⁷ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 113.

⁶⁴⁸ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 109.

⁶⁴⁹ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 110.

⁶⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. 189/222.

meio de condução da sociedade”⁶⁵¹. Aponta que há novos bens jurídicos, novas estruturas de crime, em especial, o caráter preventivo do direito penal com os delitos de perigo abstrato, novas criminalidades, novas políticas criminais, novas técnicas de processo penal. Destaca que, atualmente, há “*negócios no processo penal*”⁶⁵², que, a seu sentir, é um problema tanto de direito processual penal quanto de direito penal material.

Na obra *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*⁶⁵³, Hassemer conclui que “*a vinculação do juiz à lei tem que lutar com dificuldades insuperáveis*”, pois “*a linguagem da lei é semântica; ela elabora a experiência e por isso é necessariamente aberta e ambígua*”, de maneira que “*na lei penal podem ser encontrados quatro tipos de conceitos equívocos: conceitos vagos, conceitos porosos, conceitos que necessitam de complementação valorativa e conceitos de disposição*”, “*não há possibilidade de afastar estes conceitos da lei e de torná-los ‘mais exatos’*”. Para Hassemer, nenhuma das proibições que decorrente do princípio da legalidade penal (costume incriminador, analogia *in malam partem*, retroatividade mais severa e indeterminação da lei penal) cumpre minimamente as promessas idealizadas⁶⁵⁴.

Castanheira Neves, em longo artigo dedicado ao princípio da legalidade penal, após analisar detalhadamente cada um dos seus corolários jurídicos, concluiu que a sua concepção *in the books* é irrealizável.

Se quisermos enunciar uma conclusão geral o sentido fundamental deste estudo, será esta: o princípio *nullum crimen sine lege* não é susceptível de ser cumprido no seu sentido normativo essencial, que toca os valores capitais da juridicidade, só ao nível da legislação, nem bastará para tanto a estrita obediência legal do julgador; o seu cumprimento só é possível pela mobilização nessa intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. Não é tarefa só do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. 196.

⁶⁵² HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: DelRey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. 204.

⁶⁵³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990), p. 362/363.

⁶⁵⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990), p. 364.

⁶⁵⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995, p. 473.

Jorge Correcher Mira, na tese doutoral *O princípio da legalidade penal: estudo comparado do seu desenvolvimento democrático*⁶⁵⁶, defendida e aprovada em 2016, também abordou a crise da legalidade penal. A partir de uma comparação entre as tradições *civil law* e *common law*, usando como ponto de aproximação a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, fez uma reflexão sobre os fundamentos, as funções e os corolários da legalidade penal, em um contexto político, econômico e social, no qual a soberania popular dos Estados nacionais europeus têm de conviver com o poder normativo e integração comunitária da União Europeia, em especial, depois da crise financeira de 2008, que gerou medidas de austeridade, entre elas, restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, mediante a “*primazia do pensamento neoliberal e a desconstitucionalização do Estado Social e Democrático de Direito*”⁶⁵⁷, fenômeno que produz “*normas jurídicas melhor adaptadas às exigências do capital real e financeiro*”⁶⁵⁸.

Identificou que houve um enfraquecimento da soberania popular e da legitimidade democrática das políticas criminais internacionais que os Estados nacionais têm que concretizar por determinação de instituições comunitárias da União Europeia e em razão do processo de globalização. Por causa disso, princípios e garantias do direito penal são afetados. Jorge Correcher Mira questiona quanto à legitimidade disso: “*um direito penal para a proteção dos interesses financeiros da União Europeia?*”⁶⁵⁹. Critica o déficit democrático na representação política no Parlamento Europeu⁶⁶⁰. Apontou o desenvolvimento de um pluralismo jurídico e a adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais ao fenômeno da *interlegalidade*⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016.

⁶⁵⁷ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 20.

⁶⁵⁸ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 24.

⁶⁵⁹ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 27.

⁶⁶⁰ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 32.

⁶⁶¹ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, . 75: “*Como respuesta a la interlegalidad, han surgido una serie de propuestas de distintas naturaleza para orquestar la recepción de este fenómeno desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos estatales. En este sentido, será destacada brevemente la tesis del pluralismo ordenado desarrollada por DELMAS-MARTY centrada en la descripción de los procesos de armonización normativa a partir de la interacción propia de la interlegalidad, así como la crítica a la interlegalidad elaborada por DE SOUSA SANTOS, a partir de una aproximación crítica al concepto de pluralismo jurídico y la defensa del carácter emancipatorio del Derecho desde la perspectiva de la sociología jurídica crítica*”.

Nesse contexto, Jorge Correcher Mira apresenta, em sua tese, uma proposta de legalidade penal integrada, “baseada na luta pelos direitos e liberdades públicas – entendendo neste conceito incluso os direitos sociais –”, “para assim oferecer uma orientação ao estudo que permita superar a atual crise de legalidade política a partir de uma aproximação material do garantismo penal”⁶⁶². Com isso, propõem que “efetiva reconstitucionalização do seu significado e garantias materiais para assim superar esta crise da legalidade penal”, “desde uma perspectiva comprometida com o caráter crítico do Direito Penal”⁶⁶³.

Com o objetivo de resgatar as razões democráticas da legalidade penal, Jorge Correcher Mira propôs o que chamou de método democrático, que “se pretende integrar em seu significado questões próximas à cultura legal anglo-saxônica como o tratamento do precedente interpretativo ou os limites da interpretação das normas penais pelos tribunais”, e, com isso, defendeu um “conceito de law in action como fundamento metodológico que integre de forma democrática”⁶⁶⁴. Destacou o controle judicial de constitucionalidade como garantia material a legalidade penal⁶⁶⁵.

Jorge Correcher Mira descreve o atual cenário jurídico do Direito Penal inglês, seu sistema de fontes jurídico-penais e menciona a previsão da legalidade penal no art. 7º do *Human Rights Act* de 1998⁶⁶⁶. Afirma que há uma tensão entre a primazia do *case*

⁶⁶² MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 04 e 57: “El propio principio de legalidad experimenta una situación de colapso, puesto que un orden jurídico-penal basado únicamente en la protección de la vigencia de la norma supone una contradicción con el diseño racional propio de los principios garantistas y de legitimación material del Derecho penal. Para superar esta situación de involución así como para recuperar una orientación garantista en la interpretación del Derecho penal, debe considerarse esta crisis de legalidad de forma integrada, no únicamente teniendo en cuenta las insuficiencias del significado actual del principio de legalidad en material penal, siendo su concreción y propuesta de revisión el objetivo de este estudio, sino también entendiendo el significado del concepto garantismo desde una perspectiva amplia, a partir de un refuerzo de las condiciones de legitimidad material que posibilitan un desarrollo coherente del mismo” (p. 57).

⁶⁶³ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 58/59.

⁶⁶⁴ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 05.

⁶⁶⁵ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 91: “En este sentido, podría destacarse la importancia conferida al activismo judicial, es decir, a la capacidad interpretativa de los tribunales para configurar las normas jurídico-penales desde una perspectiva material, partiendo de un entendimiento del principio de legalidad no tan centrado en la vigencia formal de las normas como en la validez de su contenido, de acuerdo con su legitimación política, externa o substancial”.

⁶⁶⁶ Art. 7º do *Human Rights Act* de 1998: “1. Ninguém poderá ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constitua uma infração segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não poderá ser imposta uma pena mais grave que a aplicável no momento em que a infração foi cometida”

law (*Common Law Offences*⁶⁶⁷) e as tentativas de desenvolvimento de uma codificação penal⁶⁶⁸ (*Statutory Offences*⁶⁶⁹), no Reino Unido⁶⁷⁰. Tratou da preocupação no direito penal inglês, semelhante à garantia da proibição da retroatividade da lei penal *na Civil law*, representada na máxima *fair warning*⁶⁷¹, à qual deve se somar a máxima *fair labelling*⁶⁷², que, a seu sentir, melhor se traduz como a interação de todos os corolários da legalidade penal. Jorge Mira expõe que “*de certa maneira, a natureza da stare decisis vem a desempenhar uma função de garantia, na medida em que um sistema de precedentes incoerente em seu significado suporia um risco na perspectiva da segurança jurídica*”⁶⁷³.

Nesse quadrante teórico, Jorge Mira esclarece que “*falar de law in action supõe reconhecer o estudo problemático do Direito pelos órgãos jurisdicionais*”, “*não limitando, portanto, seu estatuto ao caráter permanente da lei como produto legislativo, o law in the books*”⁶⁷⁴. Por isso, nas perspectivas temporal e dinâmica do princípio da legalidade penal, também defende a *irretroatividade do overruling in malam partem* de precedentes judiciais⁶⁷⁵, como um princípio político garantista e base para a validade das normas jurídico-penais, para evitar o que Cadoppi chamou de “*retroattività occulta*”⁶⁷⁶.

A segurança jurídica é elemento inerente à proibição de retroatividade, que, por sua vez, é elemento integrante do princípio da legalidade penal. A vigência da lei penal visa, não só à sua eficácia de acordo com os fins da pena, também possibilitar ao

⁶⁶⁷ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 167.

⁶⁶⁸ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 172.

⁶⁶⁹ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 164.

⁶⁷⁰ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 05.

⁶⁷¹ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 06 e 245.

⁶⁷² MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, 255.

⁶⁷³ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 105/106.

⁶⁷⁴ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 116.

⁶⁷⁵ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 226 e 297.

⁶⁷⁶ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 303.

cidadão conhecer a criminalização disposta na norma penal⁶⁷⁷, que, conforme aponta Jorge Mira, o Tribunal Constitucional da Espanha chama de “*predeterminación normativa (STC 42/1987)*”⁶⁷⁸. E, para respaldar sua tese doutoral, Jorge Mira mencionou alguns precedentes judiciais, sobre a legalidade penal, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos⁶⁷⁹, que se valeu, em diversos casos, como critério interpretativo, da doutrina do “*living instrument*”, isto é, uma interpretação dinâmica e evolutiva de um instrumento normativo vivo⁶⁸⁰, para afastar uma vulneração ao art. 7.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, reconhecendo uma dimensão dinâmica ao princípio da legalidade penal, mormente para estender a proibição de retroatividade à mudança de precedente judicial desfavorável ao cidadão, em especial, no caso TEDH *Pessino c. Francia*, 2006, para admitir a retroatividade favorável, sobretudo, o caso TEDH *Scoppola c. Italia*, 2009.

Chiavelli Facenda Falavigno, na tese doutoral *A deslegalização do direito penal*, defendida e aprovada em 2018, apresentou que a lei penal, mesmo sob a égide do direito penal moderno, é insuficiente para ordenar a sociedade, uma vez que, desde o século XIX, Karl Binding foi o primeiro a teorizar sobre as normas penais em branco, a qual precisam de um complemento, assim como os tipos penais abertos, que pode ser dado por uma autoridade não-legislativa. Chiavelli Falavigno apresenta as causas da

⁶⁷⁷ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 281.

⁶⁷⁸ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 282. Nota de Rodapé n. 752: “*STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2: ‘El art. 25.1 de la Constitución prescribe que ‘nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento’. El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla ‘nullum crimen nulla poena sine lege’, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes’ (cursivas añadidas)”.*

⁶⁷⁹ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 379/437. Dedicou o Capítulo VII da Tese inteiramente a esses precedentes judiciais do TEDH com interpretação dada ao art. 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: *Kokkinakis c. Grecia*, 1993; *Del Río Prada c. España*, 2013; *Kafkaris c. Chipre*, 2008; *Engel c. Países Bajos*, 1976; *Sunday Times c. Reino Unido*, 1979; *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, 2001; *S.W. c. Reino Unido*, 1995; *C.R. c. Reino Unido*, 1995; *Camilleri c. Malta*, 2013; *Cantoni c. Francia*, 1996; *Sud Fondi c. Italia*, 2009; *Baskaya y Okçuoglu c. Turquía*, 1999; *Dragotoniú y Militaru-Pidhorni c. Rumania*, 2007; *Veeber c. Estonia*, 2003; *Puhk c. Estonia*, 2004; *Achour c. Francia*, 2006; *Scoppola c. Italia*, 1999; *Pessino c. Francia*, 2006; *Welch c. Reino Unido*, 1995; *Jamil c. Francia*, 1995; *M. c. Alemania*, 2009.

⁶⁸⁰ MIRA, Jorge Correcher. *El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático*. Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016, p. 384. TEDH, caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 2002, p. 85.

deslegalização, entre elas, a influência recíproca entre o direito e a sociedade⁶⁸¹; a complexidade, a regulação e as mudanças sociais da sociedade de riscos⁶⁸²; a expansão do direito penal para novos interesses e dinâmicas da sociedade de massa, com novas criminalizações⁶⁸³; e a pressão internacional na forma como o Estado nacional deve tutelar determinados bens jurídicos⁶⁸⁴.

Sugere, para amenizar o problema, em matéria político-criminal, a descriminalização de algumas condutas que outras searas consigam proteger suficientemente os bens jurídicos; a elaboração de estudos de impacto político-criminal no processo legislativo⁶⁸⁵; e, em matéria administrativa⁶⁸⁶, a necessidade de construção de um sistema sancionador integrado e aponta para a possibilidade de um modelo híbrido como os existentes no direito comparado. Chiavelli Facenda Falavigno menciona, nesse contexto, que há uma antecipação da proteção penal, o que caracteriza um “‘direito penal de prevenção’ (*Präventionsstrafrecht*)”, mencionando, nesse ponto, Otmar Lesitschnig⁶⁸⁷. Elenca como consequências possíveis da deslegalização⁶⁸⁸: o

⁶⁸¹ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 108.

⁶⁸² FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 110.

⁶⁸³ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 124.

⁶⁸⁴ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 136. Chiavelli exemplifica com o direito penal de drogas, o direito penal ambiental e o direito penal econômico.

⁶⁸⁵ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 209. Nesse ponto, menciona a tese doutoral de Carolina Costa Ferreira, *A política criminal no processo legislativo*, Belo Horizonte: D'Plácito, 2017, p. 161: “*Conforme Carolina Costa Ferreira, o estudo de impacto consiste em um instrumento de avaliação legislativa que pode ser realizado de forma prévia ou posterior à vigência da lei, de forma a apontar os efeitos reais da proposta. Tal instrumento faria parte da chamada Legística ou Legisprudência, que se trata de um ramo da ciência da legislação surgido na Alemanha na década de 70, o qual é voltado ao estudo de métodos e técnicas legislativas que visam a melhorar, do ponto de vista formal e material, a qualidade dos atos legislativos*”.

⁶⁸⁶ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 199/221.

⁶⁸⁷ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 126. Nota de Rodapé n. 266: “*LESITSCHNIG, Otmar. Von Der „Risikosoziologie“ Zum „Umweltraferecht“: Soziologische Risikotheorien Im Sinne Luhmanns Und Becks und Deren Funktionalisierung Im „Umweltraferecht“, p. 111*”.

⁶⁸⁸ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 153.

desvio no bem jurídico tutelado pela norma penal; o desrespeito à competência legislativa em matéria penal; as violações ao princípio da legalidade, especialmente à taxatividade; a frequente ocorrência de erro de proibição; problemas relacionados à difícil separação entre a esfera penal e administrativa; e a perda da efetividade da norma penal referente aos fins da pena.

E Chiavelli Facenda Falavigno propõe, com ineditismo, critérios na dogmática jurídico-penal: a proibição de remissão de elementos centrais; evitar as remissões dinâmicas e, se tiver mudança, deve respeitar todos corolários da legalidade penal; a proibição de remissão em cadeia; evitar que instituições privadas emitam complementos de normas penais em branco; que o complemento, de normas penais em branco heterogêneas, seja um ato administrativo geral e abstrato; a remissão expressa e recíproca na norma penal em branco e no complemento; o exame da legalidade do complemento; e o alargamento pela jurisprudência do reconhecimento do erro de proibição nos casos de norma penal em branco que faz uso da “*assessoriedade*”⁶⁸⁹ em matéria técnica.

Portanto, a partir dessas investigações, é possível perceber que a crise da legalidade penal está nos seus fundamentos, nas suas funções, nos seus corolários, na sua insuficiência para explicar e orientar normativamente as atuais práticas jurídico-penais brasileiras; e, por conseguinte, há uma crise da tradicional teoria das fontes do direito penal, construída a partir de uma concepção estatal-legalista de direito, cujo paradigma, até então, partilhado pelo senso comum dos juristas e replicado nos manuais de direito penal e no ensino jurídico brasileiros, é o de que as dimensões formal e material do *nullum crimen nulla poena sine lege*, perspectiva *law in the books*, consistem na crença de que a *lege populi, praevia, scripta, stricta, certa e necessariae* é a única fonte formal do direito penal ou, pelo menos, a única fonte formal das normas penais incriminadoras, e a União é a sua única fonte material, ou, pelo menos, os Estados-membros, quando houver uma lei complementar federal autorizando, de acordo com o art. 22, parágrafo único, da Constituição brasileira. Esse paradigma está esgotado, mas não deve ser abandonado.

⁶⁸⁹ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 21: “A escolha por esse termo, *assessoriedade*, com essa grafia, advém da concepção de que o direito administrativo assessoria o direito penal, auxiliando na construção dos tipos”.

Não se pode deixar de mencionar ainda que consta, entre as atuais práticas jurídico-penais brasileiras, que, a partir da autonomia privada e do princípio da oportunidade regrada⁶⁹⁰, negócios jurídicos no âmbito do direito penal⁶⁹¹, com cláusulas prevendo sanções penais, entre particulares, como, por exemplo, nos crimes de ação penal pública privada, quando o queixoso aceita a proposta do querelante de transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) ou de suspensão condicional da pena (art. 89, Lei 9.099/95); ou entre o Ministério Público e o(s) particular(es), nesses espaços de justiça penal negociada⁶⁹² que mencionei ou, em outros espaços, nos quais a *verdade consensual*⁶⁹³ substitui a ilusória verdade real, com exigência ou não de confissão formal, de *guilty plea*⁶⁹⁴ (reconhecimento da culpabilidade) ou não, nas hipóteses de

⁶⁹⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Monografia vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 41.

⁶⁹¹ Negócios jurídicos que têm natureza jurídica de *exclusão* do processo penal, quando são celebrados *antes* da regular constituição da relação processual; ou de *suspensão* ou de *extinção* do processo penal, quando são celebrados dentro e durante o trâmite de um processo penal, com ou sem cumulação de obrigações, a serem satisfeitas pelo acusado, respectivamente. Em todas as hipóteses é necessária a homologação judicial desse negócio jurídico, momento no qual o Judiciário fez o controle de delibação sobre esse acordo, a analisando, sem ingressar no mérito, critérios como a regularidade, a voluntariedade e a legalidade.

⁶⁹² O microsistema jurídico da Justiça Penal negociada tem previsão nos arts. 15 (desistência voluntária e arrependimento eficaz), 16 (arrependimento posterior), 65, II, d (confissão espontânea), do CP; art. 126 da Lei 8.069/90 (remissão no direito penal juvenil); Lei 8.072/90 (colaboração premiada nos crimes hediondos); art. 25 da Lei 7.492/86 (colaboração premiada nos crimes contra o sistema financeiro nacional); arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo); art. 1º, §5º, da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/2012 (colaboração premiada no crime de lavagem de dinheiro); arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 (proteção às testemunhas, colaboradores e vítimas ameaçadas); Lei 12.529/11 (acordo de leniência); art. 4º da Lei 12.850/13 (colaboração premiada); Lei 13.608/2018 (informante do bem); art. 28-A, CPP (acordo de não persecução penal).

⁶⁹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Monografia vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 55/56: “a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. Desse modo incluem-se em tal categoria, por exemplo, os institutos da barganha, da transação penal, da suspensão condicional do processo brasileiro e português, os procedimentos abreviados latino-americanos, o *plea bargaining* estadunidense, o *absprachen* alemão, o *patteggiamento* italiano, os procedimentos por decreto ou monitorios, (la conformidad espanhol), entre diversos outros”.

⁶⁹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Monografia vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 62: “Essa manifestação se dá geralmente em audiência denominada *arraignment*, cuja participação do acusado ocorre depois de instaurada a acusação, com o fim de esclarecer seus termos e de questionar o posicionamento do réu sobre sua inocência. Nesse momento, a partir das informações fornecidas pelo órgão acusado, o suposto autor dos fatos delituosos poderá adotar três posicionamentos: se declarar culpado (*guilty plea*), inocente (*not guilty*) ou não contestar as imputações (*nolo contendere*). Ao

remissão por ato infracional, no âmbito do direito penal juvenil, ou de acordo de não persecução penal⁶⁹⁵ ou acordo com *whistleblowing*⁶⁹⁶ (informante do bem) ou ainda acordo de colaboração premiada, sendo, esta última, além de negócio jurídico, meio de obtenção de prova.

Bernd Schünemann⁶⁹⁷ discorda completamente desse modelo processual penal norte-americano, o *plea bargaining*, que se globalizou. No Brasil, o acordo de colaboração premiada, conforme o art. 4º, §7º, I, da Lei 12.850/2013, assim como todos os demais tipos de acordo mencionados, sofrem controle judicial, para terem validade e eficácia, no momento da sua homologação, entre outros aspectos (regularidade e voluntariedade), quanto à legalidade. No entanto, já foram homologados acordos de colaboração premiada, no Judiciário brasileiro, com os quais a autonomia privada dos particulares e do Ministério Público (ou da Polícia Judiciária⁶⁹⁸) criou regras jurídicas inéditas, como, por exemplo, regimes penitenciários e critérios para progressão nunca antes positivados na lei penal brasileira, à guisa de ilustração, as referências mais lembradas são os acordos de Colaboração Premiada, na Operação Lava Jato, entre o

declarar-se não culpado, not guilty, impõe-se ao Estado a carga de provar todos os elementos do crime em processo com as devidas garantias”.

⁶⁹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

⁶⁹⁶ No Direito brasileiro, a Lei 13.608/2018 atualizada pela Lei 13.964.2019 (Pacote Anticrime). E, no direito internacional, os arts. 33 e 39, 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida): 33. Cada Estado parte considerará a possibilidade de incorporar em seu ordenamento jurídico interno medidas apropriadas para proporcionar proteção contra todo trato injusto às pessoas que denunciem ante as autoridades competentes, de boa-fé e com motivos razoáveis, quaisquer feitos relacionados com os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção; 39.2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer que seus cidadãos e demais pessoas que tenham residência em seu território a denunciar ante os organismos nacionais de investigação e o ministério público a prática de todo delito qualificado de acordo com a presente Convenção; e o art. III, item 8, da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto 4.410/2002): Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.

⁶⁹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013 (*Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, in: WESSLAU/WOHLERS (coords.), *Festschrift für Fezer*, 2008, p. 555 e ss.), p. 240/264.

⁶⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5508**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 20.06.2018. Ementa: DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais. delação premiada – acordo – Polícia. o acordo formalizado mediante a atuação da polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público. delação premiada – acordo – benefícios – homologação. a homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam. delação premiada – acordo – benefício. os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz. (STF. ADI 5508, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018).

Ministério Público Federal e Alberto Youssef⁶⁹⁹, em 24.09.2014, no qual foi acordado penas mínima e máxima diferentes dos tipos penais, com possibilidade de progressão *per saltum* do regime fechado para o aberto, além de benefícios para as filhas e esposas; com Paulo Roberto Costa⁷⁰⁰, em 27.08.2014, no qual foi acordado uma prisão domiciliar por um ano, depois, o regime semiaberto, por dois anos, e o restante da pena, em regime aberto; e com Pedro José Barusco Filho⁷⁰¹, em 19.11.2014, no qual foi acordado um “*regime aberto diferenciado, no processo penal que vier a ser instaurado*”.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu, no Inq 4405 AgR⁷⁰², Rel. Min. Roberto Barroso, em 27.02.2018, que a concessão de benefícios extralegais não invalida

⁶⁹⁹ Acordo de Colaboração Premiada entre o MPF e Alberto Youssef disponibilizado em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em 17.05.2022. Trata-se de Acordo feito nos autos da ação penal 5025687-03.2014.404.7000 e outras, na 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, datado 25.09.2014. Destaco as Cláusulas 5ª, III e V, e 7ª, h e j, §§3º, 4º, d, 5º e 6º, desse Acordo. Um terceiro delatado questionou a validade desse acordo, no STF, HC 127.483/PR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 27.08.2015, com o argumento de que esse colaborador já tinha feito um anterior acordo de colaboração, no caso Banestado, e não cumpriu suas obrigações, não sendo, portanto, confiável. Mas, o Pleno do STF, de acordo com o voto do Relator, decidiu, mesmo assim, manter esse acordo, com o argumento de que a confiança no colaborador não é requisito de validade para a sua homologação.

⁷⁰⁰ Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>. Acesso em 17.05.2022. O acordo foi feito nos autos da Ação Penal 5014901-94.2014.404.7000 e outras. Destaco a Cláusula 5ª, I, II, III e IV e §6º, desse Acordo.

⁷⁰¹ Disponível em https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/02/858_ANEXO2.pdf. Acesso em 17.05.2022. O acordo foi feito nos autos do Inquérito Policial 5049557-14.2013.404.7000 e outros, na 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR. Destaco a Cláusula 5ª, I, do Acordo.

⁷⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 4405 AgR**. 1ª T. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 27.02.2018. Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO. ACESSO AOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ILEGITIMIDADE DO INVESTIGADO. SIGILO IMPOSTO POR LEI. INVALIDADE DO ACORDO QUE, SEQUER EM TESE, PODERIA GERAR INVALIDADE DAS PROVAS. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em mais de uma ocasião (HC 127483 e PET 7074-AgR), no sentido de que o delatado não possui legitimidade para impugnar o acordo de colaboração premiada. É que seu interesse se restringe aos elementos de prova obtidos a partir dos acordos de colaboração premiada, e eventual ação penal seria o foro próprio para esta impugnação. A mudança jurisprudencial ocasional gera insegurança jurídica e reduz a confiança na jurisdição. 2. A negativa de acesso aos acordos de colaboração premiada pelo investigado delatado não afronta o enunciado de súmula vinculante nº 14, na medida em que não é o acordo em si que repercute na esfera jurídica do investigado, mas os elementos de prova produzidos a partir dele. E tais elementos estão nos autos, em especial, o depoimento dos colaboradores e os documentos por eles fornecidos. Após o recebimento da denúncia, se for o caso de instaurar a ação penal, o acordo será público e o investigado terá acesso a ele. 3. Eventuais ilegalidades em acordos de colaboração premiada não geram automaticamente a ilicitude das provas obtidas a partir dele. Isso porque o acordo, por si só, é apenas o instrumento por meio do qual o colaborador se obriga a fornecer os elementos de prova. Deste modo, apenas vícios de vontade do colaborador podem, em tese, gerar invalidade das provas produzidas. No caso sob exame, o acordo foi devidamente homologado pela autoridade competente (Presidente do Supremo Tribunal Federal), afastando, de plano e formalmente, qualquer ilegalidade ou vício de vontade. 4. A fixação de sanções premiaias não expressamente previstas na Lei nº 12.850/2013, mas aceitas de modo livre e consciente pelo investigado não geram invalidade do acordo. O princípio da legalidade veda a imposição de penas mais graves do que as previstas em lei, por

os acordos de colaboração premiada, não havendo violação ao princípio da legalidade penal, uma vez que isso ocorre em benefício do réu. Mais recentemente, o STF decidiu também, no HC 142.205/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, em 25.08.2020, que há necessidade de respeito à legalidade para que o acordo de colaboração premiada seja homologado, sendo possível o controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal e, curiosamente, nesse julgado em referência⁷⁰³, foi reconhecida uma atuação abusiva da acusação, que levou à nulidade do acordo e, apesar disso, foram mantidos os benefícios (sanções premiaias) concedidos à defesa, com justificativa na segurança jurídica, na proteção da confiança e na previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Há previsões em Convenções Internacionais, que o Brasil ratificou, para que sejam promovidas “*as medidas adequadas para encorajar*” formas de colaboração premiada (art. 26, itens 1, 2 e 3, da Convenção de Palermo,

ser garantia instituída em favor do jurisdicionado em face do Estado. Deste modo, não viola o princípio da legalidade a fixação de pena mais favorável, não havendo falar-se em observância da garantia contra o garantido. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. Inq 4405 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018).

⁷⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 142.205/PR**. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25.08.2020. Ementa: Penal e Processual Penal. 2. Colaboração premiada, admissibilidade e impugnação por corréus delatados. Provas produzidas em razão do acordo e utilizadas no caso concreto. Abusos da acusação e fragilização da confiabilidade. Nulidade do acordo e inutilização de declarações dos delatores. 3. Possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados. Além de caracterizar negócio jurídico entre as partes, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de provas, de investigação, visando à melhor persecução penal de coimputados e de organizações criminosas. Potencial impacto à esfera de direitos de corréus delatados, quando produzidas provas ao caso concreto. Necessidade de controle e limitação a eventuais cláusulas ilegais e benefícios abusivos. Precedente desta Segunda Turma: HC 151.605 (de minha relatoria, j. 20.3.2018). 4. Nulidade do acordo de colaboração premiada e ilicitude das declarações dos colaboradores. Necessidade de respeito à legalidade. Controle judicial sobre os mecanismos negociais no processo penal. Limites ao poder punitivo estatal. Precedente: “O acordo de colaboração homologado como regular, voluntário e legal deverá, em regra, produzir seus efeitos em face do cumprimento dos deveres assumidos pela colaboração, possibilitando ao órgão colegiado a análise do parágrafo 4º do artigo 966 do Código de Processo Civil” (STF, QO na PET 7.074, Tribunal Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.6.2017) 5. Como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, deve-se assentar a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Interpretação do art. 4º, § 13, Lei 12.850/13. Nova redação dada pela Lei 13.964/19. 6. Situação do colaborador diante da nulidade do acordo. Tendo em vista que a anulação do acordo de colaboração aqui em análise foi ocasionada por atuação abusiva da acusação, penso que os benefícios assegurados aos colaboradores devem ser mantidos, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade dos mecanismos negociais no processo penal brasileiro. Precedente: direito subjetivo ao benefício se cumpridos os termos do acordo (STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.8.2015) e possibilidade de concessão do benefício de ofício pelo julgador, ainda que sem prévia homologação do acordo (RE-AgR 1.103.435, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.5.2019). 7. Dispositivo. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a nulidade do acordo de colaboração premiada e reconhecer a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores, nos termos do voto. (STF. HC 142205, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 25/08/2020).

Decreto 5.015/2004⁷⁰⁴), para a “mitigação da pena” e até para a “concessão de imunidade” (art. 37, itens 1 a 5, da Convenção de Mérida, Decreto 5.687/2006⁷⁰⁵).

Noutro giro, também não se pode esquecer que, pouco a pouco, apesar de toda a resistência, incoerência e anacronismo⁷⁰⁶ ainda atual da cultura empresarial brasileira e na articulação entre o setor privado e os órgãos de fiscalização, controle e regulação, afirma-se, embora timidamente, no Brasil, com intenso fomento internacional (art. 39, itens 1 e 2, da Convenção de Mérida, Decreto 5.687/2006⁷⁰⁷), os Programas de Governança, Gestão de Riscos e *Compliance*⁷⁰⁸ (GRC), como um *custos legis*

⁷⁰⁴ Art. 26.1, 2 e 3, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo). 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente: i) a identidade, natureza, composição, estrutura, localização ou atividades dos grupos criminosos organizados; ii) as conexões internacionais, com outros grupos criminosos organizados; iii) as infrações que os grupos criminosos organizados praticaram ou poderão vir a praticar; b) a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptíveis de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime. 2. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, nos casos pertinentes, de reduzir a pena de que é passível um arguido que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. 3. Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção.

⁷⁰⁵ Art. 37.2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida): 1. Cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para restabelecer as pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a concessão de imunidade judicial a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 5. Quando as pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente Artigo se encontrem em um Estado Parte e possam prestar cooperação substancial às autoridades competentes de outro Estado Parte, os Estados Partes interessados poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos ou tratados, em conformidade com sua legislação interna, a respeito da eventual concessão, por esse Estado Parte, do trato previsto nos parágrafos 2 e 3 do presente Artigo.

⁷⁰⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance bancário: um manual descomplicado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 109.

⁷⁰⁷ Art. 39, 1 e 2, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida). 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com seu direito interno, para estabelecer a cooperação entre os organismos nacionais de investigação e o ministério Público, de um lado, e as entidades do setor privado, em particular as instituições financeiras, de outro, em questões relativas à prática dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de estabelecer que seus cidadãos e demais pessoas que tenham residência em seu território a denunciar ante os organismos nacionais de investigação e o ministério público a prática de todo delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

⁷⁰⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance bancário: um manual descomplicado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 109: “Os estudos de compliance apresentam, ainda, uma série de limitações. Apesar da euforia do mercado brasileiro em

privado⁷⁰⁹, suas tecnológicas, suas regulações e autorregulações regradadas, suas Diretivas Principiológicas, Deontológicas e Diceológicas, seus sistemas sancionatórios, para além da *accountability*⁷¹⁰, em especial, de gigantes de setores econômicos, instituições financeiras e conglomerados empresariais privados. Tem sido cada vez mais frequente o relacionamento de programas GRC com o direito penal comum e com o direito penal econômico. Adán Nieto Martín, por um viés crítico, associou o *criminal compliance* a um “panóptico empresarial”⁷¹¹ e, de forma prescritiva, afirmou que deve se aproximar mais de um “*stakeholder democracy*”⁷¹². Muito mais do que isso, desde as pesquisas empíricas e a teorização sobre criminalidade econômica de Edwin Sutherland⁷¹³, é possível perceber o desenvolvimento de uma nova espécie de direito penal preventivo, de tal modo que, a depender da seriedade e efetividade⁷¹⁴ do programa de *criminal compliance*, poderá haver exclusão da culpabilidade da pessoa jurídica⁷¹⁵, em relação

torno do novo ‘produto’, sabe-se muito pouco sobre as causas e consequências da criminalidade no âmbito corporativo. A fundamentação ética do comportamento empresarial ainda é incoerente, a educação executiva pouco explora as evidências científicas e a interpretação judicial não encontra referenciais claros para tomada de decisão nem por parte de reguladores, nem dos fiscalizadores, nem mesmo dos reguladores. No Brasil, a instabilidade institucional e a inconsistência do referencial legislativo limitam muito, tanto o alcance da produção científica, quanto o desenvolvimento de soluções inovadoras desenvolvidas no setor privado. A nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) não dá contas das modernas formas de criminalidade empresarial e são ambíguas suas referências aos programas de compliance na articulação do seu sistema sancionatório. As estruturas administrativas no país seguem anacrônicas, veiculando vagas noções de moralidade administrativa e interesse pública na colaboração, que logo se convertem em pernicioso moralismo e jogos entre os interesses públicos e os instrumentos de extorsão (*extortion racket*) nas mãos das autoridades públicas”.

⁷⁰⁹ MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance bancário: um manual descomplicado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

⁷¹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 137.

⁷¹¹ MARTÍN, Adán Nieto. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal**. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Orgs.: Íñigo Ortriz de Urbina Gimeno, Juan Pablo Montiel e Lothar Kühlen. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 32.

⁷¹² MARTÍN, Adán Nieto. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal**. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Orgs.: Íñigo Ortriz de Urbina Gimeno, Juan Pablo Montiel e Lothar Kühlen. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 33.

⁷¹³ SUTHERLAND, Edwin. **Crime de Colarinho Branco**. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁷¹⁴ Não há um referencial preciso para medir a efetividade do programa de *criminal compliance* no Brasil. Já nos EUA, por exemplo, no **US Sentencing Guidelines Manual** estão previstas alguns critérios para a mensurar a efetividade do *compliance*: “1) padrões e procedimentos para prevenir e detectar infrações econômicas; 2) levar ao conhecimento das autoridades públicas o conteúdo do programa; 3) gestão razoável de problemas envolvendo indivíduos, avaliando a pertinência ou não de sua exclusão especialmente a partir de due diligence; 4) condução de treinamentos efetivos e divulgação adequada de informação sobre os papéis e responsabilidades individuais; 5) monitoramento e auditoria do programa de compliance e ética, com avaliação periódica da efetividade; 6) promoção de incentivos e medidas disciplinares adequados; 7) após a detecção de infrações econômicas, reação adequada e medidas de prevenção, incluindo aí modificações necessárias ao programa de compliance” (SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 163).

⁷¹⁵ FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade

aos crimes contra o meio ambiente (art. 225, §3º, CF/88, e art. 3º, Lei 9.605/98), e das pessoas físicas dos dirigentes, em relação a quaisquer outras infrações penais, por ação ou por omissão, própria ou imprópria, se sua decisão estiver respaldada em comunicações do *criminal compliance officer* da empresa.

Para além disso, as exigências feitas por programas de *compliance*, no mundo dos negócios, entre particulares, sobretudo, quando um particular se torna alvo de operação policial ou de denúncia do Ministério Público ou é condenado criminalmente pelo Judiciário, ou seja, quando há exigências seguidas de medidas de austeridade e outras sanções, relacionadas a uma questão criminal, durante a “avaliação de risco jurídico (*legal risk assessment*)”⁷¹⁶, anunciam também, em alguma medida, novas fontes do direito penal, mesmo que estejamos falando, pelo menos, de um direito penal preventivo⁷¹⁷. Essas normas criadas pelos programas de *criminal compliance*, com suas tecnologias, têm fundamento no ordenamento jurídico, são aceitas nas práticas e relacionamentos empresariais e, além de serem dotadas de “efeitos intimidatórios (*deterrence*)⁷¹⁸ ou preventivo” nas “iniciativas de *enforcement*”, embora distintas da coerção estatal, têm juridicidade, que, em alguma medida, pode até ser mais fraca do

Federal de Pelotas (UFPel). V. 02, N. 01, Jan-Jun, 2016, p. 55/83: “identifica-se várias formulações de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica (*Busch*, com culpabilidade coletiva; *Schroth*, com culpabilidade funcional do órgão; *Haftner e Hirsch*, com a culpabilidade como falha na organização; *Anne Ehrhardt*, com culpabilidade por falta de controle dos resultados; *Lampe e Heine*, com culpabilidade como defeituosa condução da atividade empresarial prolongada no tempo; *Dannecker*, com culpabilidade social como déficit organizacional ou ético da pessoa jurídica; *Klaus Tiedemann*, com culpabilidade como defeito de organização; e *Carlos Gómez-Jara Diez*, com culpabilidade como ausência ou falha do programa de *compliance*), mas, cada uma dessas concepções sofre um dos três tipos de implementos acima destacados” (p. 77); SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 159.

⁷¹⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 20.

⁷¹⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 119: “*Em vez da interpretação jurisprudencial movida pela seletividade e o populismo da higienização dos centros urbanos, os esquemas dogmáticos passam a reconhecer a necessidade de antecipação já no âmbito empresarial, forçando o cumprimento de determinados padrões de comportamentos pelas vias da imposição de deveres na empresa, com reduzida exigência na verificação do comportamento doloso*”.

⁷¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 110: “*O domínio do conhecimento sobre os programas de *compliance* passa pelo domínio da criminologia econômica. É a partir dela que se adquire solidez na individualização dos agentes, dimensões do dano, processo de vitimização, bem como em que medida se pode falar em efeito intimidatório (*deterrence*) ou preventivo, na avaliação da qualidade das iniciativas de *enforcement*, nas políticas regulatórias e iniciativas corporativas. Com base na criminologia econômica, são desenvolvidos os fundamentos da avaliação científica das práticas empresariais e da cultura do *compliance*. E, segundo temos entendido, foi a partir dos avanços e novas teses emergentes sobre a criminalidade corporativa que Laufer pôde articular as teses sobre os programas de *compliance* baseados em evidência científica (*evidence-based compliance*), discutindo novas possibilidades de estabelecer vínculos colaborativos entre a ação do particular e os órgãos fiscalizadores e reguladores*”.

que aquela decorrente da lei penal, mas, de toda forma, constituem-se como normas jurídicas no campo penal, por decorrerem do *criminal compliance*, razão pela qual enquadram-se na classificação de *soft law*⁷¹⁹. Os abusos, evidentemente, podem sofrer controle judicial.

Como afirma Eduardo Saad-Diniz, a criminologia econômica⁷²⁰, destacadamente, a partir da construção teórica baseada em evidências daquilo que realmente funciona (*evidence-based/scientific management/whats works*⁷²¹), tem condições, na interação dinâmica com a dogmática jurídico-penal e com a política criminal, de propor uma construção interdisciplinar de melhores métricas⁷²² e *standards* de comportamento, com duras medidas coercitivas de natureza econômica, para os programas de *criminal compliance*, a serem implantados ou realinhados, a fim de que tenham efetividade, bem como “na avaliação das concretas condições de cumprimento de dever na empresa e na intensa verificação de direitos fundamentais em cada uma das relações jurídicas nesse contexto empresarial”⁷²³. Eduardo Saad-Diniz afirma também que “a criminologia econômica pode oferecer ainda mais do que isso”, “desde a consistente orientação criminológica de Freda Adler, Gerhard Muller e William Laufer, ‘os criminólogos mensuram’”⁷²⁴.

Todas essas novas práticas jurídicas no campo penal, no Brasil, merecem reflexões críticas por parte da academia. Esses são alguns recortes da crise da legalidade penal e, de modo mais geral, da tradicional teoria das fontes do direito penal brasileiro.

⁷¹⁹ SCANDELARI, Gustavo Britta. *Compliance e law enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil*. Tese doutoral defendida no PPGD/UFPR, Curitiba, 2021, p. 87: “os códigos de conduta (...) constituem assim uma forma de auto-regulação privada independente e uma manifestação que se convencionou designar de *soft law*, conceito que representa a ‘fraca juridicidade’ das regras que esses códigos contêm”.

⁷²⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 36, 94 e 110.

⁷²¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22 e 94/108.

⁷²² Existe uma norma técnica de certificação de *compliance* antissuborno: a NBR ISSO 37001: 2016 (*Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use*). Além disso, no Direito brasileiro, os programas de *compliance* está incentivados pela seguinte normativa: art. 3º, Lei 9.605/98; arts. 10, III e 11, II e III, da Lei 9.613/98; Lei 12.846/2013; e arts. 7º, VIII e 42, I, II, III, IV do Decreto 8.420/2015.

⁷²³ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

⁷²⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 112.

2.4 ILUSÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA E A INATINGÍVEL EXATIDÃO DA LEI PENAL

A concepção moderna de lei penal e sua correspondente tradicional teoria das fontes do direito penal objetivaram conferir segurança jurídica, em sua dimensão *law in the books* (dimensão estática), no entanto, essa pretensão se mostrou irrealizável, e, portanto, uma ilusão.

Humberto Ávila, na obra *Teoria da Segurança Jurídica*⁷²⁵, decompôs⁷²⁶ analiticamente a segurança jurídica em seus (1) aspectos finalísticos: 1.1) o aspecto material (qual o seu conteúdo?), quanto ao fim, em suas perspectivas estática e atemporal (determinação vs. cognoscibilidade) e dinâmica e intertemporal (sobre o passado: imutabilidade vs. confiabilidade; e sobre o futuro: previsibilidade vs. calculabilidade), quanto ao fundamento, como resultado da ideia do Direito e como produto do Direito Positivo; 1.2) o aspecto objetivo (segurança jurídica do quê?), com as seguranças das normas, dos comportamentos, dos fatos e doutrinária; 1.3) o aspecto subjetivo (quem são os sujeitos da segurança?), quanto aos beneficiários, nas perspectivas do cidadão, do operador do Direito e do Estado, e, quanto ao garantidor, nas perspectivas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; 1.4) o aspecto temporal (segurança jurídica quando?): ontem, hoje e amanhã, quanto ao momento de realização e ao momento de verificação do estado ideal; 1.5) o aspecto quantitativo (segurança jurídica em que medida?), quando à grandeza (certeza e determinabilidade), quando à medição (exames fático e normativo), quando à medida suficiente (nem pouca nem muita insegurança); 1.6) o aspecto justificativo (segurança jurídica para quê e por quê?), como valor funcional e como valor instrumental; e em seus (2) aspectos instrumentais, relacionados aos meios necessários para a promoção do fim: 2.1) o aspecto material, sobre o comportamento humano e seus efeitos; 2.2) e o aspecto pessoal, referente ao destinatário e ao beneficiário do dever de agir.

A segurança jurídica, em sua dimensão estática⁷²⁷, para Humberto Ávila, é composta pela cognoscibilidade material (acessibilidade normativa, abrangência normativa e possibilidade de identificação normativa) e pela cognoscibilidade

⁷²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 136/201.

⁷²⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 681: “Princípio jurídico é, acima de tudo, norma carecedora de decomposição conceitual – se não for ‘desembrulhado’, com a desagregação das suas diversas partes constituintes, não há como conhecer a sua natureza, as suas proporções, as suas funções ou as suas relações”.

⁷²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 301/352.

intelectual (inteligibilidade pela clareza normativa e pela determinabilidade normativa); e, em sua dimensão dinâmica⁷²⁸, pela confiabilidade normativa (estabilidade normativa e eficácia normativa), pela calculabilidade normativa (anterioridade normativa, continuidade normativa e vinculatividade normativa). E, quantos à eficácia ou o peso da segurança jurídica⁷²⁹, Humberto Ávila destaca a sua função normativa (como princípio, como princípio concretizado em regra e como direito subjetivo) e sua função normativa (em conflitos internos; e, em conflitos externos, com eficácia *prima facie*, eficácia *pro tanto* e condição estrutural).

E, ao final da sua obra, Humberto Ávila apresenta o seguinte conceito de segurança jurídica, considerando todos esses elementos da sua arquitetura teórica: “*é um princípio que, exercendo várias funções eficáciais e argumentativas relativamente a normas que lhe são supra e infraordenadas*”, “*serve de pressuposto funcional para a produção e para a aplicação do Direito, não podendo ser jamais integralmente afastado*”⁷³⁰; ou, em outras palavras e trecho da obra, “*o princípio que, sobre fundar a validade e instrumentalizar a eficácia das normas jurídicas, exige a transparente respeitabilidade da ação do cidadão, e da argumentação que lhe é concernente, por meio da moderação estatal*”⁷³¹; ou, também em outro trecho, “*norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência*”, “*em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais*”, “*como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade –*”, “*plasmear digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro*”⁷³².

Para Humberto Ávila, superada a concepção do direito como um objeto previamente dado, como defendem as versões do positivismo jurídico, alcança-se, nessa quadra histórica, outras concepções como o direito centrado na determinação normativa, cujo entendimento está fundado na controlabilidade semântico-argumentativa. Afirma que “*nesse modo de compreensão, ela (a segurança jurídica) deixa de ser propriedade do Direito, para ser algo a ser buscado no Direito*”, “*mediante processos de*

⁷²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 353/642.

⁷²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 643/714.

⁷³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 676.

⁷³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 685.

⁷³² ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 698.

legitimação, de determinação, de argumentação e de fundamentação normativas, capazes de enfrentar os problemas ontologicamente inerentes ao Direito". Muito mais do que um Direito seguro, existe um "direito à segurança jurídica"⁷³³, assevera Humberto Ávila.

Quando há alteração jurisprudencial, para um entendimento mais severo do que o anterior, Humberto Ávila entende que não basta haver mudança para haver proteção, de modo que "*esta só deve ser garantida quando houver atos de disposição de direitos fundamentais com base em decisão modificada que se podia acreditar definitiva sobre a área de competência do órgão julgador*"⁷³⁴, tendo, ao invés de um Direito centrado no exercício de poder pelo Estado, sobretudo, "*um Direito jusfundamentalmente comprometido*"⁷³⁵.

O *nullum crimen nulla poena sine lege*, na dimensão estática, conforme a compreensão da legalidade penal *in the books*, não tem condições de oferecer efetivamente e a contento os atributos mínimos da segurança jurídica aos cidadãos. Há quem defenda, em uma perspectiva crítica, que ocorre o pior: a segurança jurídica, da forma como ela realmente funciona, é um instrumento de manutenção do *status quo* e fonte de violência e opressão. Vera Regina Pereira de Andrade, em alguma medida, tratou exatamente disso na obra *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*⁷³⁶.

Daniel Mitidiero, em análise comparatista entre os sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxão, concluiu que tanto a tradição *civil law*, que buscou a segurança jurídica pelo legislador, e quanto a tradição *common law*, que a perseguiu pelo juiz, embora ambas tenham produzido interessantes contribuições para a solução do problema, as duas falharam⁷³⁷, porque desenvolveram e apostaram em uma concepção estática de Direito. Mitidiero afirmou, por conseguinte, que "*é claro que*

⁷³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 682.

⁷³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 705.

⁷³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 713.

⁷³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 312: "*Se apreendemos a modernidade, o sistema penal e sua Dogmática desde a ótica da contradição básica entre exigências de dominação e legitimação (pilar da regulação) e exigências humanistas (pilar da emancipação) não parecem restar dúvidas de que na lógica global de funcionamento do sistema penal a ambiguidade dogmática tem sido excessivamente apropriada pelas exigências do primeiro pilar. A segurança do homem tem sido colonizada e hegemônica pela exigência de segurança do próprio sistema social que o sistema penal contribui a reproduzir, exercendo seu poder contra alguns homens – os mesmos expropriados na partilha real do poder –, em benefício de outros – os seus detentores*".

⁷³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

esse modo de compreender a interpretação e a aplicação do Direito não oferecia um grau adequado de segurança para o apropriado funcionamento do sistema jurídico”, quer dizer, “oferecia apenas uma segurança ilusória” e “um nobre sonho, restrito apenas ao ‘law in books’ e inequivocamente distante do ‘law in action’”⁷³⁸.

Portanto, a legalidade penal *in the books* e a tradicional teoria das fontes do direito penal, na qual a dimensão estática (formal e material) do *nullum crimen nulla poena sine lege* está inserida, fracassam também em suas principais razões de existência, a de conferir segurança jurídica aos cidadãos e, via de efeito, a exatidão da lei penal. A segurança jurídica é ilusória e a exatidão da lei penal é inatingível no *law in the books*.

⁷³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.

PARTE II – LEGALIDADE PENAL *IN ACTION*

3 NOVO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO

3.1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM APLICADA À TEORIA DO DIREITO E AO DIREITO PENAL

A possibilidade de conhecimento sobre o real desafia constantemente a teoria do conhecimento. Durante muito tempo na filosofia se acreditou ser possível conhecermos direta e totalmente o ente, como objeto de observação e com a descrição objetiva pelo sujeito cognoscente (esquema sujeito-objeto: a ilusória **objetividade** do conhecimento). Esse projeto se mostrou falso e irrealizável. Por outro período, acreditou-se, na filosofia, que o ente é dotado de um ser, no entanto, insistiu-se no erro de que se trata de um conhecimento sobre o objeto diretamente apreensível pelo sujeito pensante, dotado de consciência e mente, uma estrutura cognitiva capaz de subjetivamente representar a realidade (esquema sujeito-objeto: problemático solipsismo e a **subjetividade** do conhecimento). Esse projeto também se mostrou equivocado.

Então, qual a possibilidade de conhecimento do real? Desde as contribuições da filosofia da linguagem⁷³⁹ (o segundo Ludwig Wittgenstein: *virada linguística*), da fenomenologia hermenêutica (Martin Heidegger: *giro ontológico-linguístico*) e da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer: *giro hermenêutico-linguístico*), a teoria do conhecimento, em uma perspectiva *mainstream*, afastou-se da filosofia da consciência (objetivismo e subjetivismo do conhecimento) e acredita que a **intersubjetividade** é a condição de possibilidade do conhecimento (esquema sujeito-sujeitos no mundo da vida compartilhado).

A consciência do sujeito não se mostrou capaz de acessar o conhecimento sobre o real, surgindo a linguagem como uma opção interessante de explicação sobre o real como relação de significação, seja porque os processos mentais dependem da linguagem, seja porque a própria linguagem é dotada de estruturais formais, em sua

⁷³⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav. Milovic, aprovada no PPGD/UnB, 2008.

relação com o real, acessíveis independentemente da subjetividade e da consciência individual⁷⁴⁰.

O conhecimento é um acontecimento marcado, no tempo e no espaço, por uma compreensão do sujeito intérprete dentro de um mundo compartilhado. Isso é a intersubjetividade. Não há grau zero de sentido e a pré-compreensão é relevante como instância originária de abertura ao mundo.

A semiótica apresenta três dimensões da linguagem: a *sintaxe*, na qual se faz uma relação entre os signos; a *semântica*, na qual se faz uma relação dos signos com o objeto que designam; e a *pragmática*, na qual se faz uma relação dos signos com os sujeitos ou vice-versa. As teorias do direito, em todas as suas vertentes decorrentes do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, foram desenvolvidas dentro do quadro teórico do objetivismo ou do subjetivismo do conhecimento. As teorias jusnaturalista são fáceis de serem refutadas porque se apegam a elementos metajurídicos. As teorias juspositivistas, mesmo as mais recentes, também são falseadas e afastadas dessa tese, porque, seja no plano das fontes do direito, o modo como a autoridade põe o Direito, seja no plano da interpretação e aplicação do direito, a autoridade exerce práticas jurídicas, estão dentro do referencial teórico da filosofia da consciência.

Na tradição *civil law*, o positivismo normativo de Hans Kelsen propõe a norma fundamental hipotética como um pressuposto lógico-transcendental, uma ficção, para dar validade e eficácia a todo o sistema jurídico hierarquicamente escalonado, cujas normas foram postas pela autoridade legítima. Esse elemento lógico-transcendental é de caráter neokantiano e, portanto, foi construído a partir da filosofia da consciência. E, no âmbito da concretização do Direito, a autoridade legítima pode tomar subjetivamente a decisão que quiser dentro (e até fora) da moldura da norma, isto é, um ato de vontade da autoridade que produz a norma jurídica.

Na tradição *common law*, o positivismo normativo de Herbert Hart, embora considere a virada linguística e o Direito como uma prática social, e, portanto, não aposte a validade do sistema jurídico em um elemento lógico-transcendental, entende que a validade do Direito está na comunidade política que o reconhece como tal, isto é, na regra de conhecimento, um elemento convencional. No entanto, na dimensão da interpretação e aplicação do direito, a autoridade pode tomar a decisão que quiser dentro da textura aberta das normas jurídicas, cuja linguagem é dotada de vagueza e

⁷⁴⁰ MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p. 256.

ambiguidade. Entre os problemas das teorias do positivismo jurídico estão a tentativa de objetividade na descrição do direito e, em especial, o da discricionariedade da autoridade na criação do direito (elaboração, pelo legislador; compreensão, interpretação e aplicação, pelo juiz), que são atitudes típicas da filosofia da consciência e de como o paradigma da modernidade compreende a realidade.

Não há como seguir atualmente com esses empreendimentos teóricos, cuja teoria do conhecimento subjacente já está desconstruída e refutada. Os positivistas insistem na objetividade da descrição do direito porque ignoram a dupla estrutura da linguagem. A discricionariedade no direito, característica elementar das teorias do positivismo jurídico, acaba em arbitrariedade e, em alguns casos, solipsismo.

É importante também perceber que, enquanto a filosofia da consciência aplicada ao Direito (jusnaturalismo e positivismo jurídico) supervaloriza o sujeito pensante (objetivação ou subjetivação do conhecimento), a filosofia da linguagem aplicada ao Direito (intersubjetividade do conhecimento) favorece e possibilita, muito mais, a democracia, em todas as suas dimensões e controles. Essa tese orienta-se por essa premissa epistemológica da filosofia da linguagem contemporânea, embora não seja imune a críticas e tenha os seus limites. Não é o único paradigma filosófico interessante para refletirmos sobre objetos de pesquisas, mas é superior aos empreendimentos teóricos e filosóficos que me afastou nessa tese.

Proponho uma “*desleitura*”⁷⁴¹, segundo Harold Bloom, ou, pensando com a “*caixa de ferramentas*” de Jacques Derrida⁷⁴², uma desconstrução e reconstrução do princípio da legalidade penal e, de modo mais abrangente, da teoria das fontes do direito penal. No plano da semiótica e da teoria do discurso, adoto a análise de discurso crítica de Michel Foucault. No plano da metateoria do direito, há uma afinidade e aproximação do empreendimento teórico de Ronald Dworkin, a concepção do direito como integridade, que tem, como teoria política subjacente, o liberalismo igualitário, e, por sua vez, no plano de fundo, uma teoria moral do igual respeito e consideração entre as pessoas, na comunidade política. No plano da epistemologia do direito penal, há uma aproximação da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. No plano da dogmática jurídico-penal há uma aproximação do sistema de imputação racional jurídico-penal de Hans Welzel, o finalismo penal com estruturas lógico-objetivas limitantes do normativismo, com algumas atualizações feitas pelo funcionalismo teleológico de Claus

⁷⁴¹ BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

⁷⁴² DERRIDA, Jacques. **Força da lei**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

Roxin, não se olvidando – até mesmo diante das insuficiências do finalismo penal e do funcionalismo teleológico, apesar de suas importantes contribuições – da inovadora proposta da teoria significativa da ação de Tomas Salvador Vives Antón, cujos conceitos e categorias da dogmática jurídicos-penais foram (re)construídos a partir da filosofia da linguagem. E, nos planos da política criminal e da criminologia, há aproximação da criminologia cautelar e do direito penal humano de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Com os aportes da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer estão ultrapassados a distinção entre teoria e prática, bem como todos os métodos tradicionais de análise, observação e entendimento dos entes do mundo. Para além de um sistema de enunciados jurídicos a ser conhecido, na (re)construção constante das normas jurídicas, seja no plano das fontes direito, seja no momento de atribuição de sentido e alcance normativos, para estabilidade, integridade e unidade de sentido ao Direito, pelos órgãos institucionalmente dotados de autoridade e legitimidade democrática, é coerente assumirmos, na perspectiva pós-positivista jurídica do empreendimento teórico de António Castanheira Neves, no ponto que toca à sua proposta de metodologia, que é necessária uma mediação entre a intencionalidade normativa do direito e a intencionalidade problemática dos casos concretos; e, nessa mediação, as forças sociais, que estão em um campo de batalha simbólico - e não em um espaço de diálogo com condições ideais, porquanto irrealis e irrealizáveis, como propõe Jürgen Habermas -, lutam e disputam, como podem, com ações e discursos, a afirmação de significados e âmbitos normativos para os enunciados jurídicos. Segundo Castanheira Neves, “*a dialética entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar*”⁷⁴³.

Há um círculo hermenêutico entre a intencionalidade normativa do direito (sistema) e a intencionalidade problemática dos casos concretos (problemas). Como esclarece Rafael Lazzarotto Simioni, sobre o pensamento de Castanheira Neves, “*as perguntas que os problemas práticos fazem, esperando uma resposta normativa do direito*”, de modo que “*na dimensão da intencionalidade problemática dos casos concretos está aquela intuitividade hermenêutica, que convoca a normatividade do direito, que interroga, que interpela o direito por uma resposta adequada*” e, portanto,

⁷⁴³ NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 79.

“que faz com que o direito seja muito mais do que apenas um sistema de leis e princípios positivos”⁷⁴⁴. Não se trabalha só no plano deontológico do dever ser tampouco só no plano ontológico do ser, essa circularidade, ou melhor, *ondulações* abrem-se, com rigor metodológico, como já se disse, ao devir.

Martin Heidegger esclarece que fenomenologia, tal como propõe como proposta da sua filosofia hermenêutica, “é um modo de investigar, mais precisamente, falar de algo tal como esse algo se mostra e apenas na medida em que se mostra”, isto é, “é um modo da pesquisa, aquele que atualiza as objetualidades na intuição e fala delas somente na medida em que são estão aí na intuição”, e faz um esclarecimento importante, que é levado como uma vigilância epistemológica nessa tese:

As objetualidades devem ser tomadas como elas em si mesmas se mostram, ou seja, tal como aparecem numa determinada perspectiva. Tal perspectiva surge de um ser ou estar orientado por elas de um ser ou estar familiarizado com tais entes. Na maioria dos casos, esse ser ou estar familiarizado é fruto de um ter ouvido falar, de uma aprendizagem. Assim, o sobre-quê está presente na maneira tradicional de ver e conceber o assunto. A situação de uma ciência responde em cada caso ao estado determinado de seus assuntos. O mostrar-se destas pode ser que resulte num aspecto tão solidificado pela tradição que nem sequer seja possível reconhecer o que de impropriedade, mas que é tomado como sendo próprio. Toma-se um encobrimento como sendo o próprio assunto. Assim, tal impressão direta não garante absolutamente nada. Trata-se de chegar a apreender o assunto livre de encobrimentos, superando o ponto de partida. Para isso, é necessário remontar à tradição do questionar filosófico até as fontes do assunto que está em jogo. A tradição deve ser desconstruída. Somente dessa maneira será possível uma colocação originária do próprio assunto.⁷⁴⁵

Os enunciados jurídicos não são criados apenas por uma autoridade legislativa; uma autoridade judicial não se limita estritamente a fazer um simples silogismo lógico entre o caso concreto e a norma abstrata; por maior que seja o esforço no aprimoramento da redação linguística do enunciado jurídico não se poderá garantir, com isso, a segurança jurídica idealizada; os sentidos e alcances normativos dos enunciados jurídicos não estão imanentes nos textos dotados de autoridade jurídica; não se revela nem se descobre o significado que estava encoberto pela literalidade original desses textos; não se faz, no plano fenomenológico, uma subsunção da situação concreta à hipótese de incidência abstrata descrita no enunciado jurídico; a autoridade legislativa não pode criar a infração penal e cominar a sanção penal discricionariamente como bem quiser; a autoridade judicial não pode interpretar e aplicar os enunciados jurídicos

⁷⁴⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 408.

⁷⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ontologia (Hermenêutica da faticidade)**. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013, p. 82/83.

conforme o seu livre convencimento com discricionariedade; e a autoridade na execução penal não tem espaço de liberdade para fazer o condenado cumprir a pena concreta do modo como entender com discricionariedade.

O direito é criado por uma pluralidade de fontes, e não apenas pela lei emanada do Estado, mormente do Poder Legislativo, mesmo no Direito Penal. As fontes de produção de enunciados jurídicos devem se esforçar para o maior aprimoramento redacional, mas, além disso, deve-se compreender que há limites, no Estado Constitucional e Democrático de Direito. O legislador não pode criar o crime a pena que quiser, pois há limites como a proteção suficiente dos bens jurídicos (dimensões positiva e negativa da proporcionalidade), os mandados constitucionais e internacionais de criminalização e os espaços da autonomia privada. Já as autoridades judiciais e de execução penal não têm espaços de discricionariedade e de livre convencimento para decidir como quiserem. O sentido e o alcance normativos aos enunciados jurídicos são atribuídos pelos órgãos institucionalmente incumbidos de conferir unidade ao Direito e, mais do isso, devem se ajustar à toda a história jurídico-institucional da comunidade política e, se necessário, esse material jurídico deve ser reconstruído *sob sua melhor luz* pelos princípios de moralidade política dessa comunidade. A inexistência de espaço para discricionariedade na produção de normas penais, bem como na sua interpretação e aplicação, será explicada mais a frente.

Sob o quadro teórico da filosofia da linguagem e, em especial, sob os influxos do pós-positivismo jurídico, a teoria das fontes do direito é reconstruída. Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira também compreendem esse fenômeno assim, ao afirmarem que *“atualmente, em razão da Constituição, a teoria das fontes do Direito deve ser revisitada sob paradigma pós-positivista que não confunda a norma com o texto e que esteja apta a trabalhar a dimensão principiológica do direito”*; *“a teoria tradicional das fontes apresenta-se defasada. Isso porque ela estava assentada na quase exclusividade do dogma da lei como sua fonte máxima, como se a própria lei pudesse ser a norma jurídica em si”*; e *“a teoria das fontes precisa ser atualizada, a fim de contemplar os novos sentidos e funções que o direito adquire nessa quadra da nossa história”*⁷⁴⁶. Também Lenio Luiz Streck, quem afirma

⁷⁴⁶ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3ª ed. São Paulo: 2015, p. 263.

que “a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma”⁷⁴⁷.

No âmbito dos fundamentos filosóficos do direito penal, à guisa de ilustração, a linguagem, segundo Ludwig Zettel Wittgenstein⁷⁴⁸, é uma forma de comunicação e de interação entre os seres humanos, de modo que a ação humana não é conceituada mais como um comportamento composto de elementos objetivos e subjetivos, mas como um significado intersubjetivo compreendido pelos demais sujeitos que observam esse comportamento. Não há mais a preocupação direta com o que se passa no interior psicológico de um indivíduo, mas com o que, no mundo exterior, será compreendido e interpretado pelos demais, a partir do contexto e critérios hermenêuticos. Nesse mesmo horizonte, em alguma medida, está o pensamento de Jürgen Habermas⁷⁴⁹, cujo ponto principal do seu pensamento consiste em considerar a ação como uma proposta de comunicação que apenas pode se entender como parte de um discurso, ou seja, o produto de um acordo entre os seres humanos sobre a construção da realidade.

Portanto, a teoria das fontes do direito penal e o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* sofrem uma renovação na pós-modernidade.

Diga-se de passagem, há até uma potente crítica de John Finnis ao positivismo jurídico, cuja concepção contemporânea de jusnaturalismo reconstruiu um novo direito natural sob os influxos da filosofia da linguagem. Como nos alerta Ronaldo Porto Macedo Jr., Finnis “é muito bem informado pela filosofia analítica pós-*virada linguística*”⁷⁵⁰. Nas obras *Lei Natural e Direitos Naturais (Natural law and natural rights, 1980)* e *Fundamentos da Ética (Fundamentals of Ethics, 1983)*, primeiro, afirma que Jeremy Bentham, Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz fizeram uma má caricatura do jusnaturalismo⁷⁵¹, como, por exemplo, que o direito positivo deve ser uma mera cópia do direito natural, e esclarece que não é isso que, à guisa de ilustração, está no pensamento jurídico de São Tomas de Aquino; que sua atualização do

⁷⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

⁷⁴⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Traduzido por Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ªed. São Paulo: EDUSP, 2017.

⁷⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

⁷⁵⁰ FINNIS, John. **Fundamentos da Ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto e Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 (*Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press, 1983). Comentário de Ronaldo Porto Macedo Jr. na contracapa desse livro, que integra a Coleção Teoria e Filosofia do Direito, por ele organizado.

⁷⁵¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 37.

jusnaturalismo não se baseia em justificativas metajurídicas, mas em fundamentos racionais relacionados à moral.

John Finnis afirma que a justiça não é um ideal para o direito positivo, mas o direito natural objetiva expressar reflexivamente as exigências da razoabilidade prática, de modo que a justiça não é um ideal a ser alcançado, mas uma consequência direta do uso dessa razoabilidade prática. Finnis afirma que “*uma das principais fontes de necessidade de autoridade é a luxuriante variedade de escolhas apropriadas mas rivais de ‘meios’ e ‘fins’*”, “*agora podemos ver como esta variedade de escolhas é aumentada e controlada pelo complexo de ‘princípios de direito’ interagentes*”⁷⁵²; “*tendo enfatizado que é a autoridade, e não simplesmente o raciocínio, que resolve a maioria das questões práticas na vida de uma comunidade, devo agora enfatizar a necessária cláusula adicional*”⁷⁵³: “*para ter, em si, autoridade aos olhos de um homem razoável, uma determinatio deve ser consistente com os requisitos básicos da razoabilidade prática*”, “*embora não precise necessariamente ou mesmo geralmente ser a determinatio a que ele próprio teria chegado se tivesse tido a oportunidade*”⁷⁵⁴. A autoridade do Estado é uma autoridade ética, pois deve proteger, com o direito positivo, os bens humanos básicos⁷⁵⁵ (v.g. vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade, razoabilidade prática e religião) e se orientar pela moralidade da sociedade.

Finnis identificou nove requisitos básicos e metodológicos da razoabilidade prática ou “*formas básicas de bem humano*”⁷⁵⁶, que se traduzem no “*método (de elaboração) da lei natural (moral)*”⁷⁵⁷: 1) um plano coerente de vida; 2) sem preferências arbitrárias por valores; 3) sem preferências arbitrárias por pessoas; 4)

⁷⁵² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 281.

⁷⁵³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 281.

⁷⁵⁴ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 281.

⁷⁵⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 87/95.

⁷⁵⁶ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 105.

⁷⁵⁷ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 108.

desprendimento; 5) compromisso; 6) relevância limitada das consequências⁷⁵⁸; 7) respeito por cada valor básico em cada ato; 8) promoção do bem comum da comunidade; 9) a pessoa deve agir de acordo com sua própria consciência⁷⁵⁹. O produto desses requisitos, segundo Finnis, é a moralidade prática. Defende que *“uma regra que tem autoridade pode emergir (isto é, começar a regular uma comunidade) sem ter sido feita por alguém que detenha a autoridade para fazê-la”, “e mesmo sem o benefício de um modo autorizado de gerar regras”*⁷⁶⁰.

A produção de normas jurídicas do direito positivo está limitada por esses critérios racionais e morais. A partir das ideias de bens humanos básicos (fins razoáveis) e dos requisitos da razoabilidade prática (meios razoáveis) é possível, segundo Finnis, derivar⁷⁶¹, seja por conclusão (diretamente) seja por determinação (por escolhas), uma lei positiva da lei natural. Menciona que *“daí que Tomás de Aquino diz que este tipo de lei é derivado da lei natural por um processo análogo à dedução de conclusões demonstrativas a partir de princípios gerais”; “e que tais leis não são apenas leis positivas, mas também recebem parte de sua ‘força’ da lei natural (i.e. dos princípios básicos da razoabilidade prática)”*⁷⁶².

Finnis diz que, sua concepção de jusnaturalismo, não pretende minimizar o alcance e a exatidão do direito positivo, mas de mostrar que *“o ato de ‘fazer’ uma lei (seja judicialmente, legislativamente ou de qualquer outra maneira) é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras ‘morais’”*. Vale dizer que nunca se afirmou,

⁷⁵⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 121: *“o sexto requisito – o de eficiência na busca de objetivos definidos que adotamos para nós mesmos e de evitar os danos definidos que escolhemos considerar inaceitáveis – é um real requisito, com inúmeras aplicações no pensamento ‘moral’ (e, portanto, no pensamento legal). Mas, sua esfera de aplicação própria tem limites, e toda tentativa de torná-lo exclusivo ou supremo, ou mesmo o princípio central do pensamento prático, é irracional e, portanto, imoral. Ainda assim, não deveríamos ocultar de nós mesmos o caráter final (daí inexplicável e mesmo ‘estranho’ dos princípios básicos do mundo...) quando vamos além das rotinas intelectuais de calcular a relação de custo-benefício e eficiência”*.

⁷⁵⁹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 129: *“(1) Harmonia de propósitos / reconhecimento de bens / ausência de arbitrariedade em relação às pessoas / distanciamento das realizações particulares do bem / fidelidade a compromissos / eficiência na esfera técnica / respeito em atos por cada valor básico / comunidade / autenticidade ao seguir a própria razão... são (todos) aspectos do verdadeiro bem básico da liberdade e da razão”*.

⁷⁶⁰ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 233.

⁷⁶¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 274.

⁷⁶² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 274.

nas concepções jusnaturalistas, a existência do direito natural sem a existência do direito positivo. O bem comum é o fundamento essencial da sociedade. O Estado de Direito é uma garantia do direito natural, de modo que todo o exercício de poder, por autoridades, só será legítimo se garantir os direitos naturais. Também afirma “*que essas normas morais são uma questão de razoabilidade objetiva, não de capricho, convenções ou mera ‘decisão’; e que essas mesmas normas morais justificam (a) a própria instituição da lei positiva*”, “*(b) as principais instituições, técnicas e modalidades dentro dessa instituição (e.g. separação dos poderes) e (c) as principais instituições reguladas e sancionadas pela lei (e.g. o governo, contratos, propriedade, casamento e responsabilidade criminal)*”. E, ainda, sustenta que “*o que verdadeiramente caracteriza essa tradição é que ela não se contenta apenas em observar o fato histórico ou sociológico de que ‘moralidade’ afeta a ‘lei’*”, “*mas, pelo contrário, busca determinar quais são realmente os requisitos da razoabilidade prática, tal que uma base racional para as atividades dos legisladores, juizes e cidadãos seja permitida*”⁷⁶³.

Apesar dos méritos do empreendimento teórico de John Finnis, ainda assim, não me parece a melhor estratégia de explicação das fontes do direito nas sociedades contemporâneas, além de que, em alguma medida, ainda são pertinentes as críticas ao jusnaturalismo, mesmo nessa concepção renovada para a contemporaneidade, por ainda considerar pressupostos metajurídicos, uma vez que propõe, no final das contas, a substituição da divindade ou da natureza humana pela razão.

3.1.1 A concepção do direito como integridade de Ronald Dworkin como pano de fundo dessa tese de doutorado

Entre todas as concepções do direito, que foram construídas na pós-modernidade e que por ora tive a oportunidade de estudar, a proposta de Ronald Dworkin, a meu sentir, é a que melhor interpreta as práticas jurídicas contemporâneas e, portanto, a adoto como pano de fundo teórico dessa tese de doutoramento, com os ajustes que apresentarei.

⁷⁶³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980), p. 282.

Ronaldo Porto Macedo Júnior também considera o quanto Ronald Dworkin influenciou uma virada metodológica na teoria do direito⁷⁶⁴, que se iniciou com a virada hermenêutica⁷⁶⁵ de Herbert Hart, ao introduzir, no direito, a filosofia da linguagem⁷⁶⁶, do tipo analítica, em especial, porque “*procura explicar como é possível estabelecer descrições do direito que sejam, ao mesmo tempo, objetivas e dependentes da perspectiva dos sujeitos*” e “*na verdade, a correta descrição do direito dependerá da ‘perspectiva interna’ do direito*”; “*tal perspectiva não identificará nem a dimensão sensorial (sentimentos, i. e., fatos brutos psicológicos), nem de atos do pensamento, mas se radicará nas próprias práticas reguladas por regras sociais que constituem o direito*”⁷⁶⁷. No entanto, quem consolidou a aplicação da filosofia da linguagem no direito foi Ronald Dworkin, pelos pontos que, em resumo e nos limites do necessário para o desenvolvimento dessa tese, adiante se demonstrará. O reconhecimento do prestígio da teoria do direito de Ronald Dworkin de igual modo é feito em outros países⁷⁶⁸, de outras tradições jurídicas, não só da *civil law* e da *common law*, também na Ásia, em especial, na Índia e no Japão⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

⁷⁶⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

⁷⁶⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54 e 279: “*Procurei mostrar que o pioneiro na infusão dessas novas questões no domínio da teoria do direito foi H. L. A. Hart, ainda que se deva reconhecer que, antes dele, especialmente Hans Kelsen já tivesse feito de muitas dessas questões metodológicas seu objeto específico de reflexão teórica. Este o fizera sob a influência do ambiente intelectual vienense fortemente marcado pelo positivismo lógico. Foi Hart, entretanto, que trouxe para a teoria do direito os temas e os problemas filosóficos da ‘virada linguística’, que marcou fortemente a filosofia do século XX em praticamente todos os seus domínios. De maneira muito particular, foi a crítica aos pressupostos filosóficos assumidos pelo positivismo lógico e por outras filosofias da representação que produziu a revitalização do debate de temas e problemas que formam essa agenda metodológica, em especial no campo da epistemologia, da ética, da lógica e, posteriormente, da estética.*” (p. 279).

⁷⁶⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64 e 85. Destaca esse autor que “*É interessante notar também que essa impregnação da teoria do direito pela filosofia geral (em especial pela epistemologia e pela filosofia da linguagem), i. e., essa virada metodológica atingiu áreas aplicadas do direito. No Brasil esse impacto é ainda hoje mais restrito ao direito constitucional. Contudo, fora do ambiente nacional o seu impacto se projeta fortemente para outros campos da dogmática jurídica, como o direito privado, o direito público, o direito penal etc.*” (p. 64).

⁷⁶⁸ ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. **Contra os princípios jurídicos**. Capítulo 8 in MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 429 e 433: “*Ninguém explicou a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos com tanto cuidado e atenção como Dworkin. Tampouco alguém ofereceu uma descrição tão precisa de como os princípios jurídicos se relacionam com os princípios morais, apesar de serem diferentes deles. Não obstante, ao traçar essas distinções, Dworkin fala não meramente por si, mas a partir de (e para) uma tradição inteira de teoria jurídica, uma tradição que deu forma não apenas ao pensamento acadêmico sobre essas matérias, mas também ao modo como os advogados e juízes pensam e operam*” (p. 429); “*Retornemos agora à descrição de Dworkin dos princípios jurídicos, a qual, como dissemos, é o tratamento doutrinário mais cuidadoso dispensado a eles na literatura*” (p. 433). Embora esses autores sejam

Considerarei a concepção do direito como integridade, de Dworkin, como marco teórico no desenvolvimento desses estudos contributivos para uma nova teoria das fontes do direito penal brasileiro⁷⁷⁰ e para uma nova compreensão da legalidade penal.

O pensamento teórico de Ronald Dworkin tem três fases, embora não exista uma ruptura, como, por exemplo, na filosofia da linguagem se fala em primeiro Wittgenstein e segundo Wittgenstein.

Na primeira fase (1977 a 1985), há uma crítica ao positivismo jurídico e ao utilitarismo econômico, que, segundo Dworkin, são expressão do liberalismo político e cujas versões dominantes decorrem da teoria filosófica de Jeremy Bentham⁷⁷¹, em especial, contra que a discricionariedade como característica de ambos, impõe uma teoria liberal dos direitos como trunfos políticos⁷⁷², que nem mesmo a vontade coletiva poderia se sobrepor a essa reserva de justiça mínima do indivíduo, fundados na igual consideração e respeito⁷⁷³, virtude política do liberalismo igualitário⁷⁷⁴, cuja centralidade estão na igualdade⁷⁷⁵ ao invés da liberdade, e identifica outros padrões normativos, como os princípios *lato senso*, dos quais são espécies os princípios *stricto senso*, que têm peso moral e não decorrem de uma convenção dominante nem emanam de uma autoridade espécie, e as políticas (*policies*).

críticos da teoria do direito de Dworkin e não admitam a existência de princípios jurídicos, mas apenas das regras jurídicas e de princípios morais corretos (p. 491), eles fazem essa deferência ao empreendimento teórico dworkiniano.

⁷⁶⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

⁷⁷⁰ José Emílio Medauar Ommati e Alexandre de Castro Coura também já se debruçaram sobre esse tema nessa perspectiva, no artigo **Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin**, publicado na Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 21, n. 3, p. 311-336, set./dez-2020: “nesse sentido, a teoria das fontes do Direito precisa ser abandonada, devendo-se reconhecer que não existem padrões sociais fixos a determinar quando um texto normativo é jurídico ou não. Afinal, o Direito é um conceito interpretativo e não criterial, ou seja, não se resume a um conjunto de critérios previamente determinados por alguma autoridade. Assim, a teoria das fontes do Direito se torna imprestável para quem compreende o Direito como um conjunto íntegro e coerente de princípios que devem ser compreendidos, interpretados e aplicados à sua melhor luz, respeitando-se a história institucional da comunidade e os direitos morais de seus membros” (p. 328/329). No entanto, não identifiquei nenhum estudo que conectasse a teoria das fontes do direito, na perspectiva da concepção do direito como integridade, como propôs Dworkin, com o direito penal.

⁷⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. VIII da Introdução.

⁷⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. XV da Introdução.

⁷⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. XVI da Introdução.

⁷⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977).

⁷⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000).

Na segunda fase (1985 a 2011), apresenta uma alternativa a essa concepção dominante do positivismo jurídico, com a concepção do Direito como Integridade, o agulhão semântico⁷⁷⁶, os desacordos fáticos, empíricos e teóricos, os conceitos interpretativos, a hipótese estética⁷⁷⁷, a comunidade de princípios, o Judiciário como fórum de princípios⁷⁷⁸, a metáfora do romance em cadeia⁷⁷⁹, a única resposta correta⁷⁸⁰, leitura moral da Constituição⁷⁸¹, a interpretação construtiva pelo juiz Hércules⁷⁸², a

⁷⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986), p. 55; DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006), p. 317.

⁷⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 221.

⁷⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 41.

⁷⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986), p. 275: “*Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade*”; “*espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível*”; “*cada romancista (...) deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.*”; “*para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo*”; “*podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão da adequação. (...) a segunda dimensão da interpretação vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão*”.

⁷⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 175; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 251/268 (Verbete n. 36: Resposta adequada à Constituição [resposta correta]): “*Assim, tentando oferecer uma melhor explicação filosófica para o fenômeno do Direito, Dworkin demonstra como ele mobiliza a identificação das práticas jurídicas com sua leitura sob a melhor luz, atendendo na decisão a uma adequação institucional e a uma melhor justificativa substantiva (...). Veja-se, então, o modo como Dworkin foge à determinação causal do Direito pelas práticas jurídicas convencionais como foge também da sua ‘invenção’ pelas preferências pessoais do juiz ou por metas políticas. Ter um direito deve ser algo diferente disso tudo, algo que não se legitima por um teste mecânico de pedigree, nem é uma espécie de ‘direito sem direitos’ em que tudo é negociável a cada momento. Cada juiz se posiciona na história institucional devendo interpretar o que aconteceu e dar-lhe continuidade da melhor maneira possível. Cada tomada de decisão deve se articular ao todo coerente do Direito, mantendo uma consistência com os princípios constitutivos da comunidade. Dworkin se compromete com decisões judiciais corretas através da coerência e integridade normativas*” (p. 252).

⁷⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006 (*Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996).

⁷⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 165; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986), p. 287.

interpretação sob sua melhor luz a partir do juízo de coerência (ou adequação), com a aderência da decisão à história jurídico-institucional da comunidade política⁷⁸³, e do juízo de integridade (ou justificação ou apelo moral)⁷⁸⁴, com (re)orientação pelos princípios de moralidade política (intersubjetividade), moralidade institucional essa que não se confunde com a moralidade convencional ou mesmo com a moralidade pessoal (subjetividade)⁷⁸⁵.

E na terceira fase (2011 a 2013, ano de seu falecimento), Dworkin propõe uma conciliação entre a pluralidade de valores, que era defendida por exemplo por Isaiah Berlin, em uma unidade do valor⁷⁸⁶, entre a democracia, a justiça, a sociedade civil e outros, em especial, entre a liberdade e a igualdade. Nessa última fase, Dworkin desenvolve a sua teoria da unidade dos valores éticos e morais, que dependem uns dos outros, apresentando uma teoria do bem viver, do que precisamos fazer para as outras pessoas e do que não podemos fazer contra elas se pretendermos *viver bem*⁷⁸⁷ uma *vida boa*⁷⁸⁸, pois, somente assim, “*criamos algo mais. Escrevemos um adendo à nossa*

⁷⁸³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 63.

⁷⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 305.

⁷⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), 260: “*defendo, aqui, uma interpretação de nossa própria cultura política, e não uma moral política abstrata e atemporal; afirmo apenas que a defesa da integridade é poderosa na segunda dimensão da interpretação, a política, que reforça suas eloquentes declarações sobre a primeira dimensão da adequação*”.

⁷⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011).

⁷⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 641: “*uma pessoa vive bem quando pressente e procura uma boa vida para si e o faz com dignidade: com respeito pela importância da vida das outras pessoas e pela responsabilidade ética não só destas, mas também dela própria. Os dois ideários éticos – viver bem e ter uma vida boa – são diferentes. Podemos viver bem sem ter uma vida boa: podemos ser afligidos pelo azar, pela miséria, por graves injustiças, por uma doença terrível ou pela morte prematura. O valor do nosso esforço é adverbial; não reside na bondade ou no impacto da vida realizada. É por isso que pessoas que vivem e morrem em grande pobreza podem, mesmo assim, viver bem. Não obstante, cada um de nós deve dar o melhor de si para que sua vida seja tão boa quanto possível. Vive mal quem não se empenha para que sua vida seja boa*”.

⁷⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 03 e 643: “*Quando paro para refletir sobre qual vida seria boa para mim, tenho de fazer uma distinção entre dois aspectos da minha situação: os parâmetros que afetam a resposta – minha cultura, meu passado, meus talentos, meus gostos e as causas que defendo – e as limitações que me tornam difícil ou impossível levar a vida – ou qualquer vida – que aqueles parâmetros definem como boa. As doenças e deficiências físicas são limitações físicas, não parâmetros; não me ajudam a definir qual vida seria boa para mim, mas podem me condenar a uma vida má. Já os meus recursos materiais e as minhas oportunidades econômicas, sociais e políticas podem ser parâmetros ou limitações.*” (p. 643).

mortalidade. Nossa vida se torna um pequeno diamante em meio às areias cósmicas”⁷⁸⁹.

O direito abstrato à igual consideração e respeito, para as teorias⁷⁹⁰ moral, política, jurídica, da justiça e filosófica de Dworkin, “*é tão fundamental que não pode ser apreendido através da caracterização geral dos direitos como triunfos diante dos objetivos coletivos*”, “*a não ser como um caso limite, pois ele é a fonte tanto da autoridade geral dos objetivos coletivos quanto das restrições especiais à autoridade desses objetivos, usadas para justificar direitos mais particulares*”⁷⁹¹.

Dworkin afirma que nenhum governo, que pretenda ser legítimo em uma democracia constitucional⁷⁹² implantada em sociedades plurais contemporâneas, pode desrespeitar a igual consideração genuína pelo destino de todos os cidadãos, que estejam sob seu domínio e aos quais exija fidelidade. Destaca que “*a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política*”⁷⁹³. Dworkin não defende, em sua concepção de liberalismo igualitário, uma igualdade absoluta e indiscriminada de riquezas para todos e o tempo todo, pois, segundo ele, se fosse isso, essa seria uma virtude política fraca⁷⁹⁴.

Por outro lado, Dworkin não concorda que a economia política *laissez-faire*, com mercado livre, seja a melhor estratégia de distribuição na comunidade, pois “*dizer que as pessoas devem assumir a responsabilidade pelo próprio destino não é resposta. As pessoas não são responsáveis por boa parte dos fatores que determinam sua posição numa economia*”; “*não são responsáveis por sua bagagem genética nem por seus*

⁷⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 646.

⁷⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 10: “*o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver*”.

⁷⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. XX da Introdução.

⁷⁹² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006 (*Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996), p. 37/39.

⁷⁹³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. IX da Introdução.

⁷⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. X da Introdução.

talentos inatos; tampouco são responsáveis pela sorte ou pelo azar que têm ao longo da vida”⁷⁹⁵.

A igual consideração é um pré-requisito da legitimidade política. E de qual igualdade fala Dworkin? Ele desenvolve, em sua teoria política, subjacente às suas teorias da justiça, do direito, moral e filosófica, que “*a igual consideração requer que o governo aspire a uma forma de igualdade material que chamo de igualdade de recursos, embora possa haver outros nomes também adequados*”⁷⁹⁶, e, não uma igualdade de bem-estar, pois, a teoria do liberalismo igualitário de Dworkin, considera dois princípios do individualismo ético⁷⁹⁷: o princípio da igual importância que a vida humana seja bem-sucedida, em vez de desperdiçada; e o princípio da responsabilidade especial da própria pessoa com a obtenção de sucesso em seu projeto existencial de vida e de como fazer de sua vida algo valioso.

Defende que “*a igualdade ideal consiste em circunstâncias nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõem*”⁷⁹⁸. Dworkin não pressupõe nenhum contrato social, mas “*espera encontrar qualquer apoio que suas declarações políticas venham a afirmar, não em um acordo ou consenso*”, “*mesmo que seja hipotético, mas nos valores éticos mais gerais aos quais apela – à estrutura da vida boa e aos princípios da responsabilidade individual*”⁷⁹⁹. Dworkin considera que o direito, em alguma medida, influencia na igual consideração e respeito entre as pessoas.

Podemos aprofundar, para também concluir, com Dworkin, que as fontes do direito também influenciam no problema da igualdade distributiva e política. Entende que a divisão igualitária de recursos exige alguma forma de mercado econômico⁸⁰⁰,

⁷⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 05.

⁷⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. XII da Introdução.

⁷⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. XV da Introdução.

⁷⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. 157.

⁷⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. XIV da Introdução, “*o argumento deste livro não utiliza nenhum contrato social*”.

⁸⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. 80/81.

como uma instituição política real e mecanismo de atribuição de preços a grande variedade de bens e serviços. Essa concepção de igualdade de recursos e oportunidades⁸⁰¹ é sensível ao caráter especial e importante da liberdade⁸⁰². E, ainda, na reflexão sobre as virtudes políticas da comunidade, afirma que “*o constitucionalismo é um aperfeiçoamento da democracia, contanto que, mas apenas contanto que, sua jurisdição esteja limitada a questões de princípio insensíveis à escolha*”⁸⁰³.

Para Dworkin, não há como ter um conceito de direito como pretendia as teorias semânticas do direito, a exemplo da versão dominante do positivismo jurídico, e o que é possível, são concepções de direito, de modo que cada uma deva apresentar suas razões morais e políticas pelas quais as concepções rivais não devem prevalecer. Há desacordos teóricos entre os juristas pelo motivo de acreditarem estar debatendo o direito com os seus mesmos fundamentos teóricos, mas não percebem que têm concepções diferentes sobre o direito, não estão debatendo sobre a mesma coisa, o que Dworkin chama de agulhão semântico. Para as teorias semânticas do direito e para as teorias convencionalistas do direito, conforme Dworkin as chama, esse tipo de desacordo teórico seriam desacordos sobre a moralidade e a fidelidade. Isso pode ocorrer, por exemplo, sobre a questão de quais são as fontes do direito penal? E haverá respostas divergentes, em especial, porque os opinantes têm concepções diferentes sobre as fontes do direito e seus fundamentos e, até mesmo, concepções divergentes sobre o direito.

As críticas ao positivismo jurídico, que Dworkin interpreta como um convencionalismo, só aceita as fontes estatais autorizadas, a partir de um *teste de pedigree*⁸⁰⁴, como a Constituição, a legislação e os precedentes judiciais, com a

⁸⁰¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 05: “*Coloco a questão nesses termos, em termos de o que o Estado deve fazer, porque toda distribuição é consequência das leis e dos programas políticos oficiais: não há distribuição politicamente neutra. Dada qualquer combinação de qualidades pessoais de talento, personalidade e sorte, o que a pessoa obterá em matéria de recursos e oportunidades dependerá das leis vigentes no lugar onde ela é governada. Por isso, toda distribuição deve ser justificada demonstrando-se de que modo a ação do governo respeita esses dois princípios fundamentais: a igual consideração pelo destino e o pleno respeito pela responsabilidade*” (p. 05).

⁸⁰² DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. 160.

⁸⁰³ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000), p. 289.

⁸⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 28. “*Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não*

pretensão, por um lado, de garantir o máximo de previsibilidade e estabilidade, e, por outro, reconhecendo os limites do direito, de modo que, quando houver possibilidade de mais de uma escolha, a autoridade, a exemplo do juiz, teria discricionariedade para decidir. Dworkin entende que o convencionalismo não passa no teste de adequação, porque não explicam uma série de aspectos da história institucional da comunidade política, nem passa no teste da integridade, porque se preocupa mais com estabilidade de padrões do que com a justiça destes padrões normativos.

Também critica o realismo jurídico, cuja interpretação dada por Dworkin é a de um pragmatismo jurídico, em síntese, porque inobserva a história institucional de padrões normativos da comunidade política, decidindo sempre conforme o que o juiz acha que é melhor para a comunidade em cada caso. Para evitar essa tentação do pragmatismo, Dworkin apresenta o argumento da comunidade personificada (em analogia a uma pessoa íntegra) e a virtude política da integridade, com a qual a comunidade mantém-se fiel aos seus princípios morais, ao lado das virtudes da justiça, da equidade e do devido processo legal. A integridade política deve estar presente tanto no processo legislativo (integridade legislativa), quanto nas decisões judiciais (integridade judiciária)⁸⁰⁵. Não propõe uma coerência de resultados, mas uma coerência de princípios de moralidade política⁸⁰⁶.

Além da concepção do direito como integridade não precisar sacrificar a justiça, pois, ao manter a coerência com o passado, é possível, no apelo moral, corrigir-se erros e se dirigir a decisões mais justas. Dworkin apresenta a comunidade de princípios⁸⁰⁷ – ao invés de uma comunidade acidental e de uma comunidade de regras – como argumento definitivo em favor da sua concepção de direito como integridade, na qual os membros têm obrigações associativas⁸⁰⁸, em regras explícitas ou implícitas, uns em

têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público”.

⁸⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 213.

⁸⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 139.

⁸⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 254.

⁸⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 624.

relação aos outros, que derivam do compartilhamento de uma compreensão comum dos princípios que informam a justiça, a equidade e o devido processo legal. Portanto, todas as decisões políticas, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judiciário, têm que derivar dos mesmos princípios para serem legítimas. Essa é a virtude política da integridade.

Sobre as fontes do direito, Dworkin nega que os direitos seja apenas aqueles produzidos por convenções, mas são anteriores ao reconhecimento pela autoridade estatal. São direitos “*naturais*”⁸⁰⁹ e independentes da legislação, não no sentido das quaisquer das concepções do jusnaturalismo e metajurídicas, mas sim no sentido de que os direitos são o referencial com o qual se pode julgar se as leis são boas ou ruins, sob o ponto de vista liberal, uma vez que se referem a princípios de moralidade política e a reservas de justiça inscritos, explícita ou implicitamente, na Constituição da Comunidade Política. Os direitos são critérios de apreciação moral das leis, são proteções individuais ou de grupos⁸¹⁰, são trunfos anti-utilitaristas contra a vontade de uma maioria ou mesmo de toda a coletividade.

Sobre a autoridade do direito, Dworkin critica a concepção positivista de John Austin, apresentada na obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), porque, primeiro, refere-se a uma sociedade simples, e não a uma sociedade complexa e moderna; e, segundo, não consegue explicar a diferença entre as ordens emanadas de um soberano e a de um gângster, “*porque define uma obrigação como sujeição à ameaça da força e, desse modo, fundamenta a autoridade do direito inteiramente na capacidade e na vontade do soberano de causar dano aos que desobedecem*”⁸¹¹, e, portanto, não considera, entre vários aspectos, a obrigatoriedade da norma jurídica.

Dworkin também critica a concepção positivista de Herbert Hart, divulgada na obra *The Concept of Law* (1961). Reconhece que a concepção de Hart é mais poderosa e superior do que as demais versões do positivismo⁸¹²; que Hart explica que há tipos de

⁸⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. X da Introdução.

⁸¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 143/144. Nota de Rodapé n. 06: “*Considero as pessoas jurídicas como indivíduos, de modo que as corporações podem ter direitos; uma teoria política que considera grupos especiais, como os grupos racionais, como dotados de alguma importância corporativa no seio da comunidade pode, por conseguinte, falar de direitos de grupos*”.

⁸¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 30.

⁸¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 31.

regras, diferente de Austin que considerava existir apenas regras como ordens de caráter geral e que um indivíduo desobediente será passível de punição, quais sejam, as regras primárias, que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade, e as regras secundárias, que preveem como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas vigentes, modificadas ou abolidas; que, para Hart, uma regra jurídica é diferente de uma ordem por ser normativa, ao estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, e não por cominar uma sanção para garantir a sua aplicação. Para Hart, a regra não é obrigatória porque um indivíduo ou grupo dotado de força física quer que assim seja, mas porque tem autoridade para promulgar essa regra. Essa autoridade deriva de outra regra, que já é obrigatória para todos aos quais ela se dirige, e, assim será, quando for aceita, isto é, os membros da comunidade a seguem e criticam a desobediência daqueles que não a seguem, ou quando for válida, ou seja, quando forem criadas de acordo com uma regra secundária⁸¹³.

Diferente das comunidades primitivas que só têm regras primárias a partir da aceitação, as comunidades mais desenvolvidas têm uma regra secundária fundamental, que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas pela validade, a qual Hart chama de regra de reconhecimento⁸¹⁴ e que é a única regra cuja obrigatoriedade depende de aceitação, e não de validade. Para identificar a regra de reconhecimento, segundo Hart, “*devemos observar de que modo se comportam os cidadãos e, em especial, seus funcionários públicos*”; “*devemos prestar atenção a quais são os argumentos definitivos que eles aceitam como demonstração da validade de uma regra particular e quais os argumentos definitivos de uma regra particular*” e “*quais os argumentos definitivos eles usam para criticar outros funcionários ou instituições*”⁸¹⁵.

E, ainda, “*Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos quais elas operam*”, “*padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de reconhecimento fundamental*”⁸¹⁶. Hart identifica que as regras podem ter como fontes a legislação, como também, a depender da comunidade, as “*práticas costumeiras*

⁸¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 32/33.

⁸¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 33.

⁸¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 34.

⁸¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 35.

antigas' e 'a relação [de uma regra] com as decisões judiciais' com outros critérios que são frequentemente usados, embora em geral de maneira simultânea e subordinada ao teste da legislação"⁸¹⁷. Dworkin critica que as regras jurídicas, nas concepções positivistas de Austin e de Hart, possuem limites imprecisos reconhecidos por eles mesmos, a exemplo do que Hart chamou de regras com "textura aberta"⁸¹⁸, o que oportunizava um exercício de poder discricionário por parte de alguém.

Dworkin afirma expressamente "quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo"⁸¹⁹, porque, entre outros aspectos, não concorda que no direito exista espaços para discricionariedade (pelo menos, uma discricionariedade forte) e existem outros padrões normativos diferentes das regras jurídicas, a exemplo dos princípios jurídicos⁸²⁰ – mas, não só –, que explicou como "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável [aqui ele se refere às políticas, que é outro padrão normativo]", "mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"⁸²¹ da história institucional de uma determinada comunidade política.

Destaca também que "Hart modificou Austin (...) a regra suprema, diz ele, pode estipular que algum costume conte como direito, antes mesmo que os tribunais o reconheçam"⁸²², mas o critica, também nesse ponto, afirmando que Hart não apresentou os critérios que sua regra de reconhecimento (*teste de pedigree*) poderia aplicar para isso e, com isso, considerando que os costumes não são juridicamente obrigatórios apenas por serem moralmente obrigatórios no seio de uma comunidade política, "o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelos menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema", "mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema – porque são aceitas como obrigatórias pela

⁸¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 35.

⁸¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 35.

⁸¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 35.

⁸²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 36.

⁸²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 36.

⁸²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 67.

comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admitamos na teoria de Hart”⁸²³. Os princípios e os costumes não se submetem a um teste de validade como tal como as regras, e, segundo Dworkin, deve-se abandonar⁸²⁴ essa concepção positivista do direito empreendida por Herbert Hart.

A autoridade e o peso dos princípios jurídicos, segundo Dworkin, diferente das regras jurídicas, que se reportam a um ato legislativo ou a um precedente judicial, não se submetem a uma regra de reconhecimento ou a um semelhante teste de *pedigree*, “em lugar disso argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios”, “nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade”⁸²⁵. Não há uma regra de reconhecimento para todos os padrões normativo-jurídicos, a exemplo dos princípios, de modo que “saber se um princípio é ou não um princípio da comunidade nesse sentido é matéria para argumentação e não para relatórios, embora o que está habitualmente em discussão é o peso do princípio e não o seu status”⁸²⁶.

Sobre as regras, Dworkin critica a teoria da regra social de Hart, que, a seu ver, compreende mal a conexão entre uma prática social e um juízo normativo, de modo que, para Dworkin, “na verdade, a prática social (não constitui, mas) ajuda a justificar uma regra que é expressa pelo juízo normativo”⁸²⁷. Não é a prática social que fornece o exato conteúdo da norma, que pode ficar aquém da prática ou ir além dela⁸²⁸.

Na concepção do direito como integridade, de Dworkin, as fontes do direito não são apenas a legislação, os precedentes judiciais e os costumes reconhecidos por uma autoridade estatal, tampouco há margem para discricionariedade no exercício do direito, embora, segundo Dworkin, “os juízes devem às vezes criar um novo direito, seja essa

⁸²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 69.

⁸²⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 70.

⁸²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 58. Dworkin faz uma analogia interessante: “Não existe papel de tornassol para testar a consistência desse argumento – ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela”.

⁸²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 125.

⁸²⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 91.

⁸²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), 92.

criação dissimulada ou explícita”⁸²⁹. Não entanto, para Dworkin, é enganoso compreender que, quando os juízes agregam algo novo ao direito, exercem uma atividade legislativa, pois há uma distinção importante na teoria política que subjaz à teoria jurídica de Dworkin consistente na diferença entre *argumentos de princípios*, que justificam uma decisão política que respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo, e *argumentos de política*, que justificam uma decisão política que fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade⁸³⁰. Os juízes têm legitimidade constitucional e democrática para proferirem decisões criativas no direito com base em argumentos de princípios⁸³¹.

Os argumentos dos positivistas de que os juízes não poderiam agregar algo novo no direito, segundo Dworkin, tem como objeções a dificuldade contramajoritária, porque não são eleitos pelo povo e porque criariam um dever novo após o fato, com indevida retroatividade, leva em conta situações nas quais foram usados argumentos de política⁸³². Os juízes podem participar do processo de criação do direito com argumentos de princípios⁸³³. Conforme Dworkin, a sua teoria liberal dos direitos considera que *“a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo”, “pois a história institucional faz parte do pano de fundo de qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração”*⁸³⁴. E, ainda, *“um argumento de princípio pode oferecer uma justificção para uma decisão particular segundo a doutrina da responsabilidade (política)”, “somente se for possível mostrar que o princípio citado é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas”*⁸³⁵.

Sobre a função criativa do judiciário, Dworkin afirma que, com a sua concepção do direito como integridade, não pretende fazer uma nova descrição sobre as práticas

⁸²⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 128.

⁸³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 129.

⁸³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 132.

⁸³² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 133.

⁸³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 134.

⁸³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 136.

⁸³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 138.

jurídicas e o que os juízes fazem; não se trata de uma nova descrição empírica, mas novos fundamentos políticos e filosóficos para a teoria do direito⁸³⁶.

A regra de reconhecimento, tal como proposta pelo positivismo normativo de Herbert Hart ou por qualquer⁸³⁷⁻⁸³⁸ outro teste de validação das fontes do direito, não consegue capturar todo o direito vigente em uma comunidade política, de modo que as teorias do direito que supuseram existir um *teste de pedigree* para as normas jurídicas apenas explicaram uma parcela do direito e acabaram tomando parte pelo todo, ignorando outros padrões normativos e outras fontes de produção. Também não seria um teste de fontes jurídicas a teoria do apoio institucional⁸³⁹, com a qual se supõe que poderiam ser normas jurídicas apenas aquelas reconhecidas por fontes oficiais e, em especial, estatais.

Também não se qualificam como critérios de validação de fontes jurídicas: as práticas sociais dominantes e compartilhadas entre os membros da comunidade política, porque elas podem violar os princípios de moralidade política e, se isso fosse possível, a escravidão teria sido correta no passado; convenções públicas que possam constituir a moralidade institucional da comunidade política, pois, segundo Dworkin, a moralidade política não é constituída pelo que pensa a maior parte das pessoas; o consenso também não constitui a moralidade política e, em especial, o direito, isto é, a coincidência das mesmas convicções a respeito da moralidade política, porque *“o fato do consenso não é a razão para achar o estupro errado, uma vez que pensamos que ele é errado por*

⁸³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 141.

⁸³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 101.

⁸³⁸ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 169. *“Há uma crítica comum à visão de Dworkin de que o peso da ideia, carregada de valor, dos princípios não pode ser capturado ou identificado por um teste factual – ou de ‘fontes’ ou de ‘pedigree’ – como a regra de reconhecimento. É que a regra de reconhecimento pode ser remodelada de modo a incluí-los. Examinemos esta afirmação e vejamos se a regra de reconhecimento pode ou não acomodar os princípios. Penso que qualquer compreensão está fadada ao fracasso porque a distinção entre testes de pedigree factualmente identificáveis e o valor moral é marca distintiva de qualquer teoria positivista que faça bom sentido”*. Nota de Rodapé n. 10, na p. 170: *“Pode se considerar que a teoria de Kelsen suscita um problema já que, valendo-se da distinção entre ‘ser’ e ‘dever ser’, ele declarou que a normatividade do Direito – sua característica de dirigir a ação – dependia da existência do Direito no mundo do ‘dever ser’. As leis não existiam no mundo da causalidade, mas no da ‘imputação’. Mas sua teoria ainda tornava a determinação do Direito dependente de um teste-mestre, a norma fundamental, que poderia ser descrita como uma clara pressuposição de validade. A significação da norma fundamental na teoria jurídica é que ela foi um passo no sentido de entender a relevância da aceitação de padrões como a parte essencial do argumento jurídico. Sua obscuridade encontra-se apenas na não especificação por Kelsen das razões para a aceitação desses padrões. Não há nenhuma obscuridade na concepção originalista de ser capaz, em todos os casos, de identificar o Direito por referência a uma regra-mestra clara”*.

⁸³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 107.

razões independentes disso (violência; dominação; danos; dor; sofrimento)”⁸⁴⁰. No fundo, o que conta para a concepção do direito com integração, de Dworkin, é a natureza interpretativa das práticas sociais da comunidade política, a partir de juízos de adequação e de integridade, fundados na virtude política da igual consideração e respeito.

Dworkin compreende que “*o Direito é antes uma questão de interpretação que de criação*”⁸⁴¹. Sobre o fundamento político do direito, Dworkin exemplifica duas concepções sobre o Estado de Direito: uma centrada no texto legal, a partir da qual o poder público só pode ser exercido contra os cidadãos de acordo com regras explícitas e específicas publicadas para todos, mas que, para Dworkin, é muito restrita por não estipular nenhum critério sobre o conteúdo das normas jurídicas; e outra centrada nos direitos, que “*pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo*”, “*para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável*”⁸⁴², mas, por outro lado, pode fracassar quanto ao âmbito, quanto à exatidão e quanto à equidade dos direitos. Nenhuma dessas duas concepções é a que Dworkin propõe com o seu empreendimento teórico.

A respeito do questionamento se decisões judiciais com argumentos de princípios ofendem a democracia, haja vista que os juízes não são eleitos pelo povo, Dworkin considera que o Poder Judiciário é uma técnica de equilibrar e proteger as minorias que têm menos poder político e menos poder econômico de influenciá-lo⁸⁴³. Dworkin diz que “*o Estado de Direito, na concepção que defendo, enriquece a democracia ao acrescentar um fórum independente, um fórum de princípio, e isso é importante*”, “*não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum*

⁸⁴⁰ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p. 136.

⁸⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. VII da Introdução; DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 17.

⁸⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 07.

⁸⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 32.

confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão de bem público”⁸⁴⁴.

Após as críticas de Dworkin ao positivismo jurídico, em especial, a concepção de Hart, sobretudo em razão da regra de reconhecimento convencional não ser capaz de capturar os princípios de moralidade política como *standards* jurídicos, os teóricos do direito, alinhados ao positivismo jurídico, dividiram-se entre aqueles que admitiram que os princípios são usados pelos juízes no raciocínio jurídico, mas não fazem parte do direito (positivismo exclusivo ou *hard positivism*) e são padrões extrajurídicos, como Joseph Raz⁸⁴⁵ e Andrei Marmor⁸⁴⁶, e aqueles que admitiram que contingencialmente o direito pode conter princípios jurídicos de natureza moral, além das regras jurídicas, como parte do direito, se forem constituídos por uma autoridade legítima ou previstos em algum documento jurídico com *pedigree* histórico, a exemplo da sua previsão em uma Constituição⁸⁴⁷ (positivismo inclusivista ou *soft positivism*), como Herbert Hart (no Pós-escrito, da 2ª edição de *O conceito de direito*), Jules Coleman⁸⁴⁸ e Wilfrid Joseph Waluchow⁸⁴⁹. Anoto ainda a posição intermediária do positivismo jurídico lógico-inclusivo⁸⁵⁰, de Juliano Maranhão (os princípios morais teriam juridicidade porque são deduzidos das regras jurídicas, as quais, por sua vez, decorrem de uma regra de reconhecimento dotada de autoridade).

Entretanto, como bem destaca Ronaldo Porto Macedo Júnior⁸⁵¹, Dworkin, já no artigo *Modelo de Regras II* já rebatia a essas novas concepções positivistas (exclusivista e inclusivista), ao afirmar, à guisa de ilustração, que “*podemos formular da seguinte maneira o teste para o direito que esta história sugere*”: “*um princípio é um princípio*”

⁸⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 39.

⁸⁴⁵ RAZ, Joseph. **The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system**. Oxford: Clarendon, 2003.

⁸⁴⁶ MARMOR, Andrei. **Exclusive legal positivism**. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 104/124.

⁸⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 710. Nota de Rodapé n. 02: “*De acordo com o chamado positivismo ‘soft’ ou ‘suave’, a moral pode ser um dos critérios do direito caso algum documento jurídico dotado de pedigree histórico, como uma Constituição, por exemplo, o estipule. Ver H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2ª ed (Oxford: Oxford University Press, 1994), pós-escrito, pp. 250,265*”.

⁸⁴⁸ COLEMAN, Jules. **The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory**. Oxford: Oxford University, 2001.

⁸⁴⁹ WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon, 1994.

⁸⁵⁰ MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-jurídico**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

⁸⁵¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 171/172.

de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como um justificação das regras explícitas, tanto substantivas, como institucionais, da jurisdição em questão”⁸⁵². E essa “*mais bem fundada teoria do direito*” não pode ser um acordo convencional sobre o direito, pois regras e princípios jurídicos podem existir mesmo que inexistia uma convenção explícita e “*isso ocorre justamente porque a intencionalidade (point ou scope) das práticas integra os elementos constitutivos de uma regra que, desse modo, não é a pura convenção*”⁸⁵³.

O erro de Herbert Hart, embora tenha introduzido a filosofia da linguagem na teoria do direito, foi ter, em alguns momentos do seu empreendimento teórico, tentado explicar as práticas jurídicas com base em teorias semânticas, por causa do aguilhão semântico (*semantic sting*) e, por exemplo, tentado aplicar por “*conceitos criteriais*”⁸⁵⁴ (*adequados para definir determinados tipos de conceitos, como os conceitos naturais de livro, casa, veículo, parque etc.*)”⁸⁵⁵ no direito, enquanto que “*são lógico-gramaticalmente inadequados para descrever conceitos interpretativos, como direito, cortesia ou justiça*”; “*nesse ponto reside o aguilhão semântico (semantic sting) que atinge a teoria positivista*”; “*desacordos são comuns no direito e, com frequência, referem-se às regras que se supõem serem as bases ou os fundamentos dos critérios em casos particulares, não são desacordos empíricos, mas se referem aos próprios critérios*”⁸⁵⁶.

Para Dworkin, o positivismo jurídico está equivocado na sua explicação das práticas jurídicas porque não consegue explicar o elemento central dessas práticas

⁸⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977), p. 119.

⁸⁵³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173/174.

⁸⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 615: “*Na realidade, existem vários conceitos de direito, e agora é necessário fazer uma breve distinção entre eles. Usamos a palavra ‘direito’ num sentido sociológico, quando dizemos, por exemplo, que o direito tem sua origem nas sociedades primitivas; num sentido de aspiração, quando, por exemplo, exaltamos o estado de direito; e lançamos mão de um sentido doutrinário para relatar o que o direito tem a dizer sobre determinado assunto, quando declaramos, por exemplo, que sob o direito de Connecticut a fraude é um ilícito civil. Tanto o positivismo quanto o interpretacionismo são teorias acerca do uso correto do conceito doutrinário. Tradicionalmente, o positivismo considera que esse conceito é criterial: busca identificar os critérios de pedigree que os juristas ou, pelo menos, as autoridades do Judiciário partilham para identificar as proposições verdadeiras de direito doutrinário. O interpretacionismo considera que o mesmo conceito é interpretativo: para ele, as proposições dos juristas acerca daquilo que o direito diz ou prescreve sobre algum assunto são conclusões de um argumento interpretativo, embora a maior parte do trabalho de interpretação quase sempre permaneça oculta*” (p. 615).

⁸⁵⁵ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.

⁸⁵⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 184.

sociais, quais sejam, os desacordos teóricos relevantes para as práticas jurídicas. Ronaldo Porto Macedo Júnior aponta que a crítica mais profunda de Dworkin à concepção positivista de Hart sobre o direito é que, por causa do agulhão semântico, os positivistas pressupõem que todos adotam os mesmos critérios teóricos no direito para decidir demandas e *“essa pressuposição é tentadora para os positivistas porque ela os encoraja a pensa em suas tarefas como a de ‘escavar regras compartilhadas a partir de um estudo cuidadoso sobre o que os juristas dizem e fazem’”*⁸⁵⁷. E, para Dworkin, a justificativa para a existência de desacordos teóricos recai *“na natureza interpretativa das disputas morais e no fato de que o direito não pode ser entendido exclusivamente com base em suas fontes sociais”*; *“O direito tem uma fonte social e também uma fonte moral, de natureza argumentativa, enraizada nas disputas morais”*⁸⁵⁸.

Na teoria interpretativa do direito, conforme a concepção dworkiniana, é preciso ter atitude interpretativa⁸⁵⁹. No empreendimento coletivo, que é o direito, os fatos e as proposições jurídicas têm uma *“intencionalidade”*⁸⁶⁰ (*point*), pois, *“a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam”*. Há uma interação entre o propósito e o objeto, bem como a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce um constrangimento coercitivo sobre todas as interpretações disponíveis para um intérprete, que ele não pode fazer de uma prática ou objeto qualquer coisa que pretenda que fossem.

Para Dworkin, *“segundo esse ponto de vista, um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica”* e *“se os dados brutos não estabelecem diferenças entre essas interpretações antagônicas, a opção de cada intérprete deve refletir a interpretação*

⁸⁵⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 186.

⁸⁵⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 192.

⁸⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 56.

⁸⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 67 e 75: *“precisamos primeiro lembrar uma observação crucial de Gadamer, de que a interpretação deve pôr em prática uma intenção”* (p. 67); *“Recorro mais uma vez a Gadamer, que acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”* (p. 75).

que, de seu ponto de vista, atribui o máximo de valor à prática”⁸⁶¹. Há limites à criatividade de quem faz uma interpretação, entre eles, o objeto de interpretação faz um constrangimento epistemológico⁸⁶², ou seja, nas palavras de Dworkin, “*pressupõe que, no caso da interpretação, um texto exerce alguma restrição sobre o resultado. Mas, em minha descrição, o próprio texto é o produto de julgamento interpretativos*”; “*não pode haver mais restrição nessa história do que no exemplo de Wittgenstein, do homem que duvidou do que leu no jornal e comprou outro exemplar para confirmá-lo*”⁸⁶³.

A interpretação construtiva, de acordo com Dworkin, tem três etapas⁸⁶⁴: i) a etapa pré-interpretativa, na qual já há algum tipo de interpretação com a identificação das regras e dos padrões que se compreende fornecer o conteúdo da prática social interpretada; ii) a etapa interpretativa, na qual o intérprete apresenta uma justificativa geral para os elementos centrais da prática social identificada na etapa anterior. Essa justificativa deve se ajustar o suficiente para o intérprete se veja como alguém que efetivamente interpreta tal prática social, como um empreendimento coletivo, de acordo com a metáfora do romance em cadeia, e não alguém que inventa, a partir de um grau zero de sentido, uma nova prática social; iii) e a etapa pós-interpretativa ou reformuladora, na qual o intérprete reajusta a sua concepção ao propósito que essa prática social requer sob a sua melhor luz. Segundo Dworkin, por exemplo, o direito é um conceito interpretativo⁸⁶⁵.

Os critérios para estabelecer os fundamentos do direito, segundo Dworkin, não podem ser resultados de um acordo convencional ou dados *prima facie*, mas são

⁸⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 64.

⁸⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 41/44 (Verbetes n. 06: Constrangimento Epistemológico): “(...) *O indivíduo, no seu cotidiano, sofre um conjunto de constrangimentos decorrentes da linguagem pública construída na intersubjetividade. Por isso, não estabelece sentidos arbitrários. No plano dos discursos científicos e no âmbito do discurso jurídico e das práticas cotidianas que são descritas e prescritas cotidianas que são descritas e prescritas por aquilo que chamamos de doutrina jurídica, também não podemos ‘trocar o nome das coisas’ e tampouco agir como nominalistas. Aqui assume importância o ‘constrangimento epistemológicos’*” (p. 42).

⁸⁶³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), p. 253.

⁸⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 81.

⁸⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 109 e 488.

construídos de forma argumentativa⁸⁶⁶, a partir de testes de duas dimensões: devem ajustar-se às práticas da história institucional de uma comunidade política (dimensão da coerência ou ajuste ou *fit*) e devem ser expressões, *sob sua melhor luz*, dos princípios de moralidade política dessa comunidade (dimensão da justificação ou do apelo moral ou *evaluative appeal*), cuja virtude política soberana é a igual consideração e respeito pelas pessoas na sua humanidade.

Ronald Dworkin, ao explicar a sua concepção do direito como integridade, conclui que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁸⁶⁷. Dworkin defende uma integridade inclusiva⁸⁶⁸, virtude política que se harmoniza com as demais (equidade e devido processo legal), não só com a justiça⁸⁶⁹. Defende que existam verdades objetivas nos valores da moral política, cujos atos sejam errados em si mesmo, e não só porque as pessoas considerem-no errado, como por exemplo, “torturar bebês por diversão”⁸⁷⁰; e questiona: “como poderiam ser considerados valores se simplesmente os inventássemos?”⁸⁷¹.

Segundo Dworkin, os juízos de valor da moralidade institucional da comunidade política são verdadeiros, não por se referirem a um ente que exista concretamente à espera de serem descobertos nem porque inventamos livremente os valores, mas “em razão da defesa substantiva que possa ser apresentada em favor deles. A esfera moral é a esfera dos argumentos, não dos fatos brutos”; “nesse caso, não é implausível – muito

⁸⁶⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 206.

⁸⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 272.

⁸⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 482.

⁸⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 12.

⁸⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 15.

⁸⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 17.

*pelo contrário, supor que nessa esfera não haja conflitos, mas somente apoio mútuo (...) uma unidade de valor ainda mais fundamental (...)*⁸⁷².

É por essa perspectiva que oriento esses estudos contributivos para uma renovação da teoria das fontes do direito. Dworkin, no último parágrafo do último capítulo do seu principal livro, *O Império do Direito*, liga os fios de seu pensamento, respondendo ao questionamento:

O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna o cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, 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 as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter⁸⁷³.

Anos depois da publicação de *O Império do Direito*, Dworkin, na obra *A Justiça de Toga*, publicada originalmente em 2006, mormente no Capítulo 6 intitulado O pós-escrito de Hart e a questão da filosofia política, esclareceu, sobre as fontes do direito, que não tratou sobre a legalidade no livro *O Império do Direito*, mas afirmou, naquela oportunidade, que *“identificar as verdadeiras proposições de direito é uma questão de*

⁸⁷² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 19 e 39: *“Os filósofos morais costumam responder que devemos (numa expressão que eles especialmente apreciam) merecer o direito de supor que os juízos éticos ou morais podem ser verdadeiros. Isso significa que temos de construir algum argumento plausível do tipo imagino em meus parágrafos de provocação: algum argumento metafísico, não moral, que demonstre haver alguma entidade ou propriedade no mundo – talvez partículas dotadas de cargas morais, ou ‘mórons’ – cuja existência e configuração possam tornar verdadeiro um juízo moral. Mas, na realidade, só há um meio pelo qual podemos ‘merecer’ o direito de pensar que algum juízo moral é verdadeiro, e esse meio não tem nada a ver com a física nem com a metafísica. Se eu quiser merecer o direito de afirmar que a proposição de que o aborto é errado sempre é verdadeira, tenho de fornecer argumentos morais em favor dessa forte opinião. Simplesmente não existe outro jeito”* (p. 39).

⁸⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Gildo Sá Leitão Rios. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Law’s Empire*, Harvard University Press, 1985), p. 492.

interpretar dados jurídicos de modo construtivo”, bem como afirmou que “*uma interpretação construtiva tem com finalidade tanto ajustar-se aos dados quanto justificá-los*” e, ainda, que esclareceu que “*‘ajuste’ e ‘justificação’ são apenas termos designativos de duas dimensões aproximadas da interpretação e que seu aprimoramento exigiria uma análise mais cuidadosa de outros valores políticos independentes que nos permitissem aprofundar o entendimento dessas dimensões*”, a fim de que “*descobrir, por exemplo, um modo de integrá-las a uma avaliação geral da superioridade interpretativa quando elas tomam direções opostas*”. E, com isso, Dworkin concluiu, nessa passagem mais recente, que “*parece-me agora que os conceitos políticos fundamentais que devem ser assim explorados são os que remetem à imparcialidade processual*”, “*que constitui a essência da dimensão do ajuste, e à justiça substantiva, que constitui a essência da justificação política*”⁸⁷⁴.

Ainda na obra *A Justiça de Toga*, ainda em reflexão sobre o valor político da legalidade para a comunidade, Dworkin afirma que, além das pretensões políticas de exatidão e eficiência das leis, é muito importante a “*integridade política, que significa a igualdade perante o direito não apenas no sentido de que ele seja imposto conforme escrito*”, “*mas no sentido mais pertinente de que o Estado deve governar de acordo com um conjunto de princípios em princípio aplicável a todos*”⁸⁷⁵, e, nessa oportunidade, advertiu que “*a coerção ou a punição arbitrária infringe essa dimensão crucial da igualdade política ainda que, de vez em quando, realmente torne o governo mais eficiente*”⁸⁷⁶. Afirma que direito é um conceito político fundamental, assim como também o é a legalidade. E, no final desse artigo, em resposta ao Pós-escrito de Herbert Hart, que foi publicado postumamente em nova edição da obra *O conceito de direito*, Dworkin concita os jovens interessados nos estudos de filosofia do direito:

Em ocasiões assim, fica difícil resistir a falar diretamente aos jovens estudiosos que ainda não se aliaram a um exército doutrinário. Portanto, vou concluir com um apelo àquele de vocês que planejam se dedicar à filosofia do direito. Quando o fizerem, assumam as legítimas responsabilidades da filosofia e abandonem o manto da neutralidade. Falem em nome da sra Sorenson e de todas as outras pessoas cujo destino depende de novas afirmações acerca daquilo que o direito já é. Ou, se não puderem falar em nome delas, pelo menos falem com elas e expliquem por que elas não têm direito àquilo que reivindicam. Falem com os juristas e juizes que terão de se haver com a nova Lei dos Direitos Humanos do Reino Unido. Não digam aos

⁸⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006), p. 242.

⁸⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006), p. 250.

⁸⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006), p. 250.

juizes que eles devem exercer seu poder discricionário como acharem melhor. Eles querem saber como entender essa lei enquanto direito, como decidir, e a partir de qual fonte, de que modo a liberdade e a igualdade passaram a ser vistas em nossos dias, não apenas como ideais políticos, mas também como direitos jurídicos. Se vocês os ajudarem, se falarem ao mundo dessa maneira, permanecerão mais fiéis ao gênio e à paixão de Herbert Hart do que se seguirem suas ideias estreitas sobre a natureza e os limites da filosofia analítica do direito. Devo, porém, adverti-los de que, se for esse o caminho que escolherem, estarão correndo o grande risco de se tornarem... bem, de se tornarem interessantes.⁸⁷⁷

Em sua última obra *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor* (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), Dworkin, no Capítulo 19 sobre o Direito, complementa suas obras *O império do direito* e *A justiça de toga*, bem como faz ajustes na sua teoria do direito. Afirmou, antes de tudo, que “há mais de quarenta anos (...) parti do pressuposto de que o direito e a moral são sistemas normativos diferentes e de que a questão crucial diz respeito à interação entre eles” e “o direito inclui não somente as regras promulgadas, ou regras com pedigree, mas também os princípios que as justificam”. E, em atualização, disse, na sequência, que “logo passei a pensar, no entanto, que a própria imagem de dois sistemas era falha, e comecei a abordar a questão dentro de um quadro muito diferente” e afirmou “por outro lado, foi só muito tempo depois, quando comecei a pensar nas grandes questões deste livro (*Justice for Hedgehogs*), que vim a compreender plenamente a natureza desse quadro e o quanto ele é diferente do modelo ortodoxo”⁸⁷⁸

Dworkin volta a refletir sobre qual é o papel da moral na determinação do conteúdo do direito, de modo que “examinamos o material jurídico – a Constituição, as leis, as decisões judiciais, as práticas consuetudinárias e tudo o mais –” e “perguntamos: segundo uma leitura correta de todo esse material, qual é a relação entre o direito e a moral?”⁸⁷⁹. Para Dworkin, compreender o direito e a moral, como entendia em suas primeiras obras (*Talking Rights Seriously*), é incorrer em uma petição de princípio. Não é um problema jurídico nem um problema moral, mas um problema conceitual ou, melhor, interpretativo. Dworkin explica que o conceito interpretativo de direito deverá considerar sua íntima relação com a moral e encontrar uma justificativa

⁸⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006), p. 263/264.

⁸⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 616.

⁸⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 616/617.

em uma rede integrada maior de valores políticos, “*ou seja, construímos uma teoria do direito da mesma maneira pela qual construímos uma teoria de qualquer outro valor político – da igualdade, da liberdade e da democracia*”⁸⁸⁰.

Isso significa que, em sua última obra, Dworkin passou a interpretar o direito e a moral como um só sistema, e, portanto, a compreender o direito como uma parte da moral política. E a diferença entre a parte da moral política que é direito e a outra parte que não é, segundo Dworkin, só será possível distingui-las a partir do fenômeno da institucionalização⁸⁸¹.

Os direitos políticos se distinguem dos direitos morais pessoais a partir de regras secundárias, tal como a versão de Hart – diz Dworkin –, que fundamentem a autoridade e a jurisdição legislativa, executiva e judiciária. Os direitos jurídicos distinguem dos direitos políticos, se houver um mínimo de separação dos poderes. Entre os direitos políticos, há os direitos legislativos, que são criados pelo órgão legiferante da comunidade política, e há os direitos jurídicos, que podem ser exigidos em órgãos judiciais, que comanda o poder executivo de política, por seus titulares, independente da intervenção legislativa. Dworkin considera que “*os direitos legislativos têm de esperar até que chegue a sua vez: numa democracia, são vicissitudes da política que vão determinar quais direitos legislativos vão vigorar e quando vão vigorar*” e “*os direitos jurídicos estão sujeitos a vicissitudes de um tipo diferente, mas em princípio garantem aquilo que exigem por meio de processos aos quais têm acesso direito*”⁸⁸².

Embora não seja esse o momento de detalhar cada ponto da concepção dworkiniana de direito, sirvo-me desse apanhado de ideias acima para apontar que a adoto como pano de fundo teórico, político, moral e filosófico dessa tese de doutoramento. Quero dizer que sempre procurarei ser coerente, alinhar e conectar as ideias, os conceitos, as classificações, as explicações, os critérios e todos os pontos desenvolvidos nesse empreendimento teórico-jurídico com essa concepção do direito como integridade, que, a meu sentir, por ora, melhor explica as práticas jurídicas interpretativas.

⁸⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 619.

⁸⁸¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 620.

⁸⁸² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011), p. 621.

3.2 O ESTADO E O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

Como descreveu Meireille Delmas-Marty⁸⁸³, uma nova realidade atinge as principais configurações do Estado: o Estado percebido como fonte de organização política foi atingido pelo fenômeno da descentralização das fontes; o Estado como esfera pública foi atingido pelo fenômeno da diferenciação orgânica e a privatização da administração; o Estado como monopólio do império foi atingido pelo fenômeno da redistribuição das prerrogativas de julgamento; e o Estado-nação foi atingido pelo fenômeno da internacionalização no mundo globalizado.

Jacques Chevallier⁸⁸⁴, diante dessa reconfiguração e mudança de paradigma, “*à emergência de um Estado pós-moderno correspondente inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno*”. E, aponta o jurista francês, que as transformações em curso do direito ocorrem em quatro aspectos essenciais: “*assiste-se à explosão da técnica jurídica nas sociedades contemporâneas, que se transformam em ‘sociedades de direito’*”; “*essa explosão se explica pela multiplicidade de origens para o direito*”, “*o que resulta no desmoronamento da regulação jurídica*”; “*a regulação jurídica atende, a partir de então, a passar pela elaboração de um direito pragmático, que tem pouco a ver com o direito clássico*”; “*enfim, procura-se permanentemente reforça a eficácia desse direito pelo recurso a procedimentos de racionalização*”⁸⁸⁵. E, em especial, a regulação jurídica é feita por múltiplos agentes, situados em espaços jurídicos diversos, sem hierarquia entre eles⁸⁸⁶. Passa-se de um “*direito monológico*” para um “*direito dialógico*”⁸⁸⁷.

No direito pós-moderno, como destaca Jacques Chevallier, a partir dessa “*refundação social*”, há uma substituição das tradicionais técnicas de imposição de vontade estatal pela coerção, de caráter transcendência, abstrato e geral, pela “*cultura da negociação*”, de caráter pragmático, concreto e próximo aos indivíduos. Afirma que a “*lógica contratual*” garante “*uma eficácia maior da ação pública, permitindo obter a cooperação dos atores sociais, mas também assegurando a coordenação das iniciativas adotadas por um conjunto muito diverso de atores*”. Aponta a progressiva afirmação de

⁸⁸³ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2004, p. 46.

⁸⁸⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 115.

⁸⁸⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 125.

⁸⁸⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 144.

⁸⁸⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 145.

uma “*governamentalidade cooperativa*”. Esse movimento estende do domínio econômico e “*ganha a esfera das atividades tipicamente estatais: um lugar crescente é, desse modo, reservado ao consentimento no processo penal*”, com “*a renúncia do acusado a determinadas garantias procedimentais e a concordância dada a medidas alternativas*”⁸⁸⁸. Trata-se de um “*direito negociado*”.

Essa desestabilização que confrontou a ordem jurídica estatal fez com que, nos países liberais, contribuiu para a “*crise do princípio da legalidade*”⁸⁸⁹, convivendo com uma pluralidade de fontes do direito, em multiníveis de ordens jurídicas complementares e entrelaçadas (nacionais, regionais-comunitários e internacionais), tanto com normas coercitivas (*hard law*), quanto com normas desprovidas de forte coercitividade (normas imperativas), como diretivas, recomendações e autorregulações (normas diretivas), sob a forma de princípios ou *standards* (*soft law*, que Meireille Delmas-Marty chama de “*fuzzy law*”). Há um desafio pós-moderno de um “*processo permanente de harmonização*”⁸⁹⁰ das normas jurídicas, garantindo coerência e integridade ao Direito, tanto no plano vertical, pela aplicação do princípio da hierarquia das normas, quanto no plano horizontal, pela supressão de eventuais contradições em normas de igual nível.

Nesse contexto, Jacques Chevallier arremata que o direito experimenta três planos de transformação nas sociedades contemporâneas: primeiro, há uma “*reorientação da racionalidade jurídica tradicional em direção a uma racionalidade técnico-econômica: o direito não é mais garantido por uma legitimidade por princípios*”; segundo, há uma “*erosão do sistema de crenças que acompanha o direito: a ação pública, ainda que manifestada em forma legal*”, “*não é investida de uma excelência por princípio; é necessário ainda fornecer a demonstração tangível de sua pertinência, pela análise concreta de seus efeitos*”; e terceiro, há uma “*inflexão da normatividade jurídica: a força coercitiva vinculada aos enunciados jurídicos não é suficiente para garantir a sua eficácia; o direito é, ao contrário, convidado a evidenciar elasticidade e flexibilidade*”⁸⁹¹. Portanto, o “*direito pós-moderno*” trata-se de um “*direito plural, direito negociado, direito flexível e direito reflexivo*”.

José Eduardo Faria também tem exatamente essa percepção. Para o sociólogo do direito brasileiro, “*as fronteiras tradicionais já não mais definem os contornos da*

⁸⁸⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161.

⁸⁸⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 171.

⁸⁹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 173.

⁸⁹¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 182.

soberania territorial”. Ele entende que há um “*ritmo de progressão geométrica, dos sistemas privados de governança da atividade econômica, mas sem colisão com o direito positivado pelo Estado*”, isto é, há um “*cenário de reestruturação dos espaços políticos e da proliferação de regimes normativos emanados não apenas das instituições estatais*”, “*mas, igualmente, da iniciativa privada, associações patronais e trabalhistas, agências internacionais de cooperação econômica, sociedade civil e organizações híbridas – ou seja, públicas/privadas*”⁸⁹².

O direito pós-moderno (re)constituído constantemente por ordens jurídicas multiníveis, não só de normas jurídicas, de múltiplas fontes, mas também por decisões judiciais de juízes e tribunais que não têm hierarquia entre si, mas seus efeitos jurídicos, sobre os mesmos temas, incidem sobre os mesmos territórios, funciona, visando convergir e harmonizar-se, mediante um processo de influência cruzada, que, como apontou José Eduardo Faria, “*a sociologia do direito chama de cross fertilization process*”, o que, segundo sua percepção, propicia “*combinações híbridas verticais, horizontais, diagonais, centrípetas e centrífugas*” e “*esses regimes normativos articulam-se sob a forma de networks de sistemas públicos e privados de governança*”, “*em cujo âmbito o Estado nacional desempenha um papel importante, porém não mais exclusivo e dominante dentro do seu território*”⁸⁹³.

Este é um modelo de direito fragmentado, por vezes contraditório, com diferentes atores instituintes e com diferentes fontes de produção normativa e imposição jurídica – fontes supranacionais (mediante a transferência de competências legais dos Estados para organismos multilaterais, dos quais vários passaram a atribuir a atores não estatais o *status* jurídico de “observadores” e de “interlocutores”, ganhando, com isso, níveis inéditos de legitimidade política; fontes privadas (envolvendo práticas e procedimentos regulatórios desenvolvidos por empresas e entidades empresariais); fontes técnicas (baseadas na *expertise* científica e no conhecimento especializado); e fontes comunitárias (baseada na capacidade de mobilização da sociedade, por intermédio de ONGs e movimentos sociais).

O direito pós-moderno é produzido por essa grande variedade de fontes, regimes regulatórios e interconexão, todas com formas jurídicas suficientemente elaboradas para permitir sua aplicação e *enforcement*, e, ainda, em permanente mudança, caracterizando-se como um modelo de direito dotado de enorme flexibilidade e de ampla adaptabilidade às exigências de sistemas sociais e econômicos cada vez mais complexos⁸⁹⁴.

⁸⁹² FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 101.

⁸⁹³ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 103.

⁸⁹⁴ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 106.

José Eduardo Faria questiona se, nesse cenário de “*pós-soberania*” ou de “*multissoberania*”, em que medida “*a autorregulação e a governança exterior ao direito positivo efetivamente contêm uma moralidade insita, que ajude a reduzir os riscos de desvios de condutas*”, “*por um lado, e que neutralize a tendência de agentes econômicos e financeiros de afrontar, descumprir e eliminar constrangimentos regulatórios, por outro?*”⁸⁹⁵. Contextualiza “*o recuo do formalismo de caráter legal-liberal e do positivismo jurídico a que os Estados nacionais tiveram de recorrer durante a transição da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial ou informacional*” e “*na evolução do modelo fordista-taylorista de produção para o modelo da especialização flexível, entre o final do século XX e o início do século XXI*”⁸⁹⁶. Ele aposta em uma resposta associada a duas estratégias interdependentes para atingir a esses objetivos: a “*desjuridificação*” e a “*procedimentalização*” do direito.

Longe de conduzir a um vácuo normativo, esses processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização abriram caminho para novos procedimentos de criação do direito nos planos nacional, internacional e transnacional; para uma normatividade de caráter pactual; para formas de governança pluralista, adaptadas a padrões organizacionais reticulares; para a auto-organização horizontal entre atores interdependentes; para processos mais amplos de autotransformação social, nos quais as fronteiras entre o nacional e o internacional, bem como entre o local e o global, tornam-se cada vez mais porosas, para redes heterárquicas de relacionamentos sociais e econômicos infraestatais e supranacionais e, por tabela, para a coexistência de múltiplos centros decisórios e distintos de padrões de normatividade⁸⁹⁷.

Na visão crítica do criminólogo latino-americano Eugenio Raúl Zaffaroni, “*o poder político de origem democrática está sendo transferido para os gestores de corporações, atuais tomadores de decisões*”, “*das quais os governantes dos países-sede não conseguem ser libertados, gerando, desta forma, Estados pós-soberano*”⁸⁹⁸. Nesse enfraquecimento político do Estado pelas estratégias plutocratas do “*totalitarismo financeiro*” e sua macrodelinquência organizada e multidiscriminatória, que “*por trás da ideologia neoliberal está oculto um impulso desumano de poder, cujo caráter totalitário emerge – embora não exclusivamente – de seu programa de negação*”

⁸⁹⁵ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 109.

⁸⁹⁶ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 110.

⁸⁹⁷ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: FGV Direito SP / Saraiva, 2017, p. 115.

⁸⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 46.

progressiva de todos os Direitos Humanos em escala planetária”⁸⁹⁹. Adiciona que a “*ética postulada pelo totalitarismo financeira, que nada mais é do que a eficiência imediata*”⁹⁰⁰.

A partir de uma “*nova etiologia (análise) criminológica*”⁹⁰¹, Zaffaroni concita que “*é necessário reclamar ao direito constitucional e internacional a neutralização desses riscos, exigindo o uso de sua imaginação criativa, condição que o direito – como qualquer saber – deve oferecer*”⁹⁰². Afirma que “*se essa perda (de criatividade) ocorresse, o direito tenderia a ser reduzido a uma racionalização pura de poder e, portanto, seria uma ferramenta inútil e até mesmo perversa*”, de modo que “*deve-se exigir, pelo menos, um projeto de instituições idôneas que atue como uma jurisdição de lealdade e transparência democrática*”⁹⁰³, isto é, “*mais especializada e determinada na preservação da paridade de oportunidades democráticas e do espaço subjetivo necessário para o exercício da autonomia moral das pessoas*”, “*com órgãos habilitados para investigar, liminar e desbaratar os abusos manipuladores das tecnologias cada vez mais sofisticadas*”⁹⁰⁴.

Para os povos recuperarem as parcelas perdidas de soberania, Zaffaroni conclui que “*é imprescindível agora cuidar de sua autenticidade*”⁹⁰⁵ e na “*consequente geração do reconhecimento de novos Direitos Humanos, análogos aos de meados do século passado, embora menos antropocêntricos*”, “*estendidos aos direitos da natureza e ao diálogo entre pessoas reais*”⁹⁰⁶.

Nesse horizonte, Antonio Carlos Wolkmer, em relação à construção de uma cultura político-jurídica mais democrática na América Latina e considerando o pluralismo jurídico como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural, entende que “*ao criticar o neocolonialismo liberal do capital financeiro e os desenfreados*

⁸⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 63.

⁹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 93.

⁹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 142.

⁹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 156.

⁹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 156.

⁹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 157.

⁹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 157.

⁹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 158.

genocídios étnico-culturais”, “introduz-se o pluralismo democrático como instrumento de luta para combater as mazelas da globalização e para legitimá-lo como estratégia contra-hegemônica de resistência e de afirmação dos direitos humanos emergentes”⁹⁰⁷.

3.3 A INTERPENETRAÇÃO DAS TRADIÇÕES *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

As tradições *civil law* e *common law* sempre se preocuparam com a vinculação ao Direito e com a formação das decisões judiciais⁹⁰⁸. A segurança jurídica é uma das condições pelas quais o Direito se torna possível, pois a partir dela é possível a autodeterminação da pessoas e o desenvolvimento da vida social em mútua confiança, isto é, é um meio para a promoção da liberdade e da igualdade.

Como vimos, em síntese, a segurança jurídica pode ser decomposta analiticamente em cognoscibilidade (certeza sobre como se orientar), estabilidade (continuidade, sem variações abruptas), confiabilidade (reagir contra surpresas injustas e proteger as expectativas) e efetividade (capacidade de se impor em caso de ameaça ou lesão) do, no e pelo Direito⁹⁰⁹.

Jeremy Bentham, em 1823, chamou o direito inglês, na época em que os precedentes ainda não tinham força vinculante, mas só eficácia persuasiva, de “*dog law*”⁹¹⁰, pela inexistência de efetiva segurança jurídica e irretroatividade das decisões judiciais; e fez campanha pela fidelidade ao precedente, com um direito inglês mais acessível, cognoscível e confiável.

No *common law*, a força vinculante dos precedentes, com a admissão do *stare decisis*, foi possível pelas seguintes condições⁹¹¹: i) organização das Cortes de forma hierárquica; ii) as razões das decisões judiciais foram organizadas e publicadas em repositórios; iii) mobilização social acentuada por segurança jurídica. O *stare decisis*, cujo enunciado integral é “*stare decisis et non quieta movere*”, é uma regra que confere funcionalidade e coerência decisórias e que significa “*mantenha-se o que foi decidido e não se perturbe a paz*”⁹¹², cuja fundamentação material está nos princípios da segurança

⁹⁰⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico e novas perspectivas dos direitos humanos**. Revista Jurisprudência Catarinense, Vol. 35, n. 118, Florianópolis: jan/mar., 2009, p. 42.

⁹⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 22.

⁹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 250/256.

⁹¹⁰ BENTHAM, Jeremy. *Truth versus Ashhurst or Law as it is, contrasted with what is said to be: written in December 1792 and now first published*. *Legal Treatises, 1800-1926*. Gale, *Making of Modern Law* Print Editions, 2010.

⁹¹¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 42.

⁹¹² BIX, Brian. *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 204/205.

jurídica, da liberdade e da igualdade⁹¹³. O *common law* não se confunde com o *stare decisis*⁹¹⁴. Na tradição *common law*, a *House of Lords*, na Inglaterra, somente, em 1898, consoante doutrina pacífica, no caso *London Tramways Co. v. London Country Council*, decidiu pela vinculação aos seus próprios precedentes (*binding precedentes*); e só, a partir do *Practice Statement* de 1966, admitiu a possibilidade de superação (*overruling*), além da distinção de casos concretos (*distinguishing*), dos seus precedentes, em determinadas situações⁹¹⁵. O *stare decisis* é um elemento do moderno *common law*.

A regra do *stare decisis* tem 02 dimensões: o *stare decisis* horizontal (vinculação das Cortes Supremas aos próprios precedentes) e o *stare decisis* vertical (vinculação aos precedentes das Cortes Supremas). No século XX, um debate teórico de caráter transordenamental⁹¹⁶, sobre a teoria da interpretação e aplicação no Direito, provoca uma interpenetração e recíproca influência entre a *civil law* e a *common law*. À guisa de ilustração, com Hans Kelsen (*Reine Rechtslere*, 1934), com Herbert Hart (*The concept of Law*, 1961), com Giovanni Tarello (*L'Interpretazione dela Legge*, 1980) e com Neil MacComick e Robert Summens (*Interpreting Statutes*, 1991; *Interpreting Precedents*, 1997), há uma mudança sobre a compreensão do Direito⁹¹⁷, de uma perspectiva declaratória, cognitivista e logicista (prévia determinação do Direito) para uma perspectiva reconstrutivista, adscritivista e lógico-argumentativista (dupla indeterminação do direito: textos equívocos e normas vagas), o que possibilitou a Ciência do Direito avançar para a distinção entre texto e norma.

Como disse na Introdução, somente o discurso do legislador não é suficiente para guiar o comportamento humano. O sentido e o alcance normativos das fontes dotadas de autoridade jurídica (textos e elementos não textuais) são adscritos, isto é, atribuídos pela interpretação e aplicação, de forma não episódica, a possibilitar a permanente reconstrução do significado do Direito⁹¹⁸.

Houve uma reconstrução do sistema judiciário, no Direito brasileiro⁹¹⁹, com a distribuição de funções institucionais distintas, entre as Cortes de Justiça (TJs, TRFs e TREs, p. ex., exercem o controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira

⁹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 19.

⁹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 31.

⁹¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 42/43.

⁹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 59.

⁹¹⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 42.

⁹¹⁸ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1997.

⁹¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016.

instância e uniformizam a jurisprudência) e os Tribunais Superiores (STF, STJ, TSE e STM) exercem a interpretação retrospectiva e dão a unidade ao Direito). Todo e qualquer julgamento dos Tribunais Superiores e, em alguns casos dos Tribunais de 2º grau, se reunidos alguns requisitos, pode ser colhido como uma oportunidade para formação de precedentes ou para afirmação da autoridade de precedentes indevidamente violados⁹²⁰. E mais, deixar de aplicar um precedente vigente a casos concretos constitui grave infidelidade ao Direito⁹²¹. A Reclamação é mais um instrumento para a tutela do precedente, conforme, a propósito, em *obter dictum*, o voto do Ministro Teori Zavascki, no STF, Plenário, Rcl. 4.335/AC⁹²², em 20.03.2014.

Essa paulatina afirmação histórica do *stare decisis* também na tradição *civil law* e, especificamente, no Direito brasileiro, conforme José Levi Mello do Amaral Júnior⁹²³ e Sérgio Antônio Ferreira Victor⁹²⁴, é demonstrada pela incorporação, ao longo do tempo, de mecanismos para eficácia vinculante das decisões judiciais (“sucedâneos do *stare decisis*”), como ilustrativamente:

- 1) a atribuição do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV, da Constituição brasileira de 1934 [hoje, o art. 52, X, da Constituição brasileira de 1988]);
- 2) a cláusula de reserva do plenário (*full bench*), isto é, a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal, para a declaração de inconstitucionalidade (art. 179, da Constituição brasileira de 1934 [hoje, o art. 97, da Constituição brasileira de 1988; e arts. 948 a 950, CPC/15]);
- 3) a representação interventiva, com a qual o Tribunal afere diretamente a compatibilidade do direito estadual com os princípios sensíveis, o que significou a inauguração do controle concentrado e abstrato de normas (Constituição brasileira de 1946);
- 4) a representação de inconstitucionalidade, com a qual se afere a compatibilidade entre lei federal ou estadual em face de qualquer disposição constitucional, o que simbolizou a efetiva adoção do controle concentrado e abstrato de normas (EC 16/1965 à Constituição brasileira de 1946);

⁹²⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 91.

⁹²¹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 93.

⁹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rcl. 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 20.03.2014. Ementa: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (STF. Rcl 4335, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJ 20/03/2014)

⁹²³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Controle de Constitucionalidade – Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis***. Revista dos Tribunais. Vol. 920, Jun/2012, p. 133/149.

⁹²⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Possibilidades e funções da reclamação constitucional**. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/observatorio-constitucional-alcance-funcoes-reclamacao-constitucional>. Publicado em 01.06.2013, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Acesso em 30.06.2017.

- 5) a representação interpretativa, com a qual, não apenas as decisões de inconstitucionalidade, também as interpretações constitucionais passaram a vincular (EC 07/1977 à Constituição brasileira de 1967);
- 6) a ampliação da legitimidade ativa e novas técnicas para o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (Constituição brasileira de 1988);
- 7) o efeito vinculante para as decisões em todas as Ações Diretas do controle de constitucionalidade (EC 03/1993 à Constituição brasileira de 1988);
- 8) a súmula vinculante do STF (EC 45/2004 à Constituição brasileira de 1988);
- 9) a exigência de repercussão geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário (EC 45/2004 à Constituição brasileira de 1988);
- 10) a Reclamação (criada pelo STF, a partir da doutrina dos poderes implícitos [*implied powers*, caso *McCulloch v. Maryland*, 1819, *Supreme Court* dos EUA], para garantir a autoridade das suas decisões ou preservar a sua competência, conforme decidiu na Reclamação 84, DJ 23.07.1946; atualmente, prevista no art. 102, I, l e art. 105, I, f, da Constituição brasileira de 1988; e arts. 988 a 993, CPC/15).⁹²⁵

Adiciono, ainda, como elemento da afirmação histórica do *stare decisis* no Direito brasileiro:

- 11) a técnica de julgamento de recursos representativos da controvérsia no STJ (Lei 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C no CPC/1973, revogados pelo CPC/2015, que, atualmente, regula, esse tema, nos arts. 1.036 a 1.041);
- 12) o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987, CPC/15);
- 13) o incidente de assunção de competência (arts. 947, CPC/15);
- 14) o dever dos Tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente; e o dever de ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes, que motivaram a edição dos enunciados de súmula (art. 926, caput, do CPC/2015);
- 15) a previsão de um rol exemplificativo de precedentes normativos formalmente vinculantes, como: i) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; ii) os enunciados de súmula vinculante; iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; iv) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, do CPC/2015);
- 16) o dever dos tribunais de darem publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na internet (art. 927, §5º, do CPC/2015);
- 17) no processo civil, o dever do Juiz de 1º grau e das Cortes de Justiça de seguir enunciado de súmula, jurisprudência e precedente das Cortes Superiores, invocado pela parte, identificando seus fundamentos

⁹²⁵ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Controle de Constitucionalidade – Evolução brasileira determinada pela falta do *stare decisis***. Revista dos Tribunais. Vol. 920, Jun/2012, p. 133/149; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Possibilidades e funções da reclamação constitucional**. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/observatorio-constitucional-alcance-funcoes-reclamacao-constitucional>. Publicado em 01.06.2013, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Acesso em 30.06.2017.

determinantes e demonstrando que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos, salvo se demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*) ou de superação do entendimento (*overruling*) (art. 489, §1º, V e VII, do CPC/2015).

18) controle sobre a (ir)retroatividade dos efeitos das decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial, bem como da revisão de ato, contrato, ajuste, processo e normas (arts. 20 a 30, da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, incluídos pela Lei 13.655/2018 e, sua regulamentação, pelo Decreto 9.830/2019);

19) no processo penal, o dever do juiz ou tribunal de fundamentar qualquer decisão e de seguir enunciado de súmula, jurisprudência e precedente das Cortes Superiores, invocado pela parte, identificando seus fundamentos determinantes e demonstrando que o caso em julgamento se ajusta àqueles fundamentos, salvo se demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*) ou de superação do entendimento (*overruling*) (art. 315, §2º, CPP, incluído pela Lei 13.964/2019).⁹²⁶

Tudo isso evidencia algumas conclusões, com a afirmação histórica da regra do *stare decisis* no Direito brasileiro, aqui também estendidas à dogmática jurídico-penal (direito penal e processo penal), por se tratar de um tema transetorial, de interesse de toda a Ciência do Direito, a saber: a) o princípio da legalidade sofre mais uma revolução científica, para ser ressignificado, agora, para respeito à interpretação dada, aos textos e elementos não textuais jurídicos, pelos órgãos institucionalmente incumbidos; b) o princípio da igualdade sofre mais uma revolução científica, para ser entendido, agora, como todos são iguais também perante as decisões judiciais; c) há uma alteração do referencial da segurança jurídica, não mais apenas a estática declaração da lei ou dos precedentes, mas a dinâmica reconstrução entre a lei, a doutrina e os precedentes a partir de parâmetros racionais de justificação⁹²⁷.

Portanto, está em curso a afirmação histórica da regra do *stare decisis* também da tradição *civil law* e está cada vez mais evidente o papel dos Tribunais Superiores de promoverem a unidade, a estabilidade e o desenvolvimento do Direito (função nomofilática) e, em especial no que interessa a essa tese, do Direito Penal.

⁹²⁶ Essa catalogação adicional nos itens 11 a 19, sobre mecanismos vinculantes no Direito brasileiro, foi eu quem a fiz.

⁹²⁷ Alguns trechos desse subtópico 3.3 também foram publicados em artigo de minha autoria, com o título *A Reclamação para a tutela do precedente também no processo penal*, na Revista Consultor Jurídico, em 19.07.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-19/marcus-vinicius-faria-reclamacao-tutela-precedente-processo-penal>. Acesso em 01.04.2022

3.4 O DIÁLOGO DAS CORTES EM ORDENS JURÍDICAS MULTINÍVEIS E O SEU *COMMON GROUND*

A jurista norte-americana Anne-Marie Slaughter, da *Harvard Law School*, no final do século XX, foi uma das primeiras a identificar e afirmar que “os tribunais estão falando uns com os outros por todo o mundo”⁹²⁸. Desenvolveu tipologias de comunicações transjudiciais, bem como destacou o fenômeno da “fertilização cruzada”. E concluiu que, mediante o (re)envio e recepções de razões de decidir entre as diversas Cortes em várias partes do mundo, desenvolve-se uma “rede transnacional de entendimentos constitucionais por juízes”⁹²⁹.

Mark Tushnet, constitucionalista também da *Harvard Law School*, apontou para “a inevitável globalização do direito constitucional”⁹³⁰. Identificou como processos de globalização “de cima para baixo”: o desenvolvimento de redes transnacionais de juízes de tribunais constitucionais, conforme já havia notado Anne-Marie Slaughter⁹³¹; o trabalho de ONGs transnacionais, que intervêm em disputas constitucionais internas em várias nações; e decisões e recomendações de órgãos transnacionais, guardiões de tratados internacionais, com implicações constitucionais internas, sobre direitos humanos e estruturas constitucionais. E como processos de globalização “de baixo para cima”: a competição entre os países para captar investimentos e capital humanos de alto nível, no mercado, o que exige melhor proteção constitucional; e o intercâmbio de advogados com outros sistemas constitucionais. Tushnet esclareceu que a globalização do direito constitucional implica “convergência” e até “harmonização”, mas não se trata de “uniformização”, até porque, como ressaltou, cada Estado, com as suas culturas, tem a sua “margem de apreciação”. Portanto, advertiu que não se está em marcha uma federação mundial de nações, com um direito constitucional único.

Ademais, Mark Tushnet afirmou que essa globalização do direito constitucional traz discussões sobre a separação de poderes e a soberania dos Estados, mas, como esclarece, no paradigma pós-guerra, essas ideias foram ressignificadas. E concluiu que a

⁹²⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 99.

⁹²⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 99.

⁹³⁰ TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalisation of Constitutional Law*. In: MULLER, Sam & RICHARDS, Sidney (ed.). *Highest Courts and Globalization*. The Hague: Hague Academic Press, 2010.

⁹³¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994.

rede transnacional de juízes sobre entendimentos constitucionais, descrita por Anne-Marie Slaughter⁹³², tem funcionado como um “*quinto poder*”.

No Brasil, além da conhecida tese do *Transconstitucionalismo* de Marcelo Neves, que considera a existência de “*razões transversais*”⁹³³ entre ordens multiníveis e do “*reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver*”⁹³⁴, destaca-se a tese de doutorado de Maurício Ramires, *Diálogo Judicial Internacional*, orientada por Jorge Miranda, aprovada na Universidade de Lisboa⁹³⁵. Maurício Ramires inicia a tese com provocações, como: “*se o direito é um fenômeno puramente nacional, ou se pode relacionar-se com elementos oriundos de fora do âmbito de cada jurisdição estatal (?); se cada Constituição é de ser vista como um documento gestado e posto em vigência por obra exclusiva de um Estado-nação, e a seu exclusivo serviço, ou se deve ser tomada a partir da tradição histórica supranacional que possibilitou seu surgimento e desenvolvimento (?); (...) e como a criação de uma ‘rede’ internacional de entendimentos constitucionais, promovida e mantida por juízes, pode conviver e coadunar-se com a ideia irrenunciável de democracia(?)*”⁹³⁶.

Nessa linha de intelecção, Maurício Ramires explica que o fundamento, para a existência das influências recíprocas entre as jurisdições constitucionais, é o *interconstitucionalismo*, que Jorge Miranda define como “*o processo de comunicação e de diálogo no âmbito das diversas ordens constitucionais*”⁹³⁷. E o interconstitucionalismo origina-se da “*tradição constitucionalista compartilhada pelos países democráticos, um solo comum (common ground) sobre o qual se movem as suas ordens jurídicas*”⁹³⁸. Conforme Maurício Ramires, a novidade, na influência de precedentes judiciais estrangeiros em uma decisão de jurisdição constitucional, está na superação da projeção unilateral da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Federal alemão como centros de influência para as periferias, para,

⁹³² SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994.

⁹³³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 38.

⁹³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 298.

⁹³⁵ RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁹³⁶ RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 09/10.

⁹³⁷ RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10.

⁹³⁸ RAMIRES, Maurício. *Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10.

paulatinamente, uma construção compartilhada de entendimentos jurídicos, isto é, para uma “*conversação multilateral, com inúmeros participantes, em todos os continentes, mediante a construção de uma rede entrelaçada de influências recíprocas*”⁹³⁹.

André Ramos Tavares, considerando que as jurisdições constitucionais julgam *hard cases* semelhantes e que um dos objetivos do constitucionalismo é a proteção dos direitos fundamentais, afirma que há um “*direito fundamental implícito à ampla proteção decorrente da utilização cruzada de jurisprudência constitucional não-nacional*”⁹⁴⁰.

A interpretação dos princípios democráticos de uma Constituição ocorre com uma “ *fusão de horizontes*”, no círculo hermenêutico entre o todo e as partes, de modo que o julgador, considerando sempre as especificidades locais do problema e inevitavelmente as suas pré-compreensões, também leva em conta o “*todo da prática jurídica*”, dentro do qual estão os precedentes judiciais estrangeiros e internacionais, em um “*empreendimento jurídico-democrático comum e mais amplo*”⁹⁴¹, contribuindo para a “*coerência e integridade*”⁹⁴² do Direito.

Maurício Ramires conclui que o diálogo judicial internacional funciona “*como fator de legitimação democrática da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional*”; “*como apoio à independência judicial perante o poder político e a opinião pública local*”; “*como instância de (re)construção da democracia através do direito; como modo de imposição de ônus hermenêutico aos tribunais nacional, em nome do reconhecimento da tradição e dos princípios democráticos comuns*”⁹⁴³. Esclarece que “*quando alguém interpreta um texto constitucional contemporâneo, ele interpreta simultaneamente a história do constitucionalismo que vem à tona no horizonte do intérprete e o ajuda a situá-lo no espaço e no tempo*”⁹⁴⁴. Não há um grau zero de sentido, mas um mundo compartilhado de significações, em uma perspectiva intersubjetiva.

⁹³⁹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 113.

⁹⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Modelos de uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. In: AA.VV. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 1. Lisboa/Coimbra: FDUL/Coimbra Editora, 2012, p. 288.

⁹⁴¹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 276/277.

⁹⁴² RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 276/277.

⁹⁴³ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 26.

⁹⁴⁴ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

A história do constitucionalismo insere-se, em um processo maior, que é o da *afirmação histórica dos direitos humanos*⁹⁴⁵, cujas dez grandes etapas e dentro da qual existem mais versões de cada uma, a meu sentir, são: o *jusnaturalismo* (direitos naturais não-escritos), o *positivismo jurídico* (declarações escritas de direitos humanos, em documentos históricos e, depois, nas leis), o *constitucionalismo* (catálogo de direitos fundamentais em Constituições), a *internacionalização* (direitos humanos em tratados internacionais, após a 1ª Guerra Mundial), a *universalização* (direitos humanos em documentos históricos e convenções com aspiração universal, após a 2ª Guerra Mundial), a *especificação* (direitos humanos específicos para grupos vulneráveis em tratados e convenções, que se somam aos direitos humanos genéricos)⁹⁴⁶, a *regionalização da proteção* (direitos humanos em tratados e convenções internacionais regionais, como a europeia, a interamericana e a africana; e o surgimento das respectivas Cortes Internacionais Regionais), a *justicialização* (direitos humanos sendo exigidos juridicamente em Cortes Internacionais)⁹⁴⁷, o *transconstitucionalismo* (direitos humanos em ordens multiníveis e decisões de vários tribunais sem hierarquia entre si com eficácia sobre o mesmo território) e o *interconstitucionalismo* (diálogo de Tribunais e Cortes nacionais e internacionais sobre os direitos humanos, com a formação de um *common ground*).

Todo esse movimento histórico de limitação do poder e afirmação de direitos humanos constitui uma *“tradição comum compartilhada pelos países democráticos”*⁹⁴⁸. A soberania popular, exclusivamente apoiada na regra da maioria, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial, revelou-se insuficiente para a garantia do governo democrático, o que exigiu, além da *“vigência”* do direito após as formalidades devido procedimento legislativo, a análise da *“validade”* do direito, mediante a verificação de compatibilidade material do seu conteúdo com os direitos humanos. Essa herança comum manifesta-se por princípios cosmopolitas e indeterminados, expressos ou implícitos na ordem jurídica multinível⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2ª ed. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: GEN, 2004. A expressão especificação foi usada por esse autor.

⁹⁴⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011. A expressão justicialização foi usada por esse autor.

⁹⁴⁸ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 11.

⁹⁴⁹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 44.

Os tribunais europeus dialogaram, sobretudo, com a Suprema Corte dos EUA. Os tribunais asiáticos, ibéricos, latino-americanos e africanos dialogaram, sobretudo, com o Tribunal Constitucional Federal alemão. O processo foi se retroalimentando até que o constitucionalismo, após a 2ª Guerra Mundial, gestou o *interconstitucionalismo*⁹⁵⁰.

O diálogo judicial internacional, constituído pelos (re)envios e recepções de *rationales decidendi* entre diversas Cortes em várias partes do mundo, foi possível, graças: a integração de formas⁹⁵¹, que ocorreu com a interpenetração de sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado e, portanto, em pouco tempo, a absoluta dicotomia foi superada; a integração de conteúdos⁹⁵², que aconteceu com a consagração internacional da carga normativa dos princípios constitucionais, fenômeno conhecido como “*força normativa dos princípios*”; e a integração de discursos⁹⁵³, que foi possível a partir do livre fluxo e intercâmbio de informações no mundo, em razão da globalização, da ressignificação da soberania dos Estados e da revolução nos meios de comunicação e informação.

Antes, a Suprema Corte dos EUA e o Tribunal Constitucional Federal alemão eram considerados os centros de irradiação de influência para o restante do mundo ocidental. Agora, a novidade, conforme destaca Maurício Ramires⁹⁵⁴, a partir dos estudos, entre outros, de Anne-Marie Slaughter, é a *fertilização cruzada* e a *polinização*⁹⁵⁵, isto é, ao invés de mera recepção da jurisprudência norte-americana e alemã, há diálogo multilateral com os precedentes judiciais estrangeiros e internacionais.

O interconstitucionalismo, na virada de milênio, iniciou-se, não sem muita resistência, com a abertura da Suprema Corte dos EUA, mediante os votos dos *Justices* Stephen Breyer (nos casos *Printz v. United States*, 1997, e *Knight v. Florida*, 1999) e Anthony Kennedy (nos casos *Lawrence v. Texas*, 2003, e *Roper v. Simmons*, 2005), à

⁹⁵⁰ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

⁹⁵¹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 53/74.

⁹⁵² RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 75/85.

⁹⁵³ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 87/99.

⁹⁵⁴ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 101/112.

⁹⁵⁵ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication.* University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994.

jurisprudência estrangeira. Enquanto, na Europa, apesar da discricção de algumas Cortes (Alemanha e França), a resistência já era menor, por causa da constituição da União Europeia⁹⁵⁶. O Tribunal Constitucional de Portugal, a Corte Constitucional da África do Sul e a Corte Suprema do Canadá são os que mais fazem referência expressa a precedentes estrangeiros e internacionais⁹⁵⁷.

Sobre o interconstitucionalismo, consoante Maurício Ramires, o Decreto n. 848/1890 (art. 386, 2ª parte), no Brasil, que organizou a Justiça Federal e instalou o STF, previa que “*os estatutos dos povos cultos*” e a jurisprudência estrangeira, especialmente, a norte-americana, servissem de fonte jurídica subsidiária para as decisões judicial⁹⁵⁸; a Declaração de Independência dos EUA de 1776, em sua introdução, destaca a preocupação com o “*devido respeito às opiniões da humanidade*”⁹⁵⁹; e, ainda à guisa de ilustração, a Constituição da República Sul-Africana (art. 39, n.1, alínea c) dispõe que qualquer tribunal do país, ao interpretar o catálogo de direitos, pode levar em consideração o direito estrangeiro⁹⁶⁰.

A explicação genealógica⁹⁶¹ está na “*origem comum dos documentos constitucionais, os quais trazem consigo uma carga semântica também comum*”, no momento da interpretação e aplicação e, portanto, não há “*grau zero de significado*”⁹⁶². E a explicação dialogal é a de que “*quanto mais um tribunal considera e cita precedentes estrangeiros em suas decisões, maior a probabilidade de sua própria jurisprudência ser levada em consideração por outros juízes estrangeiros no futuro*”⁹⁶³.

O marco teórico, nessa perspectiva de diálogo judicial internacional, adotado por Maurício Ramires, também foi a concepção de Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, uma teoria do direito centrada nos direitos como trunfos à lógica utilitarista,

⁹⁵⁶ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 131/148.

⁹⁵⁷ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 140.

⁹⁵⁸ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 113.

⁹⁵⁹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 116.

⁹⁶⁰ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 167.

⁹⁶¹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 12.

⁹⁶² RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

⁹⁶³ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

cuja teoria política subjacente é o liberalismo igualitário, para a qual a virtude política soberana é tratar as pessoas com igual respeito e consideração. Em uma comunidade de princípios, de moralidade política, os juízes devem dar continuidade às conquistas da humanidade, conforme as metáforas da única resposta correta, romance em cadeia e juiz Hércules, em um empreendimento jurídico comum, com argumentos de princípios, e não argumentos de política, mantendo a coerência e interpretando o todo da prática jurídica “*sob sua melhor luz*”.

Para Maurício Ramires, “*com a inserção da ordem jurídica interna no contexto da democracia internacional*”⁹⁶⁴, os precedentes estrangeiros e internacionais fornecem “*indícios formais hermenêuticos*”⁹⁶⁵ para interpretações adequadas de cada Constituição. Os institutos e princípios constitucionais têm um “*dever histórico e geográfico*”⁹⁶⁶ que transcendem os limites de sua jurisdição territorial.

São hipóteses que justificam o diálogo judicial internacional: “*quando é necessário identificar princípios jurídicos comuns*” (ex: proporcionalidade e proibição do retrocesso social); “*quando um tribunal local precisa dar efetividade a direitos fundamentais internacionalmente protegidos*” (ex: proibição da prisão civil por dívida); “*quando é imprescindível conter a banalização e a arbitrariedade na aplicação dos princípios comuns e direitos fundamentais*” (ex: liberdade de expressão); “*quando há repetição de questões comuns*” (ex: direitos dos homossexuais, descriminalização do aborto e descriminalização do uso de entorpecentes); “*quando se está diante de questões ‘politicamente sensíveis’*” (ex: pena de morte, eutanásia, aborto, uso de substâncias entorpecentes, *impeachment*); “*quando a norma constitucional é vaga ou ambígua*” (ex: proibição de penas cruéis, incomuns ou degradantes); “*quando a experiência estrangeira pode ajudar a mediar as consequências de uma solução jurídica específica*” (ex: suicídio assistido).

A influência da jurisprudência estrangeira e internacional, pode ser classificada de acordo com a seguinte tipologia⁹⁶⁷: a) comunicação horizontal (entre tribunais de mesmo *status*, nacional ou internacional) e vertical (entre tribunal nacional e internacional); b) monólogo (centro irradiador e ambiente receptor), diálogo direto

⁹⁶⁴ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 16.

⁹⁶⁵ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 263.

⁹⁶⁶ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 28.

⁹⁶⁷ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 237/249.

(tribunais dirigem-se expressa e especificamente comunicações mútuas para a construção compartilhada de solução jurídica) e diálogo cruzado (atualmente, a forma mais comum; tribunais compartilham e disseminam entendimentos de outras Cortes, formando uma rede de citações mútuas); c) funcionalista (identifica equivalente funcionais para resolver problemas internos), expressivista (considera a experiência estrangeira para diferenciar e valorizar a realidade nacional) e bricolagem (citação aleatória de decisões estrangeiras); d) justificativa universalista (entende que há princípios comuns), genealógica (ênfata as origens históricas das Constituições para usar decisões estrangeiras) e dialogal (construção internacional da jurisprudência constitucional); e) uso brando (menciona fontes estrangeiras sem basear-se nelas nas razões de decidir), uso firme (as decisões estrangeiras contribuem para a *ratio decidendi*); f) uso não problemático (cita o direito estrangeiro como cita literatura; ou para marcar o contraste; ou apenas para mostrar que a decisão não é irrazoável; ou sobre história, práticas e fatos semelhantes), uso potencialmente problemático (considera as consequências empíricas no estrangeiro; ou aplica diretamente o direito estrangeiro; ou considera a fundamentação da decisão estrangeira como razão de decidir) e uso problemático (atribuição de força vinculante ao direito estrangeiro; ou para demonstrar consenso ou maioria no entendimento; ou a recusa completa do uso da experiência estrangeira); g) submissão (deferência total à jurisprudência estrangeira), repulsa (afasta expressamente o material não nacional), decorativo (demonstração vazia de erudição), unilateralismo (não concorda nem desaprova o material estrangeiro) e interlocução (mais virtuoso; abertura para discussão e eventual aproveitamento das decisões estrangeiras, considerando as suas particularidades).

Maurício Ramires identifica situações de perigo na invocação de decisões estrangeiras e que não constituem adequado diálogo judicial internacional⁹⁶⁸: “*o recurso a precedentes estrangeiros como demonstração vazia de erudição*”; “*descontextualização dos precedentes estrangeiros pela falta de familiaridade com os outros sistemas jurídico-constitucional*”; “*pinçar elementos aqui e ali para justificar uma tese já anteriormente escolhida*” (“*cata de cerejas*”); “*abordagem majoritária, mais preocupada com a quantidade dos precedentes do que com a qualidade de seus argumentos*” (“*contagem de narizes*”).

⁹⁶⁸ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251/262.

Por todas essas considerações, arremata Maurício Ramires, em sua tese de doutorado, que o “*valor hermenêutico*” do diálogo judicial internacional evidencia-se: “*como fator de legitimação democrática da atuação contramajoritária da jurisdição constitucional*”⁹⁶⁹; “*como apoio à independência judicial perante o poder político e a opinião pública local*”⁹⁷⁰; “*como instância de (re)construção da democracia através do direito*”⁹⁷¹; e “*como modo de imposição de ônus hermenêutico aos tribunais nacionais*”⁹⁷².

No Brasil, o *site* do STF, nessa perspectiva de valorização das conversações judiciais transnacionais, visando a facilitar o acesso à informação, bem como “*trocar experiências e informações, mediante cooperação multilateral, no intuito de fortalecer os sistemas constitucionais*”, “*reafirmar os valores compartilhados e responder às exigências dos cidadãos de diferentes países no âmbito dos respectivos sistemas judiciários*”⁹⁷³, já tem *links* para: os sites das principais Cortes Constitucionais na América; programas de cooperação jurídica e acadêmica entre países de língua portuguesa e associados ao MERCOSUL; a Comissão Europeia para a Democracia através do Direito (Comissão de Veneza), com acesso à base de dados criada junto ao secretariado da Comissão de Veneza, em Estrasburgo, chamada CONDICES, bem como aos boletins de jurisprudência constitucional, com as mais importantes decisões das Cortes Constitucionais dos 112 países associados (diga-se de passagem, o 4º Congresso Mundial de Justiça Constitucional ocorreu, entre 11.09.2017 a 17.09.2017, na Lituânia); o banco de jurisprudência selecionado do grupo de países BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul); a Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, com acesso às respectivas Constituições e à base de dados da jurisprudência dos oito países; a *Global Legal Information Network* (GLIN), com acesso ao banco de dados *on-line*, cuja sede está em Washington/EUA, e contém decisões judiciais do mundo todo; e do Fórum de Cortes Supremas do Mercosul, com acesso à jurisprudência dos cinco países membros. E, conforme identifica Maurício

⁹⁶⁹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 282/291.

⁹⁷⁰ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 291/298.

⁹⁷¹ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 298/306.

⁹⁷² RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 306/310.

⁹⁷³ Esclarecimento do STF sobre a participação em vários organismos internacionais. http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=283550. Acesso em 29.11.2021.

Ramires⁹⁷⁴ e na perspectiva apontada por Boaventura de Souza Santos⁹⁷⁵, ainda há outros bancos de dados de decisões estrangeiras, como a *LawAsia*, o Instituto para a Internacionalização do Direito de Haia, o *Juricaf*, o *FindLaw*, a *HeinOnline* e a *LexisNexis*.

Evidentemente há opositores ao diálogo judicial internacional, conforme mostra Maurício Ramires, como, nos EUA, Richard Posner⁹⁷⁶ e Antonie Scalia⁹⁷⁷, e, no Brasil, o Min. Moreira Alves, consoante se vê no seu voto vencido no *leading case* Siegfried Ellwanger⁹⁷⁸, os quais argumentam que as Constituições devem ser interpretadas de acordo com as tradições e histórias particulares de cada países; e as decisões estrangeiras são importantes como subsídios para a atividade constituinte ou legislativa, e não para a judiciária.

Daniel Sarmento⁹⁷⁹, sobre o tema, assevera que não deve prevalecer nem um constitucionalismo provinciano nem um imperialismo internacionalista, ou seja, não é razoável considerar o direito nacional como mero fato, como já decidiram Tribunais Internacionais, nem deve prevalecer um grau zero de sentido, fechando-se no próprio direito nacional, como já decidiram Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais. Cass Sunstein, sobre o diálogo judicial internacional, ressalta que “*parece ser a onda do futuro. O mundo jurídico está, num certo sentido, se tornando menor e mais transparente, e a consulta a julgamentos estrangeiros torna-se então inevitável*”⁹⁸⁰.

E tudo isso, a rigor, parece estar em consonância com um dos últimos escritos, de publicação *post mortem*, de Ronald Dworkin, cujo título é “*A new Philosophy for International Law*”⁹⁸¹.

Considerando a mudança de paradigma científico e filosófico, da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem; considerando a mudança de concepção

⁹⁷⁴ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95.

⁹⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e informação**, 2005. In: Dossiê Sociedade e Direito. Sociologias. N. 13. Porto Alegre: Jan./Jun., 2005.

⁹⁷⁶ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129.

⁹⁷⁷ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 123/124.

⁹⁷⁸ RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 154.

⁹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. **O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões**. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coords.). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93/137.

⁹⁸⁰ SUNSTEIN, Cass. ***A Constitutional many minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before***. New Jersey, United States: Princeton University Press, 2009.

⁹⁸¹ DWORKIN, Ronald. ***A new Philosophy for International Law***. *Philosophy & Public Affairs*, 41, 2013, p. 02/30.

política de soberania, de Estado moderno para Estado pós-moderno; considerando o entrelaçamento de ordens jurídicas multiníveis, com a construção de um *solo comum* sobre os casos; considerando o esgotamento da tradicional teoria das fontes do direito penal, centrada na lei; considerando os fenômenos sociais e as práticas jurídicas contemporâneas, é possível afirmar que está em curso uma nova compreensão sobre a legalidade penal e, por conseguinte, uma nova teoria das fontes do Direito Penal, na qual os precedentes judiciais internacionais e várias outras fontes devem ser notadas.

3.4.1 A espiral hermenêutica como uma metáfora melhor para capturar e orientar as atuais práticas jurídicas

A interpretação que estou fazendo das atuais práticas jurídicas, com objetivos descritivos e prescritivos, aproxima-se da metáfora da *espiral hermenêutica* (*Spirale des Verstehens*) de Winfried Hassemer⁹⁸², a qual adiciono no referencial teórico dessa tese. Não é uma metáfora imune a críticas, mas percebo que ela tem uma capacidade de rendimento teórica e operacional maior do que as tradicionais figuras metafóricas já usadas para explicar as práticas jurídicas.

Essa metáfora consegue explicar a dinâmica da interação entre o direito e a realidade social, a partir da filosofia analítica da linguagem, e, fundamentalmente, como resultado da dimensão semiótica da pragmática, para além das dimensões semióticas da sintaxe e da semântica.

O *ordenamento jurídico, suas fontes e seu funcionamento* não se explicam suficientemente pela metáfora de uma pirâmide ou de um balançar de olhos ou de um círculo hermenêutico vicioso que regressa ao mesmo ponto de partida⁹⁸³, mas se assemelham, a meu sentir, mais à metáfora de uma espiral, que conduz a planos superiores, com correções⁹⁸⁴ e elevações, em ondulações, a cada novo momento entre as fontes do direito e as situações fáticas da vida, em um processo mútuo de compreensão

⁹⁸² HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin: C. Heimanns, 1968, p. 78 e 82; HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. 16.

⁹⁸³ KAUFMANN, Arthur. *La espiral hermenéutica* (*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Sonderheft, Nomos, Baden-Baden*, 2000, p. 13/16). Tradução do alemão de José Antonio Santos. In: *Revista Persona y Derecho*, n. 52, Pamplona, Espanha: *Universidad de Navarra*, 2005, p. 405/410.

⁹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990), p. 358.

e interpretação das práticas sociais. Tenho consciência de que a historicidade não é uma linha contínua e só com progressos, há fatos negativos e retrocessos, há disrupturas e descontinuidades, períodos de letargia, mas, de toda sorte, há uma sensação difusa de um horizonte melhor sempre a ser perseguido⁹⁸⁵.

A interpretação das fontes do direito penal, e, em especial, da lei penal, não ocorre apenas uma vez e em um só sentido direcional, em um mesmo plano, mas trata-se de uma reconstrução permanente, complexa, de recíproca influência, de constante retroalimentação e com uma importante peculiaridade: a cada novo olhar, a cada momento, a depender das forças sociais, que disputam sentidos e alcances normativos, que serão atribuídos às fontes jurídicas, mediante discursos e ações, em um campo de lutas sociais, há uma compreensão, e, depois, em novo momento, outra compreensão e, assim, sucessivamente, sem fim, em novos momentos, novas compreensões. Não por etapas nem degraus, mas por ondulações.

Na *espiral hermenêutica* há ondas de compreensão sobre as fontes jurídicas.

Muitos perceberam as vantagens da metáfora da espiral hermenêutica, em relação a outras figuras, como a da pirâmide e de um círculo vicioso, embora dissentissem de todas elas por entendê-las enganosas, como fez Alexandre Araújo Costa, em sua tese doctoral *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*⁹⁸⁶, aprovada em 2008, afastando-se da metáfora da espiral,

⁹⁸⁵ Por vigilância epistemológica, defendo-me de eventual crítica, nesse ponto, de que me agarrei a argumentos *metajurídicos*, aproximando-me de alguma versão do direito natural ou da escola histórica do direito. Quando, no corpo do texto, afirmo isso, penso em normas constitucionais e internacionais, que têm enunciados jurídicos expressos em fontes formais do direito, mesmo para a tradicional teoria das fontes do direito, como, por exemplo, a *proibição do regresso* ou *vedação do regresso* ou “*efeito cliquet*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2003., p. 336), que pode ser construída, a meu sentir, a partir do texto constitucional do art. 4º, IX, da Constituição brasileira de 1988 (“*a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*”). Em várias Convenções Internacionais e documentos históricos de direitos humanos encontram-se esse enunciado jurídico. Para mim, ele não precisava nem estar *expresso* em uma fonte jurídica produzida por uma *auctoritas* para ter *juridicidade*. É um princípio jurídico que decorre da moralidade institucional da comunidade política e, conforme a concepção de direito como integridade (Ronald Dworkin), adotada nessa tese, deve ser interpretada *sob sua melhor luz*.

⁹⁸⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav Milovic, no PPGD/UnB, 2008, p. 142/144: “*Porém, a figura da espiral também é enganosa, pois ela sugere que a interpretação evolui na medida em que ela se torna mais profunda (se a espiral desce) ou melhor (se a espiral sobe), o que sugere um movimento rumo a um sentido de perfeição. Porém, isso nos afastaria das críticas com que Nietzsche atacou a ideia de que o conhecimento é melhor tanto quanto mais profundo, crença essa que é arraigada na modernidade. Por isso mesmo, a metáfora usada por Gadamer é a dos círculos, afirmando ele que ‘a tarefa é ampliar, em círculos concêntricos, a unidade do sentido compreendido. Então, o processo não é infinito porque ele se movimento rumo a uma verdade inalcançável em sua perfeição, mas porque as conexões de sentido se tornam mais amplas e densas, e não mais profundas. Para usar uma metáfora botânica de Deleuze e Guattari, esse processo dá-se de uma forma rizomática (que apela para*

por compreender que ela pretende conduzir a um sentido determinado de perfeição, e defendeu o círculo hermenêutico de Gadamer, por entender que “*ele tenta mostrar que o processo de compreensão não admite uma tal diferenciação entre interpretação e aplicação, pois essas são faces de um mesmo processo unitário*”⁹⁸⁷, de modo que “*o processo circular da compreensão dá-se de forma que elementos ligados à aplicação concreta e à definição abstrata do sentido influenciam-se reciprocamente*”⁹⁸⁸. Afirmou ainda que “*uma das riquezas da teoria de Gadamer é justamente a de integrar num mesmo processo todos os elementos relevantes para a produção do sentido, o que ressalta a impossibilidade de cindir preocupações cognitivas (ligadas ao sentido verdadeiro) de preocupações dogmáticas (ligadas à aplicação correta)*”⁹⁸⁹.

Bernd Schünemann, em ensaio publicado em 2010 em homenagem a Winfried Hassemer, intitulado *Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem*⁹⁹⁰, embora proponha outra metáfora para interpretar e orientar as práticas jurídicas, a qual ele chamou de “*ovo estrelado*”⁹⁹¹, pois diverge de Hassemer quanto à possibilidade de uma concepção do direito exclusivamente hermenêutica dar conta de explicar a universalidade da historicidade jurídica⁹⁹², uma vez que Schünemann considera que há

metáforas de ampliação, interconexão e redes), e não axial (que utiliza metáforas de profundidade e proximidade maior com o verdadeiro).

⁹⁸⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav Milovic, no PPGD/UnB, 2008, p. 143.

⁹⁸⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav Milovic, no PPGD/UnB, 2008, p. 143.

⁹⁸⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav Milovic, no PPGD/UnB, 2008, p. 144.

⁹⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 285/297.

⁹⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 291: “*A fim de empregar igualmente para este modelo uma ilustração, gostaria de sugerir a imagem de um ovo estrelado, no qual a gema representa o núcleo do significado, a clara, a periferia do significado e todo o espaço não compreendido pelo ovo, o resto do mundo*”.

⁹⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In:

uma dimensão hermenêutica e outra dimensão política no processo de produção do direito⁹⁹³, e ainda por ter considerado que na espiral hermenêutica não poderia haver nenhum limite externo⁹⁹⁴, apesar disso, ele reconheceu a potência da metáfora da *espiral hermenêutica* entre as teses de filosofia analítica da linguagem aplicada ao direito⁹⁹⁵.

GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 293.

⁹⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 294: “O modelo do ovo estrelado, pelo contrário, deixa espaço para uma concepção dualística da dicotomia analítica e do entrelaçamento prático que se mostram na relação entre dever de obediência heterônoma e poder de decisão do juiz. Assim, ele evita toda e qualquer sobrestimação das próprias premissas, a qual Winfried Hassemer, ao ter levado o paradigma da *Hermenêutica Ontológica radical* e coerentemente até suas últimas consequências, conseguiu tornar visível e em virtude da qual, portanto, este paradigma há de malograr”.

⁹⁹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 295/296: “a especificação aqui sugerida, baseada na análise da linguagem, possibilita ademais a solução de um último paradoxo, com o qual se depara a hermenêutica ontológica em virtude da proibição do uso da analogia em direito penal. Em toda a extensão da espiral hermenêutica não pode haver, por natureza, nenhum limite externo, o que foi exposto com uma firmeza inexorável em *Tatbestand und Typus* nas páginas 160 e seguintes. Outra é a situação no modelo do ovo estrelado, que trabalha com dois níveis linguísticos distintos: de um lado, a linguagem jurídica, que emprega a linguagem cotidiana somente enquanto metalinguagem para o esclarecimento de sua intensão e extensão; e outro, a linguagem cotidiana em si, enquanto entidade autônoma. Neste contexto, há de se levar em conta que a categorização do termo em questão depende do respectivo contexto, de forma que, evidentemente, um termo que originalmente pertence à linguagem cotidiana pode possuir na linguagem jurídica um significado específico, distinto sob o ponto de vista do conteúdo de significação corrente do termo, e que deve ser determinado através do processo de interpretação. Neste modelo, a elucidação de um termo empregado na linguagem jurídica, derivado e incorporado da linguagem cotidiana, sem dúvida pode sofrer uma limitação heterônoma, isto é, uma limitação que ocorre em um âmbito exterior ao da interpretação jurídica e que se realiza em momento anterior a ela. Só assim faz-se possível a realização da função da prevenção geral, pois tão-somente a linguagem cotidiana pode ser apreendida pela cognição humana, de forma que, a rigor, o cidadão não precisa se deixar motivar pelo significado do texto legal, especificado apenas no momento da interpretação, mas sim pela ‘zona de risco’ (*Risikobereich*) do mesmo, a qual se estende até os limites do uso ordinário e corriqueiro da linguagem cotidiana”.

⁹⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 293: “Tais menções foram levadas ao seu ponto máximo nas célebres frases de Hassemer: ‘a interpretação no direito penal realiza-se, portanto (...) não como um círculo, mas muito mais como

Sobre as críticas acima expostas sobre a metáfora da espiral hermenêutica, em primeiro lugar, esclareço que, nessa tese, adoto essa metáfora com os ajustes dados pela concepção do direito como integridade, com base política no liberalismo igualitário e suas virtudes políticas, como a virtude soberana do igual respeito e consideração, de Ronald Dworkin, de modo que admito uma leitura moral do direito por princípios de moralidade política, a partir dos *juízos da coerência e da integridade* (método do juiz Hércules e de acordo com a metáfora do romance em cadeia), reconstruindo, sempre que for necessário, *sob a melhor luz*, a compreensão sobre o material jurídico da história institucional da comunidade política; em segundo lugar, as críticas, acima mencionadas, embora reconheçam expressamente que a espiral hermenêutica é uma metáfora e, por isso, cabem apenas aproximações e um auxílio didático, tratam-na como se fosse um método operacional para a hermenêutica jurídica; e, em terceiro lugar, compreendo que entre Winfried Hassemer, com a metáfora da espiral hermenêutica, e Gadamer, com a metáfora do círculo hermenêutico, não há divergência quanto à inexistência de separação dos momentos de interpretação e de aplicação do direito.

Por vezes, ao longo do texto dessa tese, usei a expressão “*círculo hermenêutico*” e esclareço que sempre pretendi que essa expressão significasse o que agora aponto como *espiral hermenêutica*. A partir desse momento, passo a usar a expressão atualizada.

Com esses esclarecimentos e apesar das críticas, adoto também a metáfora da *espiral hermenêutica* como elemento do referencial teórico dessa tese, por entender que ela explica e orienta, satisfatoriamente⁹⁹⁶, as atuais práticas jurídicas.

uma espiral (...)” (p. 288); “*com essas afirmações Winfried Hassemer desenvolveu radicalmente o paradigma da hermenêutica ontológica, conduzindo-o até suas últimas consequências*” (p. 293).

⁹⁹⁶ No momento em que faço essa afirmação me vem à mente, para ilustrá-la, o *leading case* *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973), com o qual a Suprema Corte dos EUA, por 7 x 2 votos, decidiu pela descriminalização do aborto, com fundamento na 14ª Emenda à Constituição dos EUA, da qual derivou o direito à privacidade. Na dimensão semiótica da pragmática, prevaleceu, no campo de lutas sociais, mediante discursos e ações, o movimento social pelos direitos reprodutivos da mulher, até o 3º mês de gestação, quando há um entendimento sobre a formação do sistema nervoso do nascituro. No caso *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833, 1992), a Suprema Corte dos EUA revisou o precedente, abandonou esse critério do primeiro trimestre e diminuiu o padrão de rigorosidade para o aborto, como, por exemplo, a mulher não precisava mais notificar o cônjuge sobre sua pretensão. E, atualmente, em 2022, referente ao caso *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, ainda em trâmite, embora tenha vazado na imprensa um documento assinado pelo *Justice Samuel Anthony Alito Jr.*, da Suprema Corte dos EUA, no sentido de que cinco dos nove *Justices* pretendem declarar o *overruled* (a superação) do precedente *Roe v. Wade* [fonte: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_05-03-22. Acesso em 20.05.2022)], esse debate público retornou à tona, com novo julgamento a ser feito pela Suprema Corte dos EUA, com nova composição de *Justices*, novo momento histórico, com discursos e ações heterogêneos e renovados, para esse enfrentamento e disputa pelo significado e alcance normativos a serem atribuídos às fontes do direito penal. A *espiral hermenêutica*, como metáfora, anuncia-nos que, qualquer que seja a nova decisão da Suprema Corte dos EUA, sobre o aborto e sua relação com o direito

4 NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL

Nos dois subtópicos a seguir, apresentarei novas compreensões sobre as conhecidas fontes e, ainda, apontarei novas fontes do direito penal, considerando, como pano de fundo teórico, as críticas à tradicional teoria das fontes do direito, feitas por Antonio Castanheira Neves, bem como a concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin, e, ainda, a metáfora da espiral hermenêutica, de Winfried Hassemer; e, considerando, como realidades fáticas observadas e com os quais interajo de modo fenomenológico, as atuais práticas jurídicas no campo penal no Brasil. A compreensão desse referencial teórico (Castanheira Neves, Dworkin e Hassemer), por sua vez, está ancorado na filosofia analítica da linguagem, na fenomenologia hermenêutica e na hermenêutica filosófica (a intersubjetividade). No terceiro subtópico, unirei todos esses fios, com todas essas *razões*, farei uma esquematização das fontes do direito penal, para visualização paronâmica e de acordo com os critérios de classificação que apresentarei. E, no último subtópico, apresentarei a dimensão *in action* da legalidade penal, que deverá conviver com essa nova teoria das fontes do direito penal.

4.1 NOVA COMPREENSÃO SOBRE CONHECIDAS FONTES DO DIREITO PENAL

A lei penal, além da sua dimensão *in the books*, formal e material, tem uma dimensão *in action*, com a aderência e afirmação histórica, pouco a pouco, da regra do *stare decisis* ao princípio da legalidade penal, para tratar da sua dinâmica jurídica, passando a ser compreendida, após a oportunidade de ações e discursos no campo de lutas sociais da comunidade política, como aquilo que os órgãos institucionalmente incumbidos de a interpretar e aplicá-la decidem, de modo não episódico e em perspectiva intersubjetiva, sobre o seu sentido e alcance normativos. A lei penal, com todos os seus atributos, corolários e dimensões, é uma das fontes de normas penais incriminadoras e não-incriminadoras.

penal, não retornaremos, como em um círculo vicioso, ao mesmo ponto de origem (1973), nem seremos mais os mesmos. Iremos para um novo momento da historicidade do direito. Haverá uma nova *ondulação*, nesse tema, sobre as fontes do direito penal.

Essa nova compreensão dinâmica da lei penal tratarei no item 4.4 desse Capítulo e, antes de chegarmos à legalidade penal *in action* (foco de aprofundamento dessa tese), fornecerei razões nesses subtópicos, decorrentes dessa pesquisa, contributivos para a elaboração de uma nova teoria das fontes do direito penal.

As decisões dos Tribunais Superiores sobre questões criminais (STF, STJ, TSE⁹⁹⁷ e STM⁹⁹⁸, no Brasil), se preenchidas algumas características⁹⁹⁹, produzem, em suas *holdings*¹⁰⁰⁰ ou *rationes decidendi*¹⁰⁰¹, precedentes judiciais, com autoridade, dotados de juridicidade e normatividade, isto é, com eficácias obrigatória e vinculante, a

⁹⁹⁷ O TSE editou a Resolução 23.478/2016 sobre a possibilidade de julgamentos de demandas eleitorais repetitivas, embora, o art. 5º dessa Resolução, previu que “*não se aplica aos feitos eleitorais o instituto do amicus curiae de que trata o art. 138 da Lei nº 13.105, de 2015*”; e, seu art. 20, estabeleceu que “*a sistemática dos recursos repetitivos prevista nos arts. 1.036 a 1.042 do Novo Código de Processo Civil não se aplica aos efeitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições*”. Embora exista o entendimento de que, por falta de previsão expressa para os TREs, não poderia por ora se usar a técnica de julgamento de casos repetitivos na Justiça Eleitoral, como, por exemplo, o TRE-CE editou a Resolução n. 824/2021, sobre seu planejamento estratégico, em cujos considerandos consta menção à Resolução CNJ 235/2016 sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos no CPC/15, no STJ, TSE, TST, STM, TRFs, TRTs e TJs (não consta os TREs); e consta que o “*macrodesafio Consolidação do Sistema de Precedentes Obrigatórios esculpido na Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026, a despeito do inegável valor na busca de um sistema judiciário ágil e consistente, não é aplicação aos Tribunais Regionais Eleitorais pela ausência de procedimentos para atuação nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e nos Incidentes de Assunção de Competência (IAC)*”. Disponível em <https://apps.tre-ce.jus.br/tre/consultas/resolucoes-tre-ce/doc-resolucao.php?doc=legislacao%7Cresolucoes-do-tre-ce%7C2021%7Cresolucao-n-o-824-de-30-6.2021%7Ctre-ce-resolucao-824.pdf>. Acesso em 21.05.2022. Os precedentes judiciais, no âmbito do Direito Eleitoral, no qual se insere também o Direito Penal eleitoral, devem observar às peculiaridades dessa área, como, por exemplo, o princípio da anualidade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição brasileira de 1988 (CYRINEU, Rodrigo Terra. **Precedentes Eleitorais: Segurança Jurídica e Processo Eleitoral**. São Paulo: Almedina, 2020).

⁹⁹⁸ A Justiça Militar da União tem um arranjo institucional diferente. De acordo com a Lei de Organização da Justiça Militar da União (art. 6º, II, d, Lei 8.457/92), que regulamenta o art. 124, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, cabe ao STM, entre várias competências originárias e recursais, a de processar e julgar *diretamente* os recursos de juízes militares de 1ª grau e os incidentes processuais previstos em lei.

⁹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157/159: “*Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedentes quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados*” (p. 157); e “*Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou a reafirmar precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. Nessa dimensão, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao mesmo por maioria, definitivamente a delineia deixando-a cristalina*” (p. 158/159).

¹⁰⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 111: “*denominada de holding na linguagem dos operadores americanos, a ratio decidendi*”.

¹⁰⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162, 183 e 209.

serem replicados pelas demais instâncias do Poder Judiciário e seguidos pela Administração Pública. Não só os Tribunais Superiores produzem precedentes judiciais. Somente o próprio tribunal que formou o precedente poderá fazer um *overruling*¹⁰⁰² (revogação total do precedente), seja um *retroactive overruling*¹⁰⁰³ seja um *prospective overruling*¹⁰⁰⁴, bem como só ele pode fazer um *overriding*¹⁰⁰⁵ (revogação parcial do precedente, restringindo o seu alcance), uma *sinaling*¹⁰⁰⁶ ou *disapproval*¹⁰⁰⁷ (desaprovação sem a revogação do precedente ou simples sinalização da perda de consistência do precedente anunciando sua possível revogação no futuro, geralmente, por *obiter dictum*¹⁰⁰⁸) e uma *transformation*¹⁰⁰⁹ (reconstrução do precedente sem revogá-lo). Nem as instâncias inferiores tiveram afetadas a garantia da independência funcional nem devem seguir e replicar “cegamente”¹⁰¹⁰ um suposto precedente obrigatório. As instâncias jurisdicionais de 1º e 2º grau podem deixar de replicá-las e decidir que, apesar de existirem decisões judiciais das instâncias superiores, no caso em

¹⁰⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101: “*O overruling é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica*”.

¹⁰⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 272; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 113.

¹⁰⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 273; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 113.

¹⁰⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 247.

¹⁰⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 238.

¹⁰⁰⁷ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 312.

¹⁰⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 168.

¹⁰⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

¹⁰¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 612: “*Apesar disso, a questão de se os precedentes são fontes do ‘direito vigente’, se o ‘direito judicial’ se equipara do Direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tampouco os tribunais, segundo nossa organização jurídica, estão indubitavelmente ‘vinculados’ aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que ‘vincula’, mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada. Porém, todo juiz que haja de julgar de novo a questão pode e deve, em princípio, decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência, se a interpretação expressa no precedente, a concretização da norma judicial do Direito é acertado e está fundada no Direito vigente. Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo ‘cegamente’ o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chegar à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica em seu conjunto*”.

juízo há uma situação de *distinguishing*¹⁰¹¹ (confrontação entre o *instant case* e o *precedent case*, com identificação de suas distinções fáticas e/ou jurídicas) ou de *anticipatory overruling*¹⁰¹² (não aplicação preventiva do precedente por não mais se constituir um *good law*) ou de não-formação por falta de algum elemento constitutivo de precedente obrigatório¹⁰¹³, nessa última hipótese, seja, p. ex., por falta de amadurecimento da questão no tribunal que tentou formar um precedente, em caso de falta de quórum suficiente ou pela existência de *dissenting opinion*¹⁰¹⁴ (votos

¹⁰¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231.

¹⁰¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 261: “Entenda-se por *anticipatory overruling* a atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte”; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 113: “a *anticipatory overruling*: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais dos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*”.

¹⁰¹³ Um interessante caso ocorreu no julgamento do Processo 1.000.22.035971-5/0001, na 20ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Desa. Lílian Maciel, DJ 04.05.2022, ocasião na qual a Turma Julgadora, acompanhando o voto da relatora, decidiu, no capítulo do Acórdão sobre a revisão judicial por equidade de honorários advocatícios excessivos, que o julgamento do REsp 1.877.883/SP, recurso representativo da controvérsia, sobre o tema, pela Corte Especial do STJ, teve votação de 07 x 05 votos, e, “contudo, com as devidas vênias não há como receber o referido precedente como vinculante”, pois “depreende-se que o tema não se encontra satisfatoriamente amadurecido sequer no âmbito do Superior Tribunal, conclusão que se extrai da própria notícia que a Corte Superior do STJ decidiu por 07 votos a 05, ou seja, por voto de apenas um ministro não houve empate na deliberação. Nesse cenário, afigura-nos temerário receber o referido ‘decisum’ com credenciais de precedente obrigatório e vinculante, o que desvelaria verdadeira ofensa ao princípio da segurança jurídica, posto que não existe pacificação do entendimento jurisprudencial sobre a matéria. (...) o Judiciário deve obter um determinado quórum qualificado”. Consta também, em outro trecho, que “No modelo do ‘civil law’- tradição adotada pelo Brasil, a lei é a fonte primária do Direito, sendo interpretada pelas decisões judiciais de acordo com os princípios e valores reconhecidos do ordenamento jurídico. Como cediço, o significado do texto não é meramente extraído, mas construído pelo intérprete a partir da realidade do caso, dos valores jurídicos, sociais, culturais, políticos e econômicos vigentes e, é por isso que, em regra, os Tribunais ao interpretar o direito a ser aplicado para solução de determinada lide não estabelecem para aquela solução o poder de resolver todos os demais casos similares futuros. Em outras palavras, as decisões judiciais vinculam as partes que ali litigam, sem o condão de obrigar os demais juízes em casos similares a decidir de igual modo. Portanto, a força vinculante erga omnes e ultra partes dos julgados é fenômeno excepcionalíssimo no direito brasileiro e, assim, deve ser encarado, como uma exceção à regra. É, por isso, que a formação de um entendimento judicial com potência de obrigar os demais órgãos jurisdicionais ou até mesmo a Administração Pública a adotar a mesma solução para casos que entenderem similares no presente e futuro depende de exaustivo debate, estudo e pacificação da matéria pela comunidade jurídica. Daí porque as decisões nesses casos devem observar maioria qualificada a demonstrar a estabilização do entendimento acerca do tema, de modo a possibilitar a concessão do excepcional efeito ‘erga omnes’ àquela interpretação da norma” (sic). O inteiro teor desse mencionado Acórdão do TJMG está disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/tj-mg-stj-fixa-honorarios-equidade.pdf>. Acesso em 21.05.2022.

¹⁰¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 110/112: “quando a fundamentação divergente descortina-se incompatível, tem-se uma decisão despida de *discoveralhe ratio*, e, portanto, não vinculante no que concerne à solução dada ao caso. Nesta hipótese, as opiniões podem até gozar de algum valor, dependendo do prestígio pessoal do juiz que a emitiu. Esses votos divergentes, em algumas situações, também acabam destacando as fissuras da interpretação do paradigma consolidado e, de certo modo, sinalizam possível mudança na apreciação posterior da questão semelhante” (p. 112); MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 125.

divergentes no colegiado do tribunal onde se tentou formar o precedente) seja porque o tribunal não oportunizou a adequada publicidade nem o contraditório estendido para a regular produção de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* do precedente¹⁰¹⁵, ou, em outra hipótese, por inexistência de precedente obrigatório diante do ineditismo da questão. Fora dessas situações, se existir uma decisão judicial cuja *ratio decidendi* tem todas as características constitutivas de *precedente judicial*, o desrespeito ao *stare decisis horizontal* e *vertical* deve ser visto como uma *grave infidelidade ao Direito*¹⁰¹⁶. Não é qualquer decisão de tribunal que forma um precedente judicial obrigatório e vinculante (*doctrine of binding precedente*). Além disso, Tribunais de Justiça¹⁰¹⁷, Tribunais Regionais Federais¹⁰¹⁸ e Tribunais Regionais Eleitorais podem formar seus próprios precedentes judiciais na área criminal, com efeitos obrigatório e vinculante para que os seus respectivos juízes de 1º grau e demais órgãos fracionários do tribunal, bem como para que a administração pública correspondente à sua geografia jurisdicional repliquem, haja vista que, no âmbito criminal¹⁰¹⁹, esses tribunais podem instaurar

¹⁰¹⁵ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 30, 39, 43, 76, 85, 90 e 117.

¹⁰¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

¹⁰¹⁷ O TJSP, em 12.04.2019, admitiu o IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000, Rel. Des. Péricles Piza, sobre a divergência quanto à natureza da decisão que defere a progressão de regime prisional, bem como quanto ao marco inicial a progresso de regime. Nesse caso admitiu-se inclusive a participação de *amicus curiae*.

¹⁰¹⁸ O TRF da 3ª Região não admitiu o IRDR 0016124-77.2016.4.03.0000/SP, Rel. Des. Mauricio Kato, na seara criminal, com o argumento de que é uma técnica processual incompatível com o processo penal, pois implicaria na suspensão de processo sem implicar na suspensão de prazos processuais. Registro que o Plenário do STF, no RE 966.177/RS RG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.06.2017, já decidiu que a suspensão de processos, com a instauração de IRDR, não é obrigatória. O TRF da 3ª Região não admitiu o IRDR5030366-48.2019.4.03.0000/SP, sobre a aplicação do princípio da insignificância quando o valor do tributo não recolhido em crimes contra a ordem tributária for abaixo de R\$ 20 mil, porém esse tribunal entendeu que a mera divergência de julgados, por si só, não justifica o IRDR.

¹⁰¹⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 147, 151 e 179: “A aplicação do incidente, como será apontado a seguir, ainda é incipiente no Processo Penal, mas representa uma das maneiras de resolver as incongruências e conflitos jurisprudenciais num mesmo tribunal, com a finalidade de uniformizar os entendimentos. E, em havendo fixação de tese com o julgamento do incidente, formar-se-á precedente vinculante para aplicação nos casos que tratem da mesma questão, justamente com o objetivo da adoção de um sistema de precedentes no âmbito penal: a busca pelo tratamento igualitário” (p. 147); “É verdade que os incidentes devem versar apenas sobre questões jurídicas, no entanto, vedar a admissibilidade do IRDR na seara penal apenas pela matéria ser atrelada a fatos é equivocado” (p. 151); “Tal como ocorre com o IRDR, o IAC pode ser utilizado no âmbito criminal. Primeiro, porque inúmeras questões relevantes e de interesse social permeiam o direito penal e processual penal. Depois, porque como ocorre no processo civil, a divergência jurisdicional, especialmente dentro de um mesmo Tribunal, é maléfica à devida prestação jurisdicional e à manutenção da segurança jurídica e confiança do jurisdicionado. E com a instauração e posterior julgamento do IAC, questões importantes, não objeto de múltiplos processos, serão resolvidas e o entendimento vinculará os órgãos subordinados, evitando-se justamente que haja disparidade de tratamento de situações análogas” (p. 179).

incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR)¹⁰²⁰ e incidente de assunção de competência (IAC)¹⁰²¹, bem como o órgão especial desses Tribunais de 2ª instância pode julgar incidentes de inconstitucionalidade e ações diretas de controle de constitucionalidade estadual (art. 927, V, CPC/15, c/c art. 3º do CPP).

Compreendo que o regime jurídico sobre precedentes, as técnicas processuais de julgamento de casos repetitivos, a reclamação e tudo mais que não contrarie disposição expressa de legislação temática específica, nem a natureza e as peculiaridades da dogmática jurídica na área criminal (direito material e direito processual), aplicam-se ao processo penal¹⁰²², em diálogo das fontes¹⁰²³, com fundamento no art. 3º do CPP e art. 15 do CPC/15. Como bem destacou Danyelle Galvão, em tese doutoral sobre *Precedentes Judiciais no Processo Penal*, aprovada em 2019, a Lei 13.964/2019 atualizou o art. 315 do CPP, dispositivo, no âmbito processual penal, que passou a ter semelhante conteúdo ao art. 489 do CPC/15, referente ao regime jurídico de precedentes judiciais. René Ariel Dotti, em artigo publicado em 2016, era entusiasta dessa ideia e chegou a afirmar que “é evidente que tais avanços também irão projetar-se no sistema

¹⁰²⁰ A Seção Criminal do TJPE instaurou o IRDR 0008770-65.2021.8.17.9000, Rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio, DJ 21.06.2021, a pedido do Ministério Público, para, *diante da Sentença condenatória do Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos* de 2018 sobre a situação degradante de presos em estabelecimentos penais sob a gestão do Estado do Pernambuco, bem como diante da multiplicidade de processos nas Varas de Execuções Penais e da divergência sobre a contagem em dobro do tempo de prisão, determinou, à unanimidade, “em reconhecer a divergência e instaurar o incidente de resolução de demandas repetitivas, determinando a suspensão dos efeitos práticos da contagem em dobro do tempo de prisão nas unidades integrantes do denominado Complexo do Curado, bem como o sobrestamento de todos os recursos de agravo de execução, relacionados à questão jurídica em apreço, até o julgamento do presente incidente”. O inteiro teor desse Acórdão do TJPE está disponível em <https://www.tjpe.jus.br/documents/10180/132214/Aco%C2%B4rda~o+IRDR+0008770-65.2021.8.17.9000+%28Sec%C2%B8a~o+Criminal+TJPE%29+-+Contagem+em+dobro+do+tempo+de+prisa~o.+Complexo+do+Curado+%281%29.pdf/b949e5c8-23d7-27d3-805b-6e8e787e3e39>. Acesso em 21.05.2022.

¹⁰²¹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 179/180. Nota de Rodapé n. 192: “(...) em maio de 2021, foram localizados 11 incidentes, mas nenhum criminal no STJ. (...) Quanto aos demais Tribunais, tem-se IAC no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Espírito Santo e Paraná. (...) Por sua vez, o TJSC admitiu e julgou três IAC criminais, tendo fixado as seguintes teses: “A prática de condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, quando ocorridas em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, cujo ponto convergente é a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado –, não atrai a a unificação de processos, sendo competente para o processamento e julgamento o juízo do local de cada uma das infrações, ressalvada a apreciação de eventual situação de continuidade delitiva no âmbito da execução penal (IAC n.: 0001136-96.2017.8.24.0000) (...)”.

¹⁰²² ZANETI JR., Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)**. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schiatti (Coords.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do novo CPC. Coordenação geral de Fredie Didier Jr. V. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453/468.

¹⁰²³ MARQUES, Cláudia Lima. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme**. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18/19.

de processo penal, como já ocorre com o instituto do recurso repetitivo, no Projeto do Senado, 156/2009 (CPP)¹⁰²⁴.

A literatura nacional e estrangeira sobre precedentes é extensa¹⁰²⁵, embora incipiente ainda no âmbito do processo penal, com pluralidade de horizontes

¹⁰²⁴ DOTTI, René Ariel. **A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos TRIBUNAIS, 2016, p. 260.

¹⁰²⁵ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022; McCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHAR, Arthur. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Londres: Routledge, 1997; McCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Coords.). **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashate Publishing, 1991; CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action dela legalità**. 2ª ed. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2014; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedente**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2002; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARINONI, O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do novo CPC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021; TARUFFO, Michele. **Precedente e giurisprudenza**. Nápolis, Itália: Editoriale Scientifica, 2007; TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura*, 1994; ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017; CÂMARA, Alexanre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2017; CASTANHEIRAS NEVES, A. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra Editora, 1983; CASTANHEIRA NEVES, A. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Coimbra: Almedina, 1994; FERAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. São Paulo: Noeses, 2012; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 02. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 03. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2015; ZANETTI JR., Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)**. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). **Processo Penal**. Coleção Repercussões do novo CPC. Coordenação geral de Fredie Didier Jr. V. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453/468; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2018; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Interpretação judicial criativa pro reo em direito penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2015; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; Macêdo, Lucas Buriel; ATAÍDE JR.; Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes**. Grandes temas do novo CPC. V. 03. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, v.

ideológicos e divergência de concepções sobre o direito e a democracia. Há diferentes interpretações sobre a teoria e as práticas jurídicas do *common law* – com correntes doutrinárias acusando umas às outras de terem a compreendido de forma errada¹⁰²⁶ – para se perquirir, entre tantos pontos, se a afirmação histórica de mecanismos de vinculação às decisões judiciais nos sistemas jurídicos da tradição *civil* é uma aproximação ou não da regra do *stare decisis* ou tratar-se-á de algum sucedâneo ou, noutra giro, algo genuinamente desenvolvido pela historicidade da tradição romano-germânica. Há intenso debate sobre cada aspecto nas teorias dos precedentes judiciais (no plural), a começar com o disputado conceito de precedente judicial.

Daniel Mitidiero apresenta um conceito *qualitativo* (*depende da qualidade das razões, que devem ser jurídicas, necessárias e suficientes*), *material* (*depende de um caso particular delineado em seus aspectos fático-jurídicos*) e *funcional* (*dependem da função do órgão jurisdicional*) de precedente: “*são razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela*

145. Rio de Janeiro: 2015, p. 01/20; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucionais e precedentes judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 128, 136, 139, 141 e 154: “*Encontrei-me com Daniel Mitidiero, um dos mais notórios precedentistas. Disse a ele que, muito em breve, lançaria um livro – este que você lê agora, leitor – criticando suas teses sobre o CPC e o sistema de precedentes. Sua resposta foi a de que a mais nova edição do seu Precedente já havia saído, com críticas a mim*” (p. 128); “*a tese precedentalista diz: (i) que é o precedente que dá sentido à Constituição e à legislação, e que, justamente, por isso, (ii) deve ser aplicado de qualquer forma, sem que se faça considerações de coerência e integridade. Além disso, a réplica diz (iii) que não se trata de proibir os juízes de interpretar, mas que, por questões de ‘colaboração entre órgãos’, (iv) a Corte Suprema deve, na medida do possível, explicitar por si, desde logo, a ratio decidendi da decisão que constitui precedente*” (p. 136); “*Não compartilho das teses processadas por ele. E isso é assim porque partimos de lugares de fala e matrizes teóricas diferentes. A hermenêutica – na especificidade, a Crítica Hermenêutica do Direito – está assentada no paradigma da intersubjetividade, superando os dois paradigmas – o objetivismo e o subjetivismo. Isso acarreta compromissos teóricos. Não há um sujeito que assujeita o objeto. Tampouco há um sujeito assujeitado às coisas. Logo, qualquer possibilidade de adesão a quaisquer dos diversos positivismo se torna uma tarefa impossível*” (p. 139); “*Temos que continuar debatendo. Porque ambos queremos um Direito com maior previsibilidade. Nem Mitidiero e nem eu aceitamos que o juiz tenha comportamento solipsista. Queremos efetividades qualitativas. O modo como vamos atingir nossos objetivos são diferentes*” (p. 141); “*Esse é o ponto. Primeiro: um precedente legítimo nunca vai do geral para o particular. Segundo: Tribunais não têm competência de fixar normas gerais e abstratas, sob pena de inconstitucionalidade. Terceiro: vinculante, no civil law, jamais poderá ser um precedente, mas a lei a que ele se refere. Quarto: o ideal de coerência e integridade, quando respeitado, já garante tudo que se quer quando se pede segurança jurídica. Quinto: teses mecânicas, rígidas, tornam um sistema hermético e, atreladas a um paradigma já superado, podem contrariar o próprio ideal de integridade. Dizem que o Brasil tem um sistema de precedentes a partir do qual teremos segurança jurídica. O que temos é uma proposta de fixação de teses gerais e abstratas tribalísticas que desexistencializam o Direito, ignorando que o fenômeno jurídico, interpretativo por essência, só se dá na facticidade*” (p. 154).

unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema”¹⁰²⁷. É um bom conceito de precedente, mas não concordo integralmente com ele, pois, a constituição do precedente obrigatório exige também outras características e Tribunais de 2º grau também podem formar precedentes no seu âmbito de competência, bem como há os precedentes judiciais internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o Brasil também está comprometido a obedecer e no sentido de formação de um *common ground* como expus nessa tese.

Danyelle Galvão, em sua tese de doutorado, apresentou três conceitos de precedente judicial: um conceito amplo (“*o precedente é ‘a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos’, considerando o ato decisório como um todo e não apenas seu dispositivo*”¹⁰²⁸, como o dado por Neil Duxbury), um conceito intermediário (“*Para Rodrigo Ramina Lucca, há um terceiro sentido – o intermediário – que considera como precedente ‘toda decisão que contenha uma tese jurídica passível de ser seguida em casos posteriores’, sendo diferente do sentido amplo uma vez que exige a presença de questões jurídicas relevantes e não apenas fáticas*”¹⁰²⁹) e um conceito restrito [*“o precedente judicial é a norma extraída da decisão (ratio decidendi), isso é, apenas parte do ato decisório, cuja potencialidade é se firmar como paradigma*”¹⁰³⁰, dado por Michele Taruffo]. Danyelle Galvão, entre esses, preferiu o conceito amplo e, ao longo da sua tese doutoral, adicionou características essenciais e necessárias à adequada formação dos precedentes judiciais no processo penal, entre elas, a publicidade, a ampliação do debate com *amici curiae* e audiências públicas, bem como o alargamento do contraditório, para evitar a surpresa injusta¹⁰³¹. Adiro, nessa tese, a esses importantes acréscimos feitos por Danyelle Galvão para a adequada formação de precedentes judiciais no processo penal.

¹⁰²⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

¹⁰²⁸ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 45.

¹⁰²⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 45. Nota de Rodapé n. 04.

¹⁰³⁰ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 45.

¹⁰³¹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2022, p. 126/137: “*Assim, para a legítima formação de precedentes judiciais vinculantes é imprescindível não apenas o contraditório efetivo entre as partes com o acusado devidamente assistido por advogado, mas também a possibilidade de contraditório amplo com a sociedade, seja individualmente, por meio de terceiros interessados atingidos pelo precedente judicial, ou coletivamente, por meio dos amici curiae ou em audiências públicas em que são discutidos os temas*” (p. 126).

Compreendo também que não se considera mais que o Judiciário e, sobretudo, o seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal ou a Corte Constitucional, dá a “última palavra” sobre uma questão. Os Estados pós-modernos estão constituídos pela “*cláusula não obstante*” (*notwithstanding clause* ou *non-obstante* ou *override clause*), que, por exemplo, é expressa no art. 33 da Carta de Direitos e Liberdades, integrante da *Constitution Act* de 1982 do Canadá. No Brasil, o STF decide uma questão até que os poderes majoritários deliberem sobre o assunto, detendo a “última palavra provisória”, como o Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro já reconheceu no julgamento da ADI 5.105¹⁰³², Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.10.2015. Na democracia constitucional e

¹⁰³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADI 5.105. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.10.2015. Ementa: Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. DIREITO DE ANTENA E DE ACESSO AOS RECURSOS DO FUNDO PARTIDÁRIO ÀS NOVAS AGREMIÇÕES PARTIDÁRIAS CRIADAS APÓS A REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. REVERSÃO LEGISLATIVA À EXEGESE ESPECÍFICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADIs 4490 E 4795, REL. MIN. DIAS TOFFOLI. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 47, § 2º, II, DA LEI DAS ELEIÇÕES, A FIM DE SALVAGUARDAR AOS PARTIDOS NOVOS, CRIADOS APÓS A REALIZAÇÃO DO PLEITO PARA A CÂMARA DOS DEPUTADOS, O DIREITO DE ACESSO PROPORCIONAL AOS DOIS TERÇOS DO TEMPO DESTINADO À PROPAGANDA ELEITORAL GRATUITA NO RÁDIO E NA TELEVISÃO. LEI Nº 12.875/2013. TEORIA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS. ARRANJO CONSTITUCIONAL PÁTRIO CONFERIU AO STF A ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA (VIÉS FORMAL) ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SUPREMACIA JUDICIAL EM SENTIDO MATERIAL. JUSTIFICATIVAS DESCRITIVAS E NORMATIVAS. PRECEDENTES DA CORTE CHANCELANDO REVERSÕES JURISPRUDENCIAIS (ANÁLISE DESCRITIVA). AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÃO QUE DETENHA O MONOPÓLIO DO SENTIDO E DO ALCANCE DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. RECONHECIMENTO *PRIMA FACIE* DE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA PELO CONSTITUINTE REFORMADOR OU PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE AS INSTÂNCIAS POLÍTICAS AUTOCORRIGIREM-SE. NECESSIDADE DE A CORTE ENFRENTAR A DISCUSSÃO JURÍDICA SUB JUDICE À LUZ DE NOVOS FUNDAMENTOS. PLURALISMO DOS INTÉRPRETES DA LEI FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES. ESTÍMULO À ADOÇÃO DE POSTURAS RESPONSÁVEIS PELOS LEGISLADORES. STANDARDS DE ATUAÇÃO DA CORTE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS DESAFIADORAS DA JURISPRUDÊNCIA RECLAMAM MAIOR DEFERÊNCIA POR PARTE DO TRIBUNAL, PODENDO SER INVALIDADAS SOMENTE NAS HIPÓTESES DE ULTRAJE AOS LIMITES INSCULPIDOS NO ART. 60, CRFB/88. LEIS ORDINÁRIAS QUE COLIDAM FRONTALMENTE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE (LEIS IN YOUR FACE) NASCEM PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE INCONSTITUCIONALIDADE, NOTADAMENTE QUANDO A DECISÃO ANCORAR-SE EM CLÁUSULAS SUPERCONSTITUCIONAIS (CLÁUSULAS PÉTREAS). ESCRUTÍNIO MAIS RIGOROSO DE CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS IMPOSTO AO LEGISLADOR PARA DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE CORREÇÃO DO PRECEDENTE OU QUE OS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E AXIOLÓGICOS QUE LASTREARAM O POSICIONAMENTO NÃO MAIS SUBSISTEM (HIPÓTESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA LEGISLATIVA). 1. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 2. O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no

de acordo com a teoria dos diálogos institucionais¹⁰³³, o objetivo é que o Judiciário, no exercício de sua função contramajoritária, provoque e tire os poderes majoritários da

aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. 3. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. 4. Os efeitos vinculantes, ínsitos às decisões proferidas em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, não atingem o Poder Legislativo, ex vi do art. 102, § 2º, e art. 103-A, ambos da Carta da República. 5. Conseqüentemente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura. 8. A criação de novos partidos, como hipótese caracterizadora de justa causa para as migrações partidárias, somada ao direito constitucional de livre criação de novas legendas, impõe a conclusão inescapável de que é defeso privar as prerrogativas inerentes à representatividade política do parlamentar trânsfuga. 9. No caso sub examine, a justificação do projeto de lei limitou-se a afirmar, em termos genéricos, que a regulamentação da matéria, excluindo dos partidos criados o direito de antena e o fundo partidário, fortaleceria as agremiações partidárias, sem enfrentar os densos fundamentos aduzidos pelo voto do relator e corroborado pelo Plenário. 10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 11. *In casu*, é inobjetable que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. 12. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, da Lei nº 12.875/2013 (STF. ADI 5105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015).

¹⁰³³ TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Revier*. Vol. 101, Iss. 8 August, 2003, p. 2781/2802; WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York

inércia. Entre várias técnicas e arranjos institucionais para os diálogos institucionais, ainda merece atenção a técnica desenvolvida e aplicada pela Corte Constitucional da África do Sul, nos casos *Grootboom* (2000), *Olivia Road* (2008) e *Joe Slovo* (2009), chamada de *compromisso significativo*¹⁰³⁴ (*meaningful engagement*), em cujo processo judicial se oportuniza o constante intercâmbio e diálogo entre cidadãos e comunidade, de um lado, e os demais Poderes estatais, de outro, a fim de que todos os envolvidos possam compreender as perspectivas do outro, em exercício de alteridade e superando eventuais pontos cegos, e possam construir a decisão judicial conjuntamente. Um exemplo de processo coletivo estrutural na área penal é a ADPF 347 MC¹⁰³⁵, em trâmite no STF, sobre o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, com mediação, controle e acompanhamento das políticas públicas penais e não-penais relacionadas a essa questão criminal.

No Brasil, Luis Roberto Barroso, pelos seus votos como Ministro do STF e em sua produção acadêmica, a exemplo do artigo *A razão sem voto: o Supremo Tribunal*

University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper n. 14-57, nov., 2014; MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de Doutorado, aprovada em 2008, sob orientação de Álvaro de Vita, no PPGD/FDUSP, 2008; HOGG, Peter W.; BUSSEL, Alisson A. The charter dialogue between Courts and Legislature (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all). Osgoode Law Journal, v. 35, n. 1, 1997; POLI, Vinicius José. Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo. Dissertação de Mestrado, sob orientação de Marcelo da Costa Pinto Neves, aprovada em 2012, no PPGD/FDUSP; VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo institucional e Controle de Constitucionalidade. Série IDP, São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁰³⁴ CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010; PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”. Revista de Direito Ambiental. Vol. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2013, p. 161/210.*

¹⁰³⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 09.09.2015. Ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURASIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (STF. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015).

*Federal e o governo da maioria*¹⁰³⁶, publicado em 2015, criou polêmica ao apontar três funções de uma Corte Constitucional: a função majoritária, quando confirma a constitucionalidade de uma lei; a função contramajoritária, quando declara a inconstitucionalidade de uma lei; e a função iluminista, quando a Corte empurra a história para frente, de modo progressista, em temas polêmicos, com alto custo político para os parlamentares perante seus eleitorados. Entendo que há limites para o ativismo judicial em Direito Penal. A partir de uma inferência para o referencial teórico dessa tese, abordado na sua Parte I, haverá ativismo judicial, em sentido negativo, sempre que o Judiciário usar *argumentos de política*. Conforme a concepção de direito como integridade, o Judiciário, uma tecnologia imprescindível no arranjo institucional da democracia constitucional e considerando o dilema da *dificuldade contramajoritária* (lançado por Alexander Bickel¹⁰³⁷), somente pode usar razões que se constituam como regras jurídicas e como princípios de moralidade institucional da comunidade política e como outros padrões decisórios decorrentes dos anteriores, e, portanto, somente pode usar *argumentos de princípios*. O Judiciário deve sempre ser deferente aos poderes políticos majoritários quando for possível e efetivamente essa postura favorecer o regime democrático, sem prejuízo para os direitos fundamentais das minorias. Compreendo que a atividade criativa judicial é inevitável, considerando as três dimensões semióticas da linguagem e, sendo assim, deve ser feita *sob a sua melhor luz*, pensando com Ronald Dworkin, e como uma *espiral hermenêutica*, adicionando a contribuição de Winfried Hassemer, após juízos de coerência e de integridade, de acordo com as metáfora do romance em cadeia e o juiz Hércules, isto é, após verificar toda a história institucional da comunidade política e, se necessário, redireciona-la para a melhor versão de si mesma. Os precedentes judiciais são fontes formais imediatas de normas penais incriminadoras e não-incriminadoras, no Direito Penal pós-moderno.

Considero ainda que, com a afirmação histórica da regra do *stare decisis* ou, pelo menos, de mecanismos vinculantes das decisões judiciais, os Tribunais Superiores e, em alguma medida, os Tribunais de 2º grau ao se valerem do IRDR, p. ex., na sua geografia jurisdicional, exercem a *função nomofilática*¹⁰³⁸, tal como teorizou Piero

¹⁰³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 05. Número especial. Brasília: UniCEUB, 2015, p. 24/51.

¹⁰³⁷ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª ed. Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 38/40.

¹⁰³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021, p. 161: “Diante desta importante perspectiva, os tribunais superiores são atualmente

Calamandrei¹⁰³⁹, de desenvolvimento, estabilização e unidade do Direito. Hassemer também afirma que “*em todo caso a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem a tarefa de desenvolver o Direito*”¹⁰⁴⁰. E Michele Taruffo também afirma que “*Calamandrei (...) antecipada, na verdade, aquela que é hoje a principal função das cortes supremas em muitos ordenamentos de common law e de civil law, que é a de assegurar o controle de legitimidade, através da fixação de precedentes destinados a se projetarem como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes*” e “*com fórmula sintética, pode-se falar de ‘nomofilaquia através do precedente’ para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões ‘generalizáveis’ e projetadas para o futuro*”¹⁰⁴¹. Isso é mais do que a uniformização de jurisprudência, que deve ser feita por todos os tribunais (art. 926, caput, CPC/15). Há uma reconstrução, sempre que necessária, do Direito, em diálogo institucional, na atual compreensão de democracia constitucional, sem que alguém tenha a última palavra sobre uma questão, que é sempre provisória, à espera da próxima *ondulação da espiral hermenêutica*.

A Constituição é uma fonte de conhecimento importante para o Direito Penal, não só com mandados constitucionais de criminalização expressos e implícitos, com a seleção de bens jurídicos dignos de tutela penal, com os direitos e garantias fundamentais que limitam o exercício do *jus puniendi*, com o devido procedimento legislativo e regras de competência legislativa para a produção de leis penais, mas também pela irradiação de valores, diretrizes político-criminais, patriotismo constitucional, força normativa da Constituição e tudo mais que a constitucionalização do Direito Penal representa. Luciano Feldens, na obra *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*¹⁰⁴², faz essa abordagem em

concebidos, especialmente em países federados, como o Brasil, para exercer a importante função nomofilática em prol da uniformização da interpretação e aplicação do direito, ou seja, de verdadeiras cortes de precedentes”; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86/104; CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità**. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, p. 238/258.

¹⁰³⁹ CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile*. Vol. II, *Disegno generale dell’istituto*. In: *Opere giuridiche*, Vol. II. Napoli, Itália: 1976, p. 34, 92 e 105.

¹⁰⁴⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª ed. Alemã por Pablo Rodrigo Alfien da Silva, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005 (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990), p. 345.

¹⁰⁴¹ TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Tradução de Chiara de Teffè. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 13/14. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em 22.05.2022.

¹⁰⁴² FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

detalhes e, ainda, apresentou, a partir da teorização de Claus-Wilhelm Canaris¹⁰⁴³ e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), as duas dimensões da proporcionalidade, a proibição de excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*), como limites materiais ao poder de conformação do legislador penal e, junto com os mandados constitucionais de criminalização e os bens jurídico-penais selecionados pela Constituição como dignos de tutela penal, instituem um sistema de proteção do cidadão também pelas normas penais.

O controle de constitucionalidade de leis penais, que se viabiliza a partir das dimensões da proporcionalidade acima referidas, tem suas peculiaridades, consoante já decidiu o STF, no HC 104.410/RS¹⁰⁴⁴, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ

¹⁰⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*. *JuS*, 1989, p. 161/163; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁰⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012. Ementa: HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si

27.03.2012, ocasião na qual destacou três níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 50, 290, 1978), a saber: controle de evidência¹⁰⁴⁵ (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade¹⁰⁴⁶ (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade¹⁰⁴⁷ (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). Afirmou que esses são “níveis de intensidade” como critérios

só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (STF. HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012).

¹⁰⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 20: “No primeiro nível, o controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico”.

¹⁰⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 22/23 e 26: “No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei” (p. 22); “Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de ‘maneira sustentável’” (p. 23); e “no âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – os quais serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada” (p. 26).

¹⁰⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 26/27 e 29: “No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar e a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância” (p. 26/27); e “Nesse terceiro nível, portanto, o Tribunal examina se a medida legislativa interventiva em dado bem jurídico é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador” (p. 29).

para a construção de um “*modelo exigente*” de controle de constitucionalidade das leis penais¹⁰⁴⁸. Assentou, como premissa, a partir da dogmática jurídico-penal alemã (*BverfGE* 88, 203, 1993), que “*o Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais*”¹⁰⁴⁹ e, ainda, “*quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional*”¹⁰⁵⁰. Nesse julgamento, o STF decidiu também que a *estrutura de crime* conhecida como *crime de perigo abstrato*, por si só, não é inconstitucional, pois, embora seja uma antecipação à lesão de bens jurídicos individuais e seja uma das manifestações do direito penal preventivo, é a técnica com a qual o legislador consegue proteger, de forma suficiente, sem excesso e sem deficiência, bens jurídicos coletivos. Na tese doutoral de Ademar Borges de Sousa Filho¹⁰⁵¹ constam explicações detalhadas, com várias considerações críticas, sobre esses limites materiais durante a filtragem constitucional de leis penais.

O direito fundamental previsto no art. 5º, XL, da CF/88, cujo texto constitucional é o de que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”, considerando o referencial teórico adotado nessa tese, deve ter sentido e alcance normativos reconstruídos e estendidos, *sob sua melhor luz*, para “*nenhuma norma penal e processual penal, que restrinja os direitos fundamentais da pessoa, poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu*”. A garantia da proibição de retroatividade *in malam partem* atinge todos os elementos da (re)construção da norma penal (lei penal, precedente judicial, jurisprudência, ato administrativo que complementa de lei penal em branco e qualquer outra fonte do Direito Penal). O entendimento predominante, no sentido de que o art. 5º, XL, da CF/88, refere-se apenas à lei, e não a precedentes judiciais, está refutado e estruturado a partir da filosofia da consciência e do positivismo jurídico defasados. Esse mesmo entendimento tradicional está repleto de equívocos e, ainda, não favorece à diminuição de violência estrutural do sistema penal, pois pretende

¹⁰⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 20.

¹⁰⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 19.

¹⁰⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012, p. 20.

¹⁰⁵¹ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

solucionar o problema de retroatividade da mudança de jurisprudência *in malam partem* com a aplicação do erro de proibição (in)evitável. Não é correto o argumento de que haveria equiparação entre legislação e jurisprudência, pois é preciso perceber que a jurisprudência agrega algo *ex novo*, partindo da literalidade do texto legal, para o fim de proteger suficientemente o bem jurídico-penal. A jurisprudência coparticipa da produção e reconstrução permanente da norma penal, em espiral hermenêutica. Retornarei a esse ponto no último subtópico desse Capítulo sobre a dimensão dinâmica da legalidade penal.

O enfraquecimento político do Estado pós-moderno, como vimos, tem acentuado o fenômeno da “deslegalização do Direito Penal”, com uma maior delegação ao Poder Executivo, para editar complementos de leis penais em branco heterogêneas, conforme a pesquisa de Chiavelli Fazenda Falavigno. A sucessão de atos administrativos, que complementam uma lei penal em branco heterogênea, também é irretroativa *in malam partem*, uma vez que o complemento é parte integrante na construção da norma penal incriminadora. A lei penal em branco, independente de seu complemento, deve atender à exigência, por si só, de descrever o núcleo essencial a conduta criminalizada, a fim de que, só por ela, o cidadão já consiga ter cognoscibilidade e orientar seus comportamentos sociais.

A doutrina não é uma fonte menor do Direito Penal. Não compreendo a doutrina apenas como fonte de conhecimento de normas penais não-incriminadoras, pois há exemplos reais de sua força na (re)construção de normas penais incriminadoras, servindo como justificação e razões no juízo condenatório. No passado, o caderno de conceitos dos *pandectistas* tinha força normativa. A doutrina é fonte de (re)construção constante da dogmática jurídico-penal, junto com a jurisprudência, e ambas têm como ponto de partida a legislação e demais fontes do direito penal, tanto em relação a normas penais, quanto a conceitos, categorias, critérios, teorias e o sistema de imputação racional jurídico-penal. Isso constitui a dogmática jurídico-penal. A doutrina exerce as seguintes funções do Direito Penal: 1) a função de produção, desconstrução e reconstrução da dogmática jurídico-penal; 2) a função de crítica e constrangimento epistemológico¹⁰⁵²; 3) e a função de ensino jurídico. Menosprezar a doutrina como uma

¹⁰⁵² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 140: “a doutrina deve exercer seu papel de constrangimento epistemológico, isto é, exercer o seu papel performativo, apontado a necessidade de permitir que o sistema possa dar respostas às problemáticas concretas que exsurgem diante da aplicação das súmulas vinculantes aos casos concretos”.

fonte menor ou como uma não-fonte do direito penal, só porque não é dotada de coatividade nem decorre de uma autoridade institucional, seria não perceber a quanto ameaçadora aos direitos fundamentais dos cidadãos pode ser a doutrina no direito penal. Não pelo *poder*, mas pelas *razões*, que podem conquistar uma potência maior a depender do prestígio do doutrinador na comunidade jurídica, da sua proximidade com os poderes político e econômico, bem como do *habitus*¹⁰⁵³ nos tribunais de se fazer citações de suas obras doutrinárias para fundamentar, como razões ou como argumento de autoridade, suas decisões judiciais.

Para ilustrar com exemplos da nossa história institucional recente, além dos exemplos que mencionei na Introdução dessa tese, lembro de outros episódios nos quais claramente a doutrina manifestou-se como fonte de conhecimento imediata de norma penal incriminadora, isto é, não fossem as *razões* de determinadas teorizações e conceitos, elaborados pela doutrina, a condenação, em casos concretos, poderia, muito provavelmente, ser mais benéfica para os acusados.

Lembro do transplante estrangeiro, com adaptação brasileira pelos Ministros do STF à época, da teoria do domínio do fato, elaborada por Hans Welzel e Claus Roxin, na Ação Penal 470/MG (caso Mensalão), para justificar a condenação de alguns acusados como coautores de crimes, por terem um domínio funcional de etapas do esquema criminoso, e não como meros partícipes, em detrimento da tradicional teoria restritiva objetivo-formal cujos autores seriam apenas aqueles que executam a conduta descrita no tipo penal, *razões* com as quais o Relator, acompanhado pela maioria dos Ministros, justificou uma dosimetria da pena mais severa, até mesmo para evitar que a pretensão punitiva estatal fosse fulminada pela prescrição retroativa. Sobre a aplicação dessa doutrina específica nesse caso, a Revista Brasileira de Ciências Criminais dedicou uma edição especial¹⁰⁵⁴ em 2014. A comunidade jurídica também considera que, a partir do caso Mensalão, a jurisprudência do STF passou a adotar essa concepção da teoria do domínio dos fatos.

Outro exemplo da força da doutrina como fonte de conhecimento do Direito Penal, está nos conceitos de dolo eventual e de culpa consciente no direito penal, a partir de inúmeras teorias que disputam quais seriam os melhores critérios; e como isso afeta na prática os processos penais e atinge diretamente os réus. Lembremos da dúvida

¹⁰⁵³ BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 59/73.

¹⁰⁵⁴ ESTELLITA, Heloisa (Coord.). Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22, n. 106, São Paulo: IBCCRIM e Revista dos Tribunais, 2014.

razoável¹⁰⁵⁵ sobre o caso do cinegrafista Santiago da Rede Bandeirantes, que morreu com a explosão de um rojão na cabeça, durante uma manifestação popular; e o caso dos sócios-proprietários da Boate Kiss, na tragédia do dia 27.01.2013, em Santa Maria/RS, que vitimou fatalmente 242 pessoas, cujo júri popular foi transmitido ao vivo pela internet para todo o país e o veredito do Conselho de Sentença foi pela condenação por homicídios com *dolo eventual*. Na Sentença do Juiz de Direito Orlando Faccini Neto¹⁰⁵⁶, na Ação Penal n. 0047498-35.2020,8.21.0001/RS, 1ª Vara do Júri da comarca de Porto Alegre/RS, lida na Sessão de Julgamento do dia 10.12.2021, consta um apanhado de conceitos doutrinários sobre dolo eventual, com destaque para a tese de doutorado de Eduardo Viana sobre o *dolo como compromisso cognitivo*¹⁰⁵⁷, concepção com a qual, na perspectiva da filosofia da linguagem, o dolo é uma atribuição de sentido

¹⁰⁵⁵ Na Ação Penal n. 0045813-57.2014.8.19.0001, na 3ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, os acusados foram denunciados e pronunciados por homicídio triplamente qualificado com *dolo eventual*. Por sua vez, o TJRJ, no Recurso em Sentido Estrito n. 0045813-57.2014.8.19.0001, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, DJ 18.03.2015, decidiu, por maioria, pela desclassificação “*não extraindo do panorama probatório sequer indícios do dolo eventual, outra alternativa não há, senão a desclassificação, com deslocamento da competência do feito ao juízo criminal comum, por livre distribuição e sua posterior remessa ao Ministério Público para formulação de sua opinio delicti*”. Acórdão do TJRJ disponível em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004665F1033CF68700024392C97D183D899C50358362D48&USER=>. Acesso em 21.05.2022. Por sua vez, o STJ, no REsp 1.556.874/RJ, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 27.11.2016, decidiu que, com base no (questionável) *princípio in dubio pro societate* e considerando que há indícios suficientes do dolo eventual, devem os acusados ir a júri popular, para enfrentarem a pretensão acusatória de homicídio qualificado. Por sua vez, o STF, no RE 1.084.587/RJ, 2ª T, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18.08.2018, negou seguimento ao recurso e manteve a pretensão acusatória com *dolo eventual*. Atualmente, a Sessão de Julgamento do Tribunal do Júri ainda não ocorreu, até a presente data (21.05.2022), porque está se aguardando a juntada nos autos da íntegra das filmagens feitas pelo cinegrafista morto durante o acontecimento fatal, para serem exigidos aos jurados, a pedido da defesa.

¹⁰⁵⁶ BRASIL. 1ª Vara Criminal da comarca de Porto Alegre/RS. Processo n. 0047498-35.2020.8.21.0001. Sentença do Juiz de Direito Orlando Faccini Neto. DJ 10.12.2021, p. 12. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/12/B2D28CB95C2B9B_sentenca-caso-kiss.pdf. Acesso em 21.05.2022: “*Importante destacar que essas modernas correntes, tendentes à análise do dolo com ênfase no que tem de cognitivo, indicam, com precisão, a base de que partem, e é essa mesma base que se mostra crucial para esse momento de aplicação da pena. Vejamos, no ponto, as lições trazidas por (Eduardo) VIANA: para o autor, o conceito de dolo como ‘conhecer e querer’ expressa uma proposta conceitual platônica, ambígua, circular e ‘vinculada a crenças ingênuas’, ignorando a prática da imputação subjetiva. Assim, segundo diz, a imputação a título de dolo não tem relação com a postura volitiva psíquica do indivíduo, pois dolo não é vontade, dolo é representação. Destarte, somente haveria uma modalidade de dolo, sendo despicienda a distinção entre dolo direto e eventual. No que cumpriria atinar para a distinção entre o dolo e a culpa, de modo preponderante apresentar-se-ia o tratamento punitivo que o legislador apresenta para o dolo e para a culpa. (...) Ora, num sistema jurídico em que a discussão é transportada para integrantes da comunidade, leigos e sem estudos aprofundados em Direito penal, como sucede na consagração do Júri, parece adquirir ainda maior relevo o ponto de vista segundo o qual o conceito de dolo é considerado em um sentido atributivo, não se confundindo ‘com qualquer estado mental, nem tampouco com um dado psicológico qualquer (como o consentimento ou a aprovação)’; o dolo ‘se atribui/adscreve, de acordo com a constatação de determinados indicadores, e não se determina/descreve’. Numa palavra: o dolo é ‘um conceito jurídico que deve ser ajustado à moldura normativa a partir dessa premissa de ratio punitiva’*”.

¹⁰⁵⁷ VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 366.

intersubjetivo sobre a pretensão do(s) agente(s) a partir do contexto, e não mais, na perspectiva da filosofia da consciência, elementos psicológicos que pudessem ser acessados direta ou indiretamente pelo julgador. No caso da Boate Kiss, adotou-se outra concepção de dolo eventual, elaborada pela doutrina. Nos casos de homicídios, se concluirmos que foi culpa consciente, os réus podem ser condenados à pena de 1 a 3 anos (art. 121, §3º, CP), mas, se concluirmos que foi dolo eventual, podem ser condenados à pena de 12 a 30 anos (art. 121, §2º, CP). Há uma diferença considerável entre 03 anos (pena máxima do homicídio culposo) e 30 anos (pena máxima do homicídio qualificado doloso), sem mencionar ainda o aumento de pena decorrente do concurso de crimes, para a decisão ser tomada a partir de conceitos, categorias, critérios e teorias elaborados pela doutrina. Quem define, por exemplo, o que é culpa consciente e dolo eventual? Em uma expressão, embora essa resposta deva ser mais elaborada e mais complexa: a doutrina.

Pretendo, nesse momento, aprofundar esse ponto da doutrina como fonte de conhecimento do direito penal, para normas penais incriminadoras e não-incriminadoras. Para isso, valho-me do ensaio *Dogmática e Ciência do Direito*¹⁰⁵⁸, de Luís Greco, publicado em 2014. Nesse pequeno e importante ensaio, Luís Greco, após diferenciar, na Alemanha, as figuras do professor de direito, do docente não-professor, do prático comentador e do mero repetidor¹⁰⁵⁹, diz que os professores fazem ciência do direito e isso significa mais do que didática e prática, mas apresentar razões para domar o poder, “*reconduzir a pura facticidade da voluntas à altura da ratio*”¹⁰⁶⁰, porquanto “*se um poderoso atua no plano da razão, ele não diz um simples ‘eu quero’, mas também um ‘porque’*”¹⁰⁶¹, daí surgindo “*uma relação de direito, que não mais compele o mais fraco à obediência, mas passa a merecer o reconhecimento de um ser*

¹⁰⁵⁸ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 23/30.

¹⁰⁵⁹ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 24.

¹⁰⁶⁰ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 25.

¹⁰⁶¹ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 25.

racional”¹⁰⁶². E, embora falte poder à ciência do direito, desenvolvida pelos Professores de Direito, há algo fundamental na doutrina jurídica que contribui para a juridicidade do direito: *as razões*¹⁰⁶³. Assevera que o poder não se interessa pelas razões enquanto razões, senão como subsídio para sua legitimação¹⁰⁶⁴. Luís Greco, citando Bernd Schünemann, aponta “*a ciência do direito, portanto, como um ‘quarto poder’ impotente*”¹⁰⁶⁵, que faz a vigilância das *razões* dos outros três poderes potentes. Afirma que a doutrina, embora não tenha uma força corporal, vale-se da força racional. Isso tem muito mais importância no direito penal, já que a pena é uma violência institucionalizada do poder punitivo, de modo que os princípios político-criminais, que limitam o *jus puniendi*, não podem ser meras abstrações, mas devem ser projetados sobre a concretização do direito penal. A legitimidade do exercício do poder no direito penal, sob pena de constrangimento por parte da doutrina, está em um ponto fundamental, segundo Luís Greco: “*uma pena tem que poder satisfazer a exigência de respeitar o seu destinatário como ser racional*”. E aqui está o que há de mais essencial no princípio da legalidade penal e em qualquer outra fonte do direito penal: o respeito ao destinatário da norma penal como um *ser racional*. Com acerto, Luís Greco expõe que a ciência do direito depende do *ambiente institucional*, que existe na Alemanha e precariamente existe no Brasil. Faz uma crítica potente às faculdades de direito em países como o Brasil, nas quais “*não existem institutos, cátedras e, por consequência,*

¹⁰⁶² GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 25.

¹⁰⁶³ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 26: “*por faltar qualquer poder à ciência do direito enquanto ciência, já que opera apenas na esfera das razões, ela contribui para a juridicidade do direito. Que o legislador tenha o poder de criar leis, e o juiz de tomar decisões, essa ciência toma como fato. Mas é a ciência do direito que, no seu cotidiano, coloca à prova a pretensão, implicitamente existente, de que esses atos sejam mais do que simples atos de poder. A ciência do direito, portanto, como um ‘quarto poder’ importante, vigia se as atividades dos outros três poderes potentes se sustentam em razões. Ela não pratica essa vigilância por meio da força corporal, senão racional, a fim de que essas razões também suportem seus resultados. Ela obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são da racionalização insincera. A ciência do direito é, portanto, a ciência da distinção entre direito e poder. Essa sua tarefa diferenciadora tem ainda mais importância no direito penal*”.

¹⁰⁶⁴ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 28.

¹⁰⁶⁵ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, p. 139/142), p. 26.

*secretários, colaboradores científicos e estudentis. Aulas são dadas por práticos*¹⁰⁶⁶ e “o que falta a esses países não é necessariamente ciência jurídica, mas, sem dúvida, o suporte institucional do que a ciência é dependente”¹⁰⁶⁷. E, onde falta apoio institucional, segundo Luís Greco, a ciência do direito tende a tornar-se corruptível e a degenerar-se em uma tentativa de poder sem razão sincera, isto é, em ideologia¹⁰⁶⁸. Luís Greco, nesse ensaio, ainda faz uma pertinente afirmação conclusiva: “sempre que legisladores e juízes são livres para formular sua pretensão de juridicidade sem temer a vigilância crítica de uma instância independente, eles se tornam descontraídos, preguiçosos, mesmo desavergonhados”¹⁰⁶⁹.

Os costumes também sofreram nova compreensão como fonte do Direito Penal, no quadro referencial da filosofia da linguagem. A autoridade jurídica do costume independe do seu prévio reconhecimento judicial¹⁰⁷⁰ ou da sua positivação legal ou do esforço doutrinário para demonstrar a sua existência. Neil Duxbury afasta a confusão entre costumes e precedentes, podendo, até mesmo, ter conteúdos opostos, e ainda aponta que, na *Common law* clássica, os costumes jurídicos existiam e eram considerados dotados de juridicidade antes do período histórico no qual os precedentes foram dotados de obrigatoriedade. Reconhece-se também que, de forma contingente, o costume pode dar mais força às demais fontes do direito, como mais respeito ao precedente e maior eficácia social à lei. E, por outro lado, o reconhecimento, também contingente, do costume pelas decisões judiciais ou pela lei, pode contribuir para sua solidificação e conformação sociais. Por exemplo, o costume *secundum legem*, que tradicionalmente auxilia na semântica do enunciado jurídico, precisa também ser estudado também na pragmática, terceira dimensão semiótica da linguagem. Todas as

¹⁰⁶⁶ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 28

¹⁰⁶⁷ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 28.

¹⁰⁶⁸ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 28.

¹⁰⁶⁹ GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 29.

¹⁰⁷⁰ DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 08/09.

espécies de costumes são fontes do Direito Penal. O costume *praeter legem*, desde que, *in bonam partem*, é fonte de conhecimento do Direito Penal, podendo funcionar para afastar o alcance normativo do tipo penal sobre determinada situação, a exemplo do tipo penal de lesão corporal e a conduta de furar a orelha de recém-nascida pela avó, sem o consentimento do genitor. Nesse caso hipotético, o costume afasta a tipicidade penal. E o costume *contra legem*, embora não revogue a lei penal brasileira, diante do art. 2^a da LINDB¹⁰⁷¹, pode justificar a aplicação do princípio político-criminal da adequação social, que tem peso moral (moralidade política) da comunidade, o que exclui também a tipicidade penal, mormente a tipicidade material. Não se pode esquecer da força normativa do costume como fonte de conhecimento do Direito Penal internacional¹⁰⁷² (direito sancionador, execução penal, cooperação internacional e assistência judicial), embora esta tese tenha o recorte metodológico para as fontes do atual direito penal brasileiro.

Entendo que os tratados internacionais que tratam de matéria penal ou processual penal têm natureza de tratados internacionais de direitos humanos e, no Brasil, a depender do procedimento de ratificação (art. 5^o, §3^o, CF/88), terão *status* supralegal ou constitucional (STF, Plenário, RE 466.343/SP¹⁰⁷³, Rel. Min. Gilmar

¹⁰⁷¹ Art. 2^o, *caput*, LINDB (Decreto-lei n. 4.657/42): “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

¹⁰⁷² Nessa tese limito-me às fontes do direito penal nacional. Para maiores investigações sobre as fontes do direito penal internacional: AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43 e 53/54: “Como o direito penal internacional é, ao mesmo tempo, parte do direito penal internacional público formal, pode-se originar-se, basicamente, por meio da celebração de convenções multilaterais pelos Estados interessados (cf. art. 38 (1) (a), ECIJ) ou por meio da formação de direito consuetudinário ou princípios gerais do direito (cf. art. 38 (1) (b) e (c), ECIJ). O direito consuetudinário e os princípios gerais do direito são, por certo, difíceis de identificar, dado que se tratam de direito internacional não escrito. Contudo, embora faltem às convenções, estas fontes do direito devem servir como ponto de partida construtivo para a formação de normas do direito penal internacional. Ademais, nem como o advento do ETPI, estas fontes perderam completamente sua importância, pois este deixa aberto alguns âmbitos de regulamentação. Deste modo, o art. 21 (1) (b), ETPI, que estabelece o direito aplicável, remete expressamente aos princípios e normas de direito internacional (*principles and rules of international law*), incluindo como direito aplicável do TPI, entre outros, o costume internacional e os princípios gerais do direito no sentido do art. 38 da ECIJ” (p. 43); e “os esforços internacionais de codificação, pelo contrário, oferecem informação sobre a ‘opinio iuris’ da comunidade dos Estados, que – segundo o ponto de vista que aqui se sustenta –, pode erigir-se como fundamento de princípios gerais do direito. Às opiniões doutrinárias, a considerar no marco de uma análise secundária, pode recorrer-se de forma complementar para a confirmação ou refutação de uma opinio iuris, como também para o desenvolvimento ulterior do direito. Finalmente, no direito penal internacional – ao contrário do que ocorre com as fontes do direito tradicionais, no sentido do artigo 38 do ECIJ – também há de se considerar o direito nacional. Enquanto os artigos 24 (1), EICTY e 23 (1), EICTR prevêem isto só no marco da determinação da pena, o artigo 21 (1) (c) declara aplicável – quando proceda (“as appropriate”) – o direito nacional do Estado que exercia a jurisdição sempre e quando seja compatível com o Estatuto e com o direito internacional vigente” (p. 53/54).

¹⁰⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 03.12.2008.

Mendes, DJ 03.12.2008). Esses tratados internacionais preveem mandados internacionais de criminalização, diretrizes de política criminal e excludentes de ilicitude como o reconhecimento de culturas de povos tradicionais fora do alcance normativos das normas penais incriminadoras, p. ex., os tratados internacionais sobre drogas¹⁰⁷⁴. São fontes de conhecimento do direito penal brasileiro, após serem ratificados. A hipótese de tratados internacionais como fonte de normas penais incriminadoras, no Brasil, foi afastada pelo STF, p. ex., no Caso da Igreja Renascer (HC 96.007/SP¹⁰⁷⁵, 1ª T, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.06.2012), ocasião que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que prevê um conceito de crime organizado (art. 2, “a”¹⁰⁷⁶) e que foi ratificada com o

Ementa: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF. RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

¹⁰⁷⁴ O Brasil ratificou a *Convenção Internacional do Ópio* de 1911 (Decreto 11.481, 10.02.1915); o *art. 295 do Tratado de Versalles* de 1919 (Decreto 13.990, 12.01.1920); a *Convenção Internacional do Ópio* de 1924 (Decreto 22.950, 18.07.1933); a *Convenção para limitar a manufatura e regular a distribuição de narcóticos* de 1931; a *Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas* de 1936 (Decreto 2.994, 17.08.1938 e Decreto 821, 25.11.1938); o *Protocolo de controle de narcóticos sintéticos* de 1948; o *Protocolo para restringir a produção de ópio* de 1953; a *Convenção Única sobre Entorpecentes* de 1961 (Decreto 54.216, 27.08.1964); a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas* de 1971 (Decreto 159, 10.02.1967 e Decreto 79.388, 14.03.1977); o *Protocolo de Emendas à Convenção Única de Entorpecentes* de 1971 (Decreto 76.248, 12.09.1975); a *Declaração de Quito* de 1984; a *Declaração de Nova York* de 198; e a *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* de 1988 (Decreto 154, 26.06.1991). Sobre o debate entorno da constitucionalidade da criminalização de condutas relacionadas às drogas, remeto a atenção do leitor para a minha Dissertação de Mestrado: FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos amici curiae sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 89. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022.

¹⁰⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. HC 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.06.2012. Ementa: TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (STF. HC 96007, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012). Com a Lei 12.850/2013 foi criado, por *lex populi*, no Brasil, o conceito e o tipo penal de organização criminosa: “Art. 1º, §1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. A *lex populi*, nesse caso, criou mais garantias para os cidadãos. Não houve cópia do conceito da Convenção de Palermo para a lei nacional.

¹⁰⁷⁶ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto n. 5.015/2004): “Art. 2. Terminologia. Para efeitos da presente Convenção entende-se por: a) “Grupo criminoso organizado” – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente

Decreto 5.015/2004, não foi usada, no Brasil, antes da Lei 12.850/13, para justificar, como crime antecedente, a prática do crime de lavagem de dinheiro, antes da Lei 12.683/12. Nesse julgamento foi destacada, na dimensão formal da legalidade penal, a legitimidade democrática da lei penal nacional como garantia da *lex populi*¹⁰⁷⁷. Divergindo, Valério Mazzuoli e Paulo Queiroz entendem pela possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via de tratados internacionais¹⁰⁷⁸, quando são regularmente ratificados no direito nacional, mas não concordo com eles pois não podemos abandonar as garantias da dimensão *in the books* da legalidade penal, entre elas, a *lex populi*, e, além da ratificação, deve haver uma lei penal nacional criando o tipo penal com todos os rigores, *in the books* e *in action*, da legalidade penal. Não vale a pena abrir mão dessa garantia *lex populi*, e, por se tratar de matéria de direitos humanos também, nem seria juridicamente possível, em razão da proibição de retrocesso ou efeito *cliquet*.

Os precedentes judiciais das Cortes Internacionais, nos sistemas regionais (europeu, interamericano e africano) e no sistema global (ONU) de proteção dos direitos humanos, também são fontes do Direito Penal brasileiro¹⁰⁷⁹, porque há ordens jurídicas multiníveis (nacional, regional interamericana e global) com validade e eficácia sobre o território nacional brasileiro para fins penais (art. 5º, caput §§1º e 2º, 6º e 7º, do CP); segundo, por causa do fenômeno da “fertilização cruzada”¹⁰⁸⁰, no diálogo das Cortes pelo mundo e a construção do *common ground* (solo comum) sobre as questões, que se repetem e têm que ser decididas em todos os países; e, terceiro, porque é possível o controle abstrato de convencionalidade por essas Cortes Internacionais, cuja decisão pode declarar inválida uma lei penal nacional e, se o Supremo Tribunal ou a Corte Constitucional de um país divergir, no controle de constitucionalidade dessa mesma lei, mantendo a sua validade, teremos um problema de *transconstitucionalismo*¹⁰⁸¹, com decisões divergentes, sobre o mesmo tema, de tribunais, que não têm hierarquia entre si,

Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

¹⁰⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37, 41, 338 e 351.

¹⁰⁷⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; QUEIROZ, Paulo. **Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via de tratados internacionais**. In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 12, n. 72, jun./jul., 2016, p. 75/82.

¹⁰⁷⁹ LIMA, Raquel da Cruz. **O Direito Penal dos Direitos Humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: CEI, 2018.

¹⁰⁸⁰ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A typology of Transjudicial Communication**. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994, p. 99.

¹⁰⁸¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

cujos efeitos incidem sobre o mesmo território. Um exemplo está no Caso *Gomes Lund e outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. *Brasil*, em 24.11.2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu, entre outras determinações, que a Lei de Anistia no Brasil (Lei 6.683/79) é inconvencional¹⁰⁸², determinou a criação de uma Comissão da Verdade e instou ao Estado brasileiro que crie um tipo penal específico de desaparecimento forçado, e, por outro lado, na ADPF 153/DF¹⁰⁸³, em 29.04.2010, o STF decidiu que a

¹⁰⁸² CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e outros (“*Guerrilha do Araguaia*”) v. Brasil. Sentença de 24.11.2010. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 22.05.2022, p. 113: “*Portanto, A CORTE DECIDE, por unanimidade: (...) 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (...) 5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação a aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. (...)*”.

¹⁰⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADPF 153/DF. Rel. Min. Eros Grau. DJ 29.04.2010. EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a

Lei de Anistia foi recepcionada pela CF/88. Anistia é uma causa de extinção da punibilidade, e, portanto, é um tema de Direito Penal. Outra ilustração está no caso do crime de desacato (art. 331, CP), que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo, como parâmetro de controle, o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, já se manifestou que se trata de resquício de regime ditatorial e, por outro

conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura (STF. ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010)

lado, o STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, HC 379.269/MS, DJ 29.05.2017, decidiu que o tipo penal é necessário, válido e vigente, na democracia brasileira, conforme mencionei esse caso na Introdução da tese. Como resolver esses conflitos decisórios, no transconstitucionalismo, ainda é um desafio para juristas, políticos e diplomatas, existindo direções heterogêneas, pelo que observamos das atuais práticas jurídicas: pela já mencionada teoria dos diálogos institucionais, de modo a superar os *pontos cegos*¹⁰⁸⁴ de cada um dos tribunais envolvidos sobre a questão transconstitucional; ou por uma decisão política do Chefe de Estado, como ocorreu parcialmente no caso *Gomes Lund e Outros v. Brasil*, com a criação da Comissão Nacional da Verdade. Por recortes metodológicos não irei aprofundar mais esse ponto, mas sua abordagem nessa tese contribui para demonstrar a renovação da teoria das fontes do direito penal e a crise da legalidade penal *in the books*.

Os princípios político-criminais, expressos e implícitos, são também fontes de conhecimento do Direito Penal brasileiro. Compreendo que não há mais espaço para os “*princípios gerais do direito*”, cuja expressão refere-se a técnica de supressão de lacuna de teoria do direito já superada, embora esteja previsto ainda no art. 4º da LINDB¹⁰⁸⁵. Por exemplo, uma pessoa pode ser absolvida com fundamento no princípio da insignificância penal. Nesse caso, qual é a fonte de produção do princípio da insignificância no Direito Penal brasileiro? Onde ele está previsto no ordenamento jurídico e quem o produziu? Muitos podem apontar que se trata de uma criação jurisprudencial, pelo STF, ao julgar o HC 84.412/SP¹⁰⁸⁶, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª

¹⁰⁸⁴ NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. Ano 51, N. 201, jan./mar., 2014, p. 193/214: “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder -, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso me parece frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’ aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação (VON FORERSTER, 1981, p. 288-309). Mas, se é verdade, considerando a diversidade de perspectivas de observação de alter e ego, que ‘eu vejo o que tu não vês’ (LUHMANN, 1990, p. 228/234), cabe acrescentar que o ‘ponto cego’ de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver”.

¹⁰⁸⁵ Art. 4º, LINDB (Decreto-lei n. 4.657/42): Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁰⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. HC 84412/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 19.11.2004. Ementa: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL -

Turma, DJ 19.11.2004. Mas, se insistirmos e formos mais a fundo, adotando a concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin, a fonte material é a comunidade política, que tem uma história institucional e princípios de moralidade política. Os princípios jurídicos também são princípios morais, nessa concepção de direito. Não me refiro a uma moralidade qualquer, mas uma moralidade política da comunidade, em uma perspectiva *intersubjetiva*. O *fórum de princípio*, em especial, a jurisdição constitucional, deve se valer de *argumentos de princípio*, e não de *argumentos de política*. Da maneira como compreendo atualmente a *concepção de direito como integridade*, os princípios de moralidade política têm juridicidade, independente de sua positivação na lei penal e de reconhecimento jurisdicional pelos juízes e tribunais. Os princípios jurídicos, segundo essa concepção de direito, não dependem de validação por uma autoridade institucional, pois não se submetem ao *teste de pedigree*. Não ingressarei, nesse momento, no debate acadêmico com os adeptos dos positivismo jurídico inclusivo, lógico-inclusivo e exclusivo, que fizeram críticas e enfrentaram as propostas de Dworkin, mas, desde já, registro que li seus argumentos e não posso com eles concordar¹⁰⁸⁷. Limito-me, nesse ponto, apenas a afirmar que adoto uma nova compreensão sobre os princípios do direito penal, respaldados na concepção

CONSEQÜENTE 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) - DOCTRINA - 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. HC 84412, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

¹⁰⁸⁷ Toda o detalhamento da *concepção do direito como integridade*, de Ronald Dworkin, tal como eu compreendi, após alguns anos de leituras de suas obras, de aulas no mestrado e doutorado, de debates com outros interlocutores e outras fontes de pesquisa, eu o desenvolvi no item 3.1.1 dessa tese.

do direito como integridade. Restrinjo-me, nesse momento, a afirmar que, com essa concepção de direito, se ela for seguida a risca, embora ela não proponha um método – ao contrário, há mais metáforas para orientar –, não há espaço para discricionariedade no direito penal, nem mesmo em relação à técnica de dosimetria da pena, diante de todo o material jurídico já produzido na história institucional da nossa comunidade política, e, se isso for feito, poderá haver uma amenização da violência estrutural das agências do sistema penal, que têm *accountability* na comunidade política, devendo prestar contas e os seus agentes envolvidos serem responsabilizados sobre por que inobservaram os juízos de coerência (ajuste ou *fit*) e de integridade (valor ou *valous*) em seus processos decisórios afetos à questão criminal. Os princípios do direito penal, nessa perspectiva, devem sempre ser interpretados e aplicados *sob sua melhor luz*, contribuindo para a concretização das políticas criminais, a partir das sinalizações das criminologias, bem como para a proteção suficiente dos bens jurídicos e dos direitos fundamentais dos cidadãos, individuais e coletivos *lato sensu*.

A analogia, para Tércio Sampaio Ferraz Jr., na obra *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, não é fonte do Direito, mas um instrumento técnico de que se vale o juiz para suprir a lacuna. Por adotar a concepção interpretativista de Direito, de Ronald Dworkin, não posso admitir que há lacunas no Direito – que é muito mais do que aquilo que lei prevê expressamente –, e sim uma “única resposta correta”, a ser construída a partir dos critérios de coerência, com a história institucional da comunidade política, e de integridade, com princípios de moralidade política, revendo, sempre que necessário, *sob sua melhor luz*. Nenhuma teoria do direito conseguiu criar uma metodologia jurídica convincente que evitasse a discricionariedade. Trata-se de oportunizar na experiência jurídica a construção da norma jurídica a partir da intersubjetividade. Quando o juiz aplica a analogia *in bonam partem*, no Direito Penal, a partir de critérios de coerência e de integridade do Direito, em uma perspectiva intersubjetiva, acrescenta algo novo no Direito, que a decisão judicial criou para solucionar o caso concreto. Por isso, compreendo a analogia *in bonam partem* como uma fonte do direito penal. Atualmente, ninguém admite a analogia *in malam partem*, porque é incompatível com a dimensão formal da legalidade penal. Nelson Hungria não admitia sequer a analogia *in bonam partem*¹⁰⁸⁸, mas terei que dele discordar, pois, mesmo a concepção *in the books* da legalidade penal compreende

¹⁰⁸⁸ Conforme referenciei no item 1.1, da Parte I, dessa Tese.

que o cidadão deve ser protegido *com* o direito penal e *contra* o direito penal. A partir do *direito geral de liberdade*¹⁰⁸⁹, previsto, no Brasil, no art. 5º, II, da CF/88¹⁰⁹⁰, alguém só pode obrigado a praticar um comportamento ou deixá-lo de fazer se houver uma lei específica, com todas as características exigidas pelas dimensões *in the books* e *in action* da legalidade penal, que respeite o cidadão como um ser racional. Considerando a liberdade, como fundamento material, compreendo a analogia *in bonam partem* como fonte do direito penal. Com a concepção de direito como integridade, considero superada a velha distinção entre analogia *legis* e analogia *juris*, porque essa última refere-se à categoria dos princípios gerais do direito.

Com essas *razões* pretendo mostrar que existe uma nova compreensão das tradicionais fontes do direito penal. Mais uma vez, justifico que adotei a concepção do direito como integridade, somada à metáfora da espiral hermenêutica, por entender que explicam melhor as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro. Não há como evitar, ao se compreender que o direito são *práticas jurídicas interpretativas* e de acordo com a fenomenologia, que, ao tentar descrevê-las, ao mesmo tempo, também tento prescrevê-las *sob sua melhor luz*. Outro motivo pelo qual me aproximei dessa concepção de direito foi porque ela, como um pano de fundo, garante congruência interna ao ordenamento jurídico, a partir da coerência, com o ajuste à história institucional, e da integridade, com correção moral pelas virtudes políticas do liberalismo igualitário. Há conceitos operacionais que captam a dimensão estática (*law in the books*) e dimensão dinâmica (*law in action*) do direito.

4.2 NOVAS FONTES DO DIREITO PENAL PÓS-MODERNO

Reservo para esse subtópico alguns apontamentos sobre fontes do atual direito penal brasileiro, que, tradicionalmente, não são elencadas na literatura penal nacional e estrangeira.

Em relação às fontes de produção de normas penais, inicialmente, é importante perceber que o Congresso Nacional não é o único centro produtor de normas jurídicas no Direito Penal brasileiro, de acordo com as atuais práticas jurídicas.

¹⁰⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 341/392.

¹⁰⁹⁰ Art. 5º, II, CF/88. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O art. 22, I, da CF/88, prevê a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal, e, no seu parágrafo único, prevê, mediante lei complementar federal, a competência legislativa dos Estados-membros e ao Distrito Federal sobre questões específicas. Isso nunca ocorreu ainda nessa ordem constitucional, mas, tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar federal n. 215/2019¹⁰⁹¹, para autorizar os Estados-membros e o Distrito Federal legislarem sobre quase todos os tipos penais do direito penal clássico e sobre questões processuais relativas a essas infrações penais. Esse projeto de lei é inconstitucional, pois o texto constitucional “sobre questões específicas”, no parágrafo único do art. 22 da CF/88, não tem um grau zero de sentido, é um ponto de partida que, no nível semântico, pressupõe que *o núcleo essencial* da conduta seja criminalizado pela União.

O processo de criminalização primária precisa ser equipado com prévios estudos de impactos legislativos, a partir de dados da nossa realidade brasileira, ao invés de justificar esses projetos de lei penal com a reprodução de discursos punitivos, influenciados pelas mídias e outros aparelhos de reprodução ideológica, visando a reduzir a violência estrutural do sistema penal, conforme Carolina Costa Ferreira¹⁰⁹² e Ademar Borges Sousa Filho¹⁰⁹³ bem destacaram em suas teses doutorais, bem como de acordo com o *common ground* formado a partir de precedentes judiciais estrangeiros (Colômbia¹⁰⁹⁴, EUA¹⁰⁹⁵, Peru¹⁰⁹⁶) e de precedentes judiciais internacionais (TEDH¹⁰⁹⁷ e TJEU¹⁰⁹⁸) sobre o princípio da deliberação suficiente.

¹⁰⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados Projeto de Lei Complementar federal n. 215/2019. Deputado Lucas Redecker. Apresentado no dia 11.09.2019. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0rhnm5w31im7c4ldica pj4lo22762984.node0?codteor=1806136&filename=PLP+215/2019. Acesso em 22.05.2022. Atualmente está pendente de análise pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Esse projeto de lei padece de graves vícios materiais de inconstitucionalidade. Além de violar limites constitucionais materiais para a intervenção penal, como o princípio da intervenção mínima (*lege necessariae*), causaria uma incongruência sistêmica no Direito Penal brasileiro difícil de ser administrada. Esse projeto de lei está desacompanhado de estudos de impacto legislativo, de modo que sequer se tem diagnósticos e prognósticos, a partir de pesquisas, se essa política criminal tão ampla e dessa forma seria algo positivo para a sociedade brasileira. E sua exposição de motivos é insuficiente, pois basicamente tenta se justificar que “*historicamente, a legislação criminal brasileira pouco tem observado as marcantes diferenças deste imenso território*” e menciona, de modo superficial e genérico, dados do IPEA sobre taxas de alguns crimes.

¹⁰⁹² FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D’Plácito, 2017.

¹⁰⁹³ SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, ebook.

¹⁰⁹⁴ Na Sentença C-40, de 2010, da Corte Constitucional da Colômbia, reconheceu vício formal de inconstitucionalidade de lei por violação ao princípio da deliberação suficiente. “*Esta exigencia, debe anotarse, no está basada simplemente en consideraciones propias del procedimiento legislativo, sino que está fuertemente vinculada con presupuestos básicos de la democracia constitucional. En efecto, lo que*

A Administração Pública, direta e indireta, de todos os níveis federativos, é fonte de produção de complementos de leis penais em branco heterogêneas. Os Tribunais Superiores e os Tribunais de 2º grau, no âmbito nacional, e as Cortes Internacionais, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e no sistema global, também são fontes de produção de normas penais. Além dessas, também são fontes de produção de normas penais negociadas, nos crimes de ação penal pública, de um lado, o Ministério Público e a Autoridade Policial, e, de outro lado, os investigados e denunciados; e, nos crimes de ação penal privada, os particulares. Com base na autonomia privada e no princípio da oportunidade regra, são centros produtores de um *direito penal negociado*. Também são fontes de produção de normas penais os órgãos de controle e fiscalização nacionais e internacionais, a exemplo¹⁰⁹⁹ da Unidade de Inteligência Financeira brasileira (COAF¹¹⁰⁰) e do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF¹¹⁰¹), bem como Programas de Governança,

persigue el principio de consecutividad es garantizar la debida formación de la voluntad democrática de las cámaras, de manera tal que cada uno de los asuntos que luego ingresan a ser parte del ordenamiento jurídico positivo, estén precedidos de una deliberación suficiente". Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-040-10.htm>. Acesso em 22.05.2022.

¹⁰⁹⁵ No caso *Reno v. American Civil Liberties Union* (512 U. S. 844, 1997), a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional, por falta de estudos legislativos, a *Communications Decency Act*, sobre a proibição da pornografia infantil na internet.

¹⁰⁹⁶ Sentença 0006-2018-PI, do Tribunal Constitucional do Peru, que declarou inconstitucional uma lei, em cujo processo legislativo, de acordo com o direito interno, era possível dispensar o segundo turno de votação, mas considerou que houver limitação excessiva dos espaços de debate legislativo.

¹⁰⁹⁷ Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso *Hirst v. U.K.*, 2005, declarou inválida lei inglesa que restringia sem *debate parlamentar substancial* o voto dos presos; e no caso *Evans v. U.K.*, declarou válida o *Human Fertilisation and Embriology* por considerar que resultou de detalhado processo legislativo, com estudos prévios, consultas e debates.

¹⁰⁹⁸ Tribunal de Justiça da União Europeia. No Caso C-92/09, 2010, o TJUE invalidou uma lei que não considerou outras alternativas menos restritivas para os direitos fundamentais e que poderiam atingir a mesma finalidade, que, no caso, também era o combate à pornografia.

¹⁰⁹⁹ O GAFI, o COAF e a CVM são apenas exemplos de órgão de controle e fiscalização em algumas temáticas (lavagem de dinheiro, terrorismo e armas de destruição em massa). Há outros exemplos em outras áreas temáticas, como a CGU (Controladoria-Geral da União) em relação a corrupção e outras infrações contra a administração pública, bem como infrações às licitações e contratos da administração pública; o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em relação a infrações contra a ordem econômica.

¹¹⁰⁰ Art. 14, Lei 9.613/98. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. §2º. O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores. §3º. O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito. O COAF foi reestruturado pela Lei 13.974/2020.

¹¹⁰¹ GAFI. O Grupo de Ação Financeira contra Lavagem de Dinheiro e combate ao Terrorismo (GAFI), criado em 16.07.1989 por uma Cúpula do *G7 Research Group*, em Paris, é um órgão de vigilância global e intergovernamental que estabelece padrões internacionais com o objetivo de prevenir essas atividades

Gestão de Riscos e *Compliance* nacionais e internacionais (art. 14, §1º, Lei 9.613/98; art. 7º, VIII, Lei 12.846/2013¹¹⁰² c/c Decreto 8.420/2015). São centros produtores de uma nova espécie de direito penal preventivo e de distribuição de responsabilidades penais às pessoas físicas e jurídicas. A comunidade política é fonte de produção de complementos, em perspectiva intersubjetiva, de tipos penais abertos; de princípios de moralidade política com força normativa; e de equidade.

Quanto às fontes de conhecimento do Direito Penal, é preciso, antes de tudo, usar a classificação normas penais incriminadoras e normas penais não incriminadoras. As normas penais incriminadoras têm como fontes de conhecimento: 1) Leis ordinárias e complementares federais; 2) Leis ordinárias e complementares estaduais; 3) Precedentes dos Tribunais Superiores; 4) Precedentes dos Tribunais de 2º grau; 5) Súmulas, vinculantes e persuasivas; 6) Jurisprudência; 7) Doutrina; 8) Atos administrativos federal, distrital, estadual e municipal; 9) Complementos culturais intersubjetivos; 10) Diretivas Principlológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Gestão de Riscos e *Compliance*; 11) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais; 12) Acordos na Justiça Penal negociada. Enquanto as fontes de conhecimento das normas penais não-incriminadoras são: 1) Constituição; 2) Tratados internacionais; 3) Leis ordinárias e complementares federais; 4) Leis ordinárias e complementares estaduais; 5) Medidas Provisórias; 6) Precedentes judiciais dos Tribunais Superiores; 7) Súmulas, vinculantes e persuasivas; 8) Precedentes judiciais de Tribunais de 2º grau; 9) Precedentes judiciais das Cortes Internacionais; 10) Jurisprudência; 11) Atos administrativos em geral; 12) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais; 13) Diretivas Principlológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Gestão de Riscos e

ilegais e danos à sociedade. Inicialmente, o objetivo foi o combate à lavagem de dinheiro. A partir de 2001, ampliou suas atribuições para combater também o financiamento ao terrorismo. Em 2012, houve extensão de suas atribuições para combater também o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa. <http://www.g8.utoronto.ca/summit/1989paris/communique/index.html>. Acesso em 23.05.2022.

¹¹⁰² Art. 14, §1º, Lei 9.613/98. As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do *caput* serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Compliance; 14) Princípios de moralidade institucional da comunidade política; 15) Costumes; 16) Analogia *in bonam partem*; 17) Equidade; 18) Acordos na Justiça Penal negociada; 19) Doutrina. Comentarei doravante as fontes de conhecimento do direito penal que não abordei no subtópico anterior.

As Diretivas Principiológicas, Deontológicas e Diceológicas produzidas por Programas de Governança, Gestão de Riscos e *Compliance*, nacionais e internacionais, são fontes de conhecimento do direito penal preventivo, relacionado ao *risco*¹¹⁰³, na medida em que esses parâmetros de conduta, códigos de ética, gestão do risco, governança corporativa e boas práticas constituem *fontes de deveres* para as pessoas físicas das empresas, exigências de *estar em conformidade (comply)*, que, como *vasos comunicantes*¹¹⁰⁴ com a dogmática jurídico-penal, integram os tipos penais, como complementos de seus elementos normativos, referentes a crimes omissivos próprios, com *deveres genéricos de agir*, referentes a crimes omissivos impróprios, nos quais essas pessoas físicas, que assumem a posição de garantes, a teor do art. 13, §2º, *a, b e c*, do CP¹¹⁰⁵, devem *evitar* violação aos *deveres especiais de agir e de evitar o resultado*, bem como, a teor do art. 18, II, do CP¹¹⁰⁶, referentes a crimes culposos, devendo essas pessoas evitarem a inobservância do *dever objetivo de cuidado*. Os deveres previstos nas diretivas dos programas de *criminal compliance* são aqueles que se violados pelas pessoas físicas das empresas, submetidas a essas normas *soft law*, com dolo ou culpa – sendo discutível a compatibilidade da teoria estrangeira da *cegueira deliberada*¹¹⁰⁷ perante o princípio da culpabilidade –, justificarão a responsabilidade penal. Esses *deveres* impostos pelos programas de *criminal compliance* às pessoas físicas das empresas são fontes de conhecimento de normas penais incriminadoras, referentes a crimes omissivos, próprios e impróprios, e crimes culposos, em áreas específicas do

¹¹⁰³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹¹⁰⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Compliance no direito penal de common law**. Revista de Estudos Criminais do TJDF. v. 18, n. 73, Brasília: 2019, abr./jun., p. 77/104.

¹¹⁰⁵ Art. 13, §2º, CP. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por li obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹¹⁰⁶ Art. 18, CP. Diz-se o crime: II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

¹¹⁰⁷ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2000; TOBLER, Giseli Caroline; ROSA, Alexandre Morais da; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Cegueira deliberada: o dolo na lavagem de dinheiro em face das heurísticas e vieses decisórios**. Florianópolis: Emais Editora & Livraria Jurídica, 2020; EISELE, Andreas. **Cegueira deliberada e dolo eventual**. Salvador: JusPodivm, 2021.

direito penal, como, por exemplo, em crimes contra a administração pública, crimes contra o sistema financeiro nacional, crime contra a ordem econômica, sobretudo, a lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem tributária e crimes ambientais. Essas diretivas dos programas de governança, gestão de riscos e *compliance*¹¹⁰⁸ exercem também outras funções político-criminais, como a aferição, a verificação e a distribuição de responsabilidade penal entre as pessoas físicas das empresas.

Além disso, essas diretivas também são fontes de conhecimento de normas penais não-incriminadoras. Um caso ilustrativo no qual a existência de um efetivo programa de *criminal compliance* na empresa ajudou a enfraquecer a intervenção de medidas cautelares no processo penal ocorreu na situação julgado pelo STJ, 6ªT, RHC 120261/SP¹¹⁰⁹, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 26.05.2020.

¹¹⁰⁸ ALMEIDA, Luiz Eduardo de. **Governança Corporativa**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “*atualmente, contudo, a amplitude da governança corporativa aumentou significativamente também abrangendo sociedade que não estão listadas na bolsa de valores, empresas estatais, pequenas e médias empresas, entidades do terceiro setor, empresas familiares, entre outras. Do ponto de vista social, governança corporativa visa preservar o interesse de todos, na medida em que a sua ausência ou falhas de gestão podem causar grandes impactos e prejuízos econômicos, sociais e ambientais*”.

¹¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 120261/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 26.05.2020. Ementa: RECURSO EM HABEAS CORPUS. INSIDER TRADING. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO. PROIBIÇÃO DE EXERCER CARGO OU FUNÇÃO NAS EMPRESAS INVESTIGADAS. REQUISITOS CAUTELARES. NOVO QUADRO FÁTICO. ENFRAQUECIMENTO DA NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DE UMA DAS CAUTELARES. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO.

1. A decisão que decreta a prisão cautelar ou que impõe medidas cautelares a ela alternativas é uma decisão tomada rebus sic stantibus, pois está sempre sujeita à verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou o motivo que a justificou, quer para sua manutenção, nas hipóteses em que permanecem hígidas as circunstâncias que a justificaram, o que se coloca em conformidade com a redação atual do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal.

2. Tal como ocorre com a preventiva, as cautelares também se submetem a três máximas parciais que compõem a proporcionalidade:

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que inclui, no particular, a necessidade de escolha, entre as medidas cabíveis, a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo.

3. Reside a controvérsia, no caso, em saber se as cautelares impostas ao recorrente, sobretudo a que diz respeito à proibição de ocupar cargos ou funções nas empresas envolvidas nas ilicitudes objeto da ação penal permanecem idôneas frente à nova realidade fática.

4. Tal questionamento mostra-se ainda mais relevante quando constatado que o pleito da defesa se imbrica com a própria subsistência salutar da atividade econômica que desenvolvem as empresas dirigidas pelo acusado, haja vista a essencialidade da sua participação no grupo empresarial, a qual é verificada pela própria liderança que exerce e pela responsabilidade que recai sobre si na tomada de decisões estratégicas, com o comprometimento da atividade econômica e reflexos sociais consideráveis.

5. A fim de dirimir tal questão, dois aspectos que se somam devem ser reavaliados: o primeiro é o fato de que a instrução criminal caminha para o seu término, sendo certo que não há notícia de que o recorrente haja obstaculizado ou prejudicado o escorreito desenvolvimento do processo; o segundo, diz respeito à relevante importância que tem o acusado na gestão das empresas, argumento esse reforçado pela situação global de pandemia e pela necessidade de tomada de decisões que visem a preservar a atividade produtiva, os empregos e a arrecadação.

Winfried Hassemer, na apresentação da edição brasileira da sua obra *Direito Penal libertário*, disse que

à primeira vista, o direito penal não é libertário, mas limitador da liberdade e em nada altera o fato de que o direito penal, em toda parte do mundo moderno, transforma-se, no momento, com seus instrumentos modernos, tendencialmente, em constelações modernas, como, por exemplo, o direito penal econômico, o direito penal ambiental ou o direito penal tributário, em *soft law*, que mais controla, fiscaliza, negocia ou ameaça do que, realmente, pune. Essa expansão do direito penal moderno em searas burocráticas dos *white collars* não conduz à eliminação dos problemas sangrentos decorrentes dos *blue collars*.¹¹¹⁰

Somado a essas normas dos programas de *criminal compliance*, os órgãos de controle e fiscalização têm emitido *marcos normativos, regulatórios e operacionais* de boa governança empresarial e controle de condutas, dos quais também emanam deveres jurídicos que complementam os tipos penais de crimes omissivos e crimes culposos, em relação às pessoas físicas de empresas. No âmbito internacional, é possível ilustrar com

6. Desde o julgamento do HC n. 422.113/SP, ocorrido em 20/2/2018, até o momento, já se passaram mais de 2 anos e 3 meses. Nesse período, não há notícia de que o acusado haja descumprido nenhuma das cautelares impostas e o processo caminha para o seu desfecho.

Além disso, os autos indicam, sem margem a dúvidas, que o requerente celebrou acordo de leniência com o Ministério Público, no qual se comprometeu a instalar regras de conformidade em suas empresas, o que, como reconhecido pelo Parquet federal, vem sendo cumprido.

7. Segundo a defesa, além da implementação de um rigoroso sistema de *compliance* nas empresas do grupo J&F, houve a estruturação das equipes que atuam nesta área, com uma evolução visível na contratação de colaboradores, que faz parte do aprimoramento e da evolução dos programas de conformidade das empresas do grupo. Sob o prisma da necessidade de se impedir a reiteração na prática delitiva, portanto, observa-se que houve sensível modificação dos fatos desde a análise do HC n. 422.113/SP. Se naquela oportunidade tal risco já não era tão acentuado, a ponto de permitir a inflição de medidas alternativas à prisão, agora houve um enfraquecimento substancial de que o recorrente venha praticar novos delitos com a utilização das empresas.

8. São imprevisíveis os impactos negativos que essa crise sanitária mundial produzirá na economia de cada país e, especialmente, na higidez financeira e na capacidade produtiva das empresas nacionais e multinacionais, com perspectiva de perdas substanciais de capital e prejuízos incalculáveis aos trabalhadores e aos consumidores de produtos e serviços de um modo geral.

9. Avulta de importância o fato de haver o recorrente se comprometido a pagar à União a quantia astronômica de R\$10.300.000, 00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), meta que, diante das circunstâncias excepcionais do momento, e mesmo a médio ou longo prazo, se antevê como de difícil atingimento.

10. Nessa perspectiva e lastreado nesses aspectos, autoriza-se a modificação da situação cautelar do recorrente, de maneira a que sejam conciliados os interesses cautelares tutelados pelas já implementadas medidas alternativas à prisão com os interesses, igualmente legítimos, de desenvolvimento da atividade empresarial do recorrente, com a preservação da higidez das empresas.

11. Recurso em habeas corpus provido, para afastar a proibição de participar, diretamente ou por interposta pessoa, de operações no mercado financeiro e de ocupar cargos ou funções nas pessoas jurídicas que compõem o grupo de empresas envolvidas nas ilicitudes objeto da ação penal a que responde o acusado, mantendo, contudo, as demais cautelares impostas. Em razão da idêntica situação processual do corréu Wesley Mendonça Batista, estendo a ele os efeitos dessa decisão, nos termos do art. 580 do CPP (STJ. RHC n. 120.261/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 5/6/2020.).

¹¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001), p. xvi.

as *FATF Recommendations 2012*¹¹¹¹, *Methodology 2013*, *Procedures for FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations*, *Consolidated Processes and Procedures for Mutual Evaluations and Follow-Up*, *Manuais de Orientação e de Melhoras Práticas*¹¹¹², *Consultas Públicas e Notas Interpretativas*, do *Financial Action Task Force* (FATF¹¹¹³), conhecido em português como *Grupo de Ação financeira contra a Lavagem de Dinheiro, o Financiamento do Terrorismo e de Armas de Destruição*

¹¹¹¹ GAFI. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Tradução de Deborah Salles. Fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em 23.05.2022.

¹¹¹² FATF. *Financial Action Task Force. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Tradução de Deborah Salles. Fevereiro de 2012, p. 203/204. “Anexo: Documentos de Orientação do GAFI: Orientações de Melhores Práticas no Fornecimento de Feedback para Instituições Financeira e Outras Entidades (junho de 1998); Orientações para as Instituições Financeiras sobre a Detecção do Financiamento do terrorismo (abril de 2002); Melhores Práticas Internacionais: Combate ao Abuso das Organizações sem fins Lucrativos (outubro de 2002); Melhores Práticas Internacionais: Combate ao Abuso dos Sistemas Alternativos de Remessa (junho de 2003); Implementação das Medidas Financeiras das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas para o Combate à Proliferação de Armas de Destruição em Massa (junho de 2007); Orientações sobre a Abordagem baseada em Risco (junho de 2007 / outubro de 2009); Novos documentos que incluem orientações sobre ABR para: setor financeiro, corretores de imóveis, contadores, prestadores de serviços a empresas e Trusts; comerciantes de metais preciosos e pedras preciosas; cassinos; profissionais jurídicos; prestadoras de serviços financeiros; e setor de seguros de vida; Implementação das Proibições Financeiras baseadas em atividades da Resolução 1737 do Conselho de Segurança da ONU (outubro de 2007); Capacitação para Avaliações Mútuas e Implementação dos Padrões GAFI em Países de Menor Capacidade (fevereiro 2008); Melhores Práticas sobre Lavagem de Dinheiro baseada em Comércio (junho 2008); Implementação das Medidas Financeiras da Resolução 1803 do Conselho de Segurança da ONU (outubro de 2008); Melhores Práticas Internacionais: Bloqueio de Bens de Terroristas (junho de 2009); Manual de Melhores Práticas: Confisco (R.3 e 38) (fevereiro de 2010); Melhores Práticas Internacionais: Detecção e Prevenção do Transporte Transfronteiriço Ilícito de Dinheiro e Outros Instrumentos Negociáveis ao Portador (fevereiro de 2020); Melhores Práticas Internacionais: Gerenciamento das Implicações dos Programas de Conformidade Fiscal Voluntária em Políticas Antilavagem de Dinheiro e de Combate ao Financeiro do Terrorismo (outubro de 2010); Orientações do GAFI sobre Medidas Antilavagem de Dinheiro e de Combate ao Financiamento do Terrorismo e Inclusão Financeira (junho de 2011)”. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em 23.05.2022.

¹¹¹³ FATF. *Financial Action Task Force. Annual Report: 2020/2021*. Mais de 200 países se comprometeram em implementar as *Recomendações do GAFI* contra o crime organizado, a lavagem de dinheiro, a corrupção, o terrorismo, o tráfico de drogas, o financiamento de armas de destruição em massa e outros crimes. O Brasil é um dos seus membros, desde 2000. O GAFI também analisa técnicas de lavagem de dinheiro para atualizar continuamente seus *standards*, como, ultimamente, por exemplo, sobre ativos virtuais (*blockchain*, *bitcoin*, *ativos criptográficos*, *moedas virtuais e outros*). No âmbito da América Latina, como um desdobramento do GAFI, há o GAFILAT (Grupo de Ação Financeira da América Latina), integrado também pelo Brasil. Em 2019, o GAFI expediu declaração em desfavor do Brasil, expressando sua profunda preocupação com a continuidade do Brasil de falhar em corrigir as deficiências graves identificadas em seu terceiro relatório de avaliação mútua, de junho de 2010. Essa preocupação do GAFI em relação ao Brasil também foi objeto de declarações em 2016, 2017 e 2018. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/about/>, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/Annual-Report-2020-2021.pdf>. e <http://www.fatf-gafi.org/countries/#GAFILAT>. Acesso em 23.05.2022.

(GAFI¹¹¹⁴). E, no âmbito nacional, ilustro com a normativa emitida pela Unidade de Inteligência Financeira brasileira (Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF¹¹¹⁵), que atua, essencialmente, na prevenção e combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa (PLD/FTP), cabendo-lhe, entre outras atribuições, as funções de *receber*¹¹¹⁶ (de setores obrigados e de autoridades as *comunicações de operação em espécie*, COE, e as *suspeitas*, COS; e também denúncias), *analisar*¹¹¹⁷ (as comunicações e as denúncias resultam em Relatórios de Inteligência Financeira, RIFs, a partir da *avaliação do risco* das operações e das partes envolvidas; e de acordo com um *método preditivo*¹¹¹⁸) e *disseminar*¹¹¹⁹ informações (quando são identificadas fundadas suspeitas

¹¹¹⁴ BRASIL. COAF. GAFI. Disponível em <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/sistema-internacional-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro/o-coaf-a-unidade-de-inteligencia-financeira-brasileira>. Acesso em 23.05.2022.

¹¹¹⁵ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado a partir do art. 14 da Lei 9.613/98, foi reestruturado pela Lei 13.974/2020. Segundo essa nova lei, o COAF tem autonomia técnica e operacional em todo o território nacional, vinculando-se ao Banco Central do Brasil (art. 2º). Entre suas atribuições, compete ao COAF “*produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro*” (art. 3º, I) e “*promover a interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com suas atividades*” (art. 3º, II). Na estrutura organizacional do COAF, o Plenário é composto por 12 servidores ocupantes de cargos efetivos, escolhidos entre os integrantes do Banco central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, da Agência Brasileira de Inteligência, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Polícia Federal, da Superintendência Nacional de Previdência complementar, da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União (art. 4º, §1º). Entre as atribuições do Plenário do COAF, além das previstas no seu Regimento Interno, está a de “*decidir sobre as orientações e as diretrizes estratégicas de atuação propostas pelo Presidente do COAF*” (art. 4º, §2º, I).

¹¹¹⁶ BRASIL. COAF. Recepção de Comunicações e Denúncias. Disponível em <https://www.gov.br/coaf/pt-br/ acesso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/relatorios-de-inteligencia-financeira-rif>. Acesso em 22.05.2022.

¹¹¹⁷ BRASIL. COAF. Análise de Informações. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/ acesso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/analise-de-informacoes>. Acesso em 22.05.2022.

¹¹¹⁸ BRASIL. COAF. Análise de Informações. “*A segunda etapa é a análise pelo modelo preditivo. Trata-se de modelo estatístico de classificação que seleciona comunicações recebidas para análise individualizada, baseando-se na probabilidade de a comunicação recebida conter elementos de risco. Uma vez selecionada pelo modelo preditivo, a comunicação segue para ser apreciada por um dos analistas do Coaf. A distribuição das comunicações selecionadas pelo modelo preditivo aos analistas é realizada de forma aleatória pelo próprio Siscoaf, não sendo permitido que analistas selecionem quais comunicações serão por eles examinadas. Cumpre ao analista registrar, em uma matriz de risco, as informações coletadas durante a análise da comunicação. Essa matriz estabelece automaticamente o nível de risco da comunicação, somando os pontos calculados de cada fator de risco identificado. Esses fatores podem ser referentes à forma de movimentação comunicada, às partes envolvidas, às regiões geográficas apontadas, à existência de investigações em cursos, dentro outros. A análise individualizada é, portanto, uma terceira etapa de verificação. Se o risco calculado atingir pontuação previamente definida, essa comunicação e outras existentes na base de dados do Coaf passam a compor um processo eletrônico, registrado em uma Central de Gerenciamento de Risco e Prioridades. Em seguida, o processo é distribuído para análise aprofundada a cargo de analista diverso, reforçando a impessoalidade. É nessa etapa que elabora-se o Relatório de Inteligência Financeira (RIF)*”. E, ainda, “*as informações recebidas, quando confrontadas com o conjunto de informações já possuídas pelo Coaf, podem se revelar*

de crime de lavagem de dinheiro e outros ilícitos, os RIFs são encaminhados, por meio eletrônico, às autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis e deflagração de medidas jurídicas, inclusive no âmbito penal).

O GAFI tem uma rede global com oito grupos regionais, entre eles, o GEFILAT (Grupo de Ação Financeira na América Latina); e monitora todos os sistemas de prevenção e combate dos países mediante avaliações mútuas e relatórios de acompanhamento. Por exemplo, nas *FATF Recommendations 2012*, da GAFI, os *standards n. 16, 20, 29 e 35 sobre transferências eletrônicas, comunicação de operações suspeitas, UIFs e sanções* constam como *padrões internacionais que*

As Recomendações do GAFI

Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação

16. Transferências eletrônicas

Os países deveriam assegurar que as instituições financeiras incluam informações requeridas e precisas sobre os remetentes, e informações requeridas do beneficiário no caso de transferências eletrônicas e mensagens relacionadas, e que as informações permaneçam com a transferência ou mensagem relacionada por toda a cadeia de pagamento.

Os países deveriam garantir que as instituições financeiras monitorem as transferências eletrônicas, com vistas a detectar aquelas nas quais faltem informações de remetentes e/ou beneficiários e tomar as medidas apropriadas.

Os países deveriam assegurar que, ao processar uma transferência eletrônica, as instituições financeiras adotem medidas de congelamento, além de proibir a realização de transações com pessoas e entidades designadas, de acordo com as obrigações definidas nas Resoluções relevantes do Conselho de Segurança das Nações Unidas, tais como a Resolução 1267 (1999) e Resoluções sucessoras, e a Resolução 1373 (2001), relativas à prevenção e supressão do terrorismo e do financiamento do terrorismo.

(...) 20. Comunicação de operações suspeitas

Se uma instituição financeira suspeitar ou tiver motivos razoáveis que os fundos sejam produtos de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo, ela deveria estar obrigada, por lei, a comunicar prontamente suas suspeitas à unidade de inteligência financeira (UIF).

(...) 29. Unidades de Inteligência Financeira

Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise: (a) comunicações de operações suspeitas; (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente.

significativas para identificação de fundados indícios da prática de crime de lavagem de dinheiro e de outros ilícitos. Se concluída pela existência de fundados indícios do cometimento de ilícitos, elabora-se o RIF. Todas as comunicações recebidas permanecem na base de dados do Coaf para consulta e elaboração de RIFs e estudos estratégicos". Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/analise-de-informacoes>. Acesso em 22.05.2022

¹¹¹⁹ BRASIL. COAF. Disseminação de Relatórios de Inteligência Financeira. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/inteligencia-financeira-em-numeros>. Acesso em 22.05.2022.

(...) 35. Sanções

Os países deveriam garantir que haja uma variedade de sanções efetivas, proporcionais e dissuasivas, de natureza criminal, civil ou administrativa, a serem aplicadas às pessoas físicas e jurídicas cobertas pelas Recomendações 6, e de 8 a 23, que não cumpram as obrigações ALD/CFT. As sanções deveriam se aplicar não somente a instituições financeiras e APFNDs, mas também seus diretores e a alta gerência¹¹²⁰.

Por sua vez, a Comissão de Valores Mobiliários, que está conectada ao Plenário do COAF (art. 4º, §1º, II, Lei 13.974/2020), por exemplo, recentemente, emitiu a Resolução CVM n. 50/2021, com normas sobre a prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de distribuição em massa (PLD/FTP) no âmbito do mercado de valores mobiliários, relacionando algumas pessoas (semelhante ao art. 9º da Lei 9.613/98¹¹²¹),

¹¹²⁰ FATF. *Financial Action Task Force. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Tradução de Deborah Salles. Fevereiro de 2012, p. 25/27, 36/37 e 40.

¹¹²¹ Art. 9º da Lei 9.613/98. Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira; II - a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial; III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários. Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações: I - as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado; II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização; III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços; IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos; V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*), as empresas de fomento comercial (*factoring*) e as Empresas Simples de Crédito (ESC); VI - as sociedades que, mediante sorteio, método assemelhado, exploração de loterias, inclusive de apostas de quota fixa, ou outras sistemáticas de captação de apostas com pagamento de prêmios, realizem distribuição de dinheiro, de bens móveis, de bens imóveis e de outras mercadorias ou serviços, bem como concedam descontos na sua aquisição ou contratação; VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual; VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros; IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo; X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis; XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.; XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermediem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie; XIII - as juntas comerciais e os registros públicos; XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares; XVI - as empresas de transporte e guarda de

obrigando-as a instituir um programa de *Governance*¹¹²², *Risks*¹¹²³ and *Compliance*¹¹²⁴ (GRC) e de *Environmental, Social and Governance* (ESG)¹¹²⁵, bem como a cumprir

valores; XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização; e XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

¹¹²² ALMEIDA, Luiz Eduardo de. **Governança Corporativa**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “independentemente das divergências conceituais há pontos comuns: governança corporativa se relaciona com o modo como as companhias são geridas e como as decisões de gestão são tomadas. A tomada de decisões nas companhias é assunto bastante antigo no mundo, apesar de o termo *corporate governance* ter sido cunhado na década de 1980 e, no Brasil, o termo *governança corporativa* somente ter sido utilizado no final da década de 1990”. E “Os anos 1990 são extremamente relevantes e com muitos acontecimentos que moldam o que conhecemos hoje como *governança corporativa*. Apresentaremos a seguir uma apertadíssima síntese de alguns fatos relevantes. Em meio a vários grandes escândalos, de 1992 a 1995, em termos mundiais, verifica-se *Cadbury Report* na Inglaterra, a divulgação das diretrizes de *governança corporativa* da *General Motors* e mudanças no comando de grandes corporações por pressão de conselhos (*General Motors*, *IBM*, *Kodak*, *American Express*, entre outras). No Brasil, há a criação do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (“*IBCA*”), que mais tarde mudaria seu nome para Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (*IBGC*”). De 1996 a 2003 foram divulgados vários novos códigos de melhores práticas, o *Cadbury report* foi revisto, ocorreu uma grande crise na Ásia em razão da falta de aplicação de práticas de governança, a OCDE lança o *OECD Principles of Corporate Governance*, temos o emblemático *Arthur Andersen* (responsável pela auditoria externa da *Enron*) é acusada de obstrução de justiça e cessa suas atividades, é aprovada nos Estados Unidos a *Sarbanes-Oxley Act* (*SOx*), vem a público o escândalo *Parmalat* na Europa Continental. No Brasil, O *IBGC* lança o seu código de governança corporativa, a Bolsa cria níveis diferenciados de governança, a *CVM* multa o fundo *JC Penney* em razão da aquisição hostil praticada nas *Lojas Renner*, em 2002 a *CVM* divulga cartilha recomendando que companhias adotem condutas superiores às exigidas por Lei, e, também, no Brasil, há o escândalo *Parmalat*. No período de 2004 a 2008 há uma continuidade na divulgação de códigos de melhores práticas, nos Estados Unidos mais de 130 companhias são acusadas de manipular as datas de concessão de planos de opções de ações dos seus executivos para aumentar os seus lucros, e, finalmente, a grande crise financeira precipitada pela quebra do banco americano *Lehman Brithers*. No Brasil, há uma retomada momentânea do crescimento de *IPOs*, há o caso de tentativa de tomada de controle hostil no caso *Sadia-Perdigão*, há importante reestruturação da *COSAN*, e o escândalo envolvendo o grupo *Agreco*. De 2009 até os correntes dias, com o acirramento da crise financeira, temos uma intensificação da revisão de códigos em razão da exposição de graves deficiências de gestão de riscos e do papel dos conselhos de administração, o prêmio Nobel de Economia é conquistado por *Ostrom* e *Williamson* com estudos em governança, o presidente do conselho da *Satyam* admite ter manipulado o balanço da empresa de modo a impactar a real composição de mais de 90% do caixa, é aprovado o *Dodd-Frank Act* nos Estados Unidos, ocorre a revisão do *OECD Principles of Corporate Governance*. No Brasil, como reflexo da crise financeira a onda de *IPOs* cessa, o primeiro caso de *insider trading* começa a ser apurado na esfera penal, há a primeira condenação pessoal de membros do conselho de administração em razão do descumprimento do dever de diligência (caso *Sadia*), há uma grande elaboração de atos da *CVM* envolvendo assuntos de governança corporativa, bem a público a bilionária fraude no Banco Panamericano, ocorre o julgamento do ‘*Mensalão*’, a reforma da Lei de Lavagem de Dinheiro, a Lei e o Decreto Anticorrupção entram em vigência, há vários casos de corrupção envolvendo grandes empresas brasileiras na ‘*Operação Lava Jato*’”.

¹¹²³ NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar; FERNANDES, Nelson Ricardo. **Gestão de Riscos**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “*Gestão de riscos nada mais é que balancear riscos com controles. A qualidade da gestão de riscos está intimamente ligada à capacidade de definir controles adequados para os riscos críticos existentes de forma proporcional. O primeiro ponto em questão é saber que quanto maior o controle, menor será a performance esperada. Logo, necessita-se que tais controles sejam estabelecidos de forma mais criteriosa possível. Outro ponto que cabe ressaltar são os custos de se desenhar, implementar e manter controles. Os recursos disponíveis para qualquer gestor sempre serão finitos*”. E “para se realizar uma boa gestão de riscos pode-se adotar um método contendo cinco passos fundamentais, nesta ordem: 1. Avaliação e conhecimento do ambiente de negócios interno e do ambiente externo normativo, regulatório

uma série de deveres objetivos de cuidado e deveres de agir e, até mesmo, como *garante*¹¹²⁶, haja vista a possibilidade de se configurar algumas das hipóteses do art. 13, §2º, do CP, e diante da ameaça, no art. 28 dessa Resolução da CVM, de que a violação

e de mercado; 2. Identificação e registro dos riscos específicos de cada setor da organização; 3. Avaliação qualitativa e avaliação quantitativa dos riscos identificados; 4. Planejamento e tomada de atitudes diante dos riscos identificados, registrados e avaliados, conforme as diretrizes da liderança e o ambiente de negócios; e 5. Monitoramento periódico e contínuo de valores da organização, novos riscos e riscos a serem excluídos da avaliação dos riscos e da tomada de atitude”.

¹¹²⁴ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Compliance**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “Num voo panorâmico, a ideia de compliance surgiu por intermédio da legislação norte-americana, com a criação da Prudential Securities, em 1950, e com a regulação da Securities and Exchange Commission (SEC), de 1960, em que se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de compliance, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento de operações. Alguns anos depois, precisamente em 9 de dezembro de 1977, registrou-se na Europa a Convenção relativa à Obrigação de Diligência dos bancos no marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições, cujo descumprimento resultaria na aplicação de sanções, como multas e outras penalidades. Merece destaque ainda o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terrorista de 11 de setembro. Em seu artigo 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro. Em resumo, de forma literal, o termo compliance tem origem no verbo inglês *to comply*, que significa agir de acordo com a lei, uma instrução interna, um comando ou uma conduta ética, ou seja, estar em compliance é estar em conformidade com as regras internas da empresa, de acordo com procedimentos éticos e nas normas jurídicas vigentes. No entanto, o sentido da expressão compliance não pode ser resumido apenas ao seu significado literal. Em outras palavras, o compliance está além do mero cumprimento de regras formais. Seu alcance é muito mais amplo e deve ser compreendido de maneira sistêmica, como um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e sustentabilidade corporativa, preservando a continuidade do negócio e o interesse dos stakeholders”.

¹¹²⁵ BLANCHET, Gabriela Alves Mendes. **ESG: Environmental, Social and Governance**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “O ‘G’, ou seja, a governança corporativa da organização, deve ser desenhado, estruturado, de forma a abranger e endereçar as questões relacionadas ao ‘E’ de environmental ([responsabilidade] ambiental) e ao ‘S’ de social. Afinal, a governança corporativa é a base necessária para propiciar o desenvolvimento das boas práticas ambiental e sociais na empresa”. E “a adoção de prática ‘ESG’ representa uma verdadeira mudança de paradigma, especialmente nas relações entre a organização, seus sócios ou acionistas, seus investidores, administradores e demais stakeholders, uma vez que práticas associadas à sustentabilidade passaram a ser consideradas como parte da estratégia de negócios e financeira das empresas”.

¹¹²⁶ GUIMARÃES, César Caputo; MOREIRA, Rubens de Oliveira; BARBOSA, Nahla Ibrahim. **A responsabilidade criminal do compliance officer e do data protection officer - DPO**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, ebook: “José Lobato e Jorge Martins, ‘por exemplo, se o compliance officer não vigiar o cumprimento do seu programa, e, em razão dessa falha, os crimes forem cometidos dentro de sua esfera de atribuições, sua responsabilização tornar-se-ia factível caso deixasse de reportar aos seus superiores os indícios da prática de crimes que, mediante sua comunicação, pudesse ser evitados. Em contrapartida, se o compliance officer identificar os autores de um crime ocorrido dentro de seu âmbito de competência e reportar, a seus superiores, as informações obtidas, ainda que estes nada façam, ele estará exonerado, uma vez que não ostentaria poder de correção e nem o dever de informar as autoridades públicas’. O Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshot, BGH), nesse mesmo sentido, entendeu que deveria haverá condenação do compliance officer, pois ao assumir a responsabilidade de prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional assume a posição de garante, devendo por isso ser punido criminalmente por ter assumido tal responsabilidade de impedir o resultado”.

desses deveres “*podem ser consideradas graves para efeito do disposto na Lei n. 9.613, de 1998*”, que prevê o crime de lavagem de dinheiro.

Resolução CVM Nº 50, de 31 de agosto de 2021

Art. 1º. São disciplinados pela presente Resolução:

I – o estabelecimento da política de prevenção à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – PLD/FTP, da avaliação interna de risco e de regras, procedimentos e controles internos;

II – a identificação e o cadastro de clientes, assim como as diligências contínuas visando à coleta de informações suplementares e, em especial, à identificação de seus respectivos beneficiários finais;

III – o monitoramento, a análise e a comunicação das operações e situações mencionadas nesta Resolução.

IV – o registro de operações e manutenção de arquivos; e

V – a efetivação, no âmbito do mercado de valores mobiliários (...).

Art. 3º. Sujeitam-se às obrigações previstas nesta Resolução, no limite de suas atribuições:

I – as pessoas naturais ou jurídicas que prestem no mercado de valores mobiliários, em caráter permanente ou eventual, os serviços relacionados à distribuição, custódia, intermediação, ou administração de carteiras;

II – entidades administradoras de mercados organizados e as entidades operadoras de infraestrutura do mercado financeiro;

III – as demais pessoas referidas em regulamentação específica que prestem serviços no mercado de valores mobiliários, incluindo:

a) os escrituradores;

b) os consultores de valores mobiliários;

c) as agências de classificação de risco;

d) os representantes de investidores não residentes; e

e) as companhias securitizadoras; e

IV – os auditores independentes no âmbito do mercado de valores mobiliários. (...)

Art. 4º. As pessoas jurídicas mencionadas nos incisos I a III do art. 3º desta Resolução devem elaborar e implementar política de PLD/FTP contendo, no mínimo:

I – a governança relacionada ao cumprimento das obrigações de que trata esta Resolução, incluindo a descrição circunstanciada de como estão estruturados os órgãos da alta administração, quando aplicável, assim como a definição dos papéis e a atribuição de responsabilidades dos integrantes de cada nível hierárquico da instituição no tocante à elaboração e implementação do processo de abordagem baseada em risco, com especial ênfase para as rotinas previstas nos arts. 17, 18, 20, 21, 22 e 23 desta Resolução;

II – a descrição da metodologia para tratamento e mitigação dos riscos identificados, a qual deve amparar os parâmetros estabelecidos na avaliação interna de risco, contemplando o detalhamento das diretrizes:

a) que fundamentaram a abordagem baseada em risco adotada;

b) para continuamente conhecer:

1. os clientes ativos, incluindo procedimentos de verificação, coleta, validação e atualização de informações cadastrais, bem como demais diligências aplicáveis, de acordo com os arts. 11 e 17; e

2. os funcionários e os prestadores de serviços relevantes;

c) utilizadas para nortear as diligências visando à identificação do beneficiário final do respectivo cliente, conforme os incisos III e IX e o parágrafo único do art. 2º, arts. 13 a 15 e incisos IV do art. 17;

d) de monitoramento e possível detecção das atipicidades, conforme inciso III do art. 17 e art. 20, bem como a especificação de outras situações de monitoramento reforçado; e

- e) acerca dos critérios utilizados para a obtenção dos indicadores de efetividade da abordagem baseada em risco utilizada para fins de PLD/FTP;
- III – definição dos critérios e periodicidade para atualização dos cadastros dos clientes ativos, de acordo com o art. 11, observando-se o intervalo máximo de 5 (cinco) anos;
- IV – se for o caso, a descrição das rotinas que visem pautar as diligências de que tratam os §§2º e 3º do art. 1º do Anexo C; e
- V – as ações que envolvam a identificação das contrapartes das operações realizadas nos ambientes de registro, quando aplicável. (...)

Art. 6º. O diretor de que trata o *caput* do art. 8º deve elaborar relatório relativo à avaliação interna de risco de PLD/FTP, a ser encaminhado para os órgãos da alta administração especificados na política de PLD/FTP, até o último dia útil do mês de abril, contendo além das informações requeridas nos incisos I e II do art. 5º, o que se segue: (...)

Art. 7º. As pessoas jurídicas mencionadas nos incisos I a III do art. 3º desta Resolução devem:

I – adotar e implementar regras, procedimentos e controles internos consistentes com o seu porte, bem como o volume, complexidade e tipo das atividades que desempenham no mercado de valores mobiliários de forma a viabilizar a fiel observância das disposições desta Resolução, contemplando inclusive:

Art. 8º. As pessoas jurídicas mencionadas nos incisos I a III do art. 3º desta Resolução devem indicar um diretor estatutário, responsável pelo cumprimento das normas estabelecidas por esta Resolução, em especial, pela implementação e manutenção da respectiva política de PLD/FTD compatível com a natureza, o porte, a complexidade, a estrutura, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição, de forma a assegurar o efetivo gerenciamento dos riscos de PLD/FTP.

§1º. A nomeação ou a substituição do diretor estatutário a que se refere o *caput* deve ser informada à CMV e, quando for o caso, às entidades administradoras dos mercados organizados, entidades operadoras de infraestrutura do mercado financeiro e à entidade autorreguladora com as quais as pessoas mencionadas nos incisos I e III do art. 3º se relacionem, no prazo de 7 (sete) dias úteis, contados da sua investidura.

Art. 9º. Sem prejuízo da responsabilidade do diretor de que trata o *caput* do art. 8º, os órgãos da alta administração, conforme especificados na política de PLD/FTP, são responsáveis pela aprovação e adequação da respectiva política, da avaliação interna de risco, assim como das regras, dos procedimentos e dos controles internos de que tratam os arts. 4º a 7º.

Art. 10. O auditor independente pessoal natural e o representante do auditor independente pessoa jurídica indicado nos termos da regulamentação específica que dispõe sobre o registro e o exercício da atividade de auditoria independente no âmbito do mercado de valores mobiliários são os responsáveis pelo cumprimento das normas estabelecidas por esta Resolução relativamente aos auditores independentes.

Art. 21. As pessoas mencionadas nos incisos I a IV do art. 3º devem estabelecer um procedimento regular e tempestivo de análise das operações e situações detectadas nos termos do art. 20, individualmente ou em conjunto, com o objetivo de, no limite de suas atribuições, identificar aquelas que configurem indícios de LD/FTP.

Art. 22. As pessoas mencionadas nos incisos I a V do art. 3º desta Resolução devem, em conformidade com o disposto nesta seção e mediante análise fundamentada, comunicar ao COAF todas as situações e operações

detectadas, ou propostas de operações que possam constituir-se em séries indícios de LD/FTP. (...)

Art. 23. As pessoas mencionadas nos incisos I a IV do art. 3º desta Resolução devem comunicar à CVM, se for o caso, a não ocorrência, no ano civil anterior, de situações, operações ou propostas de operações passíveis de serem comunicadas.

Art. 27. As pessoas mencionadas nos incisos I a IV do art. 3º devem cumprir, imediatamente e sem aviso prévio aos sancionados, as medidas estabelecidas nas resoluções sancionatórias do CSNU ou as designações de seus comitês de sanções que determinem a indisponibilidade de ativos, de quaisquer valores, de titularidade, direta ou indireta, de pessoas naturais, de pessoas jurídicas ou de entidades, nos termos da Lei 13.810, de 2019, sem prejuízo do dever de cumprir determinações judiciais de indisponibilidade também previstas na referida lei.

§1º. As pessoas mencionadas nos incisos I a VI do art. 3º devem ainda informar, sem demora, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e à CVM, a existência de pessoas e ativos sujeitos às determinações de indisponibilidade referidas no *caput* a que deixaram de dar o imediato cumprimento, justificando as razões para tanto.

§2º. A indisponibilidade de que trata o *caput* refere-se à proibição de transferir, converter, transladar, disponibilizar ativos ou deles dispor, direta ou indiretamente, incidindo inclusive sobre os juros e outros frutos civis e rendimentos decorrentes do contrato, conforme o previsto no inciso II do art. 2º no §2º do art. 31 da Lei nº 13.810, de 2019.

Art. 28. Para o fim de assegurar o fiel cumprimento do disposto no art. 27, as pessoas mencionadas nos incisos I a IV do art. 3º devem, no limite de suas atribuições, adequar suas regras, procedimentos e controles internos no tocante a todas as relações de negócio já existentes, ou que venham a ser posteriormente iniciadas em seu âmbito, quanto às quais possam ser identificadas como interessadas pessoas físicas, pessoas jurídicas ou entidades alcançadas pelas determinações de indisponibilidade de que trata o art. 27.

Art. 29. Podem ser consideradas graves para efeito do disposto na Lei 9.613, de 1998, as infrações relacionadas aos arts. 4º a 6º e 17 a 28 desta Resolução.¹¹²⁷

Os programas de *compliance*, nos setores privado e público, integram um sistema complexo, interconectado, global e organizado de procedimentos de controle de riscos, com a finalidade de prevenir¹¹²⁸, detectar e corrigir atos não condizentes com as *guidelines*, *standards*, padrões e demais diretivas, internacionais e nacionais, que preveem valores, princípios e, fundamentalmente, deveres objetivos de cuidado e deveres de agir. Como afirma Edmo Colnaghi Neves, Caio Cesar Figueiroa e Nelson Ricardo Fernandes, “*a nova proposta do risk based approach, portanto, aprimora as principais regulamentações internacionais observadas a partir da ideia de ganhos de*

¹¹²⁷ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Resolução CVM n. 50, de 31.08.2021. Disponível em <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol050.html>. Acesso em 22.05.2022.

¹¹²⁸ BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). *Manual de Compliance*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

*efetividade durante a gestão e controle de riscos*¹¹²⁹. Esse sistema contínuo de atividades de controle, que se comunicam e se retroalimentam, organiza-se em três fases¹¹³⁰: o *establishment* (estabelecimento de normas, padrões e mecanismos), o *embedment* (a incorporação à cultura empresarial ou organizacional) e o *enforcement* (aplicação dessas diretivas). O *compliance*, de modo algum, resume-se à mera publicação do código de conduta, políticas institucionais e boas práticas corporativas. As ações concretas e efetivas para prevenir, detectar e punir atos de desconformidade com o Direito são mais importantes. Portanto, essas diretivas normativas dos programas de *criminal compliance* e as normativas dos órgãos de controle e fiscalização nacionais e intergovernamentais, a meu sentir, são fontes de conhecimento do direito penal, tanto de normas penais incriminadoras, como das não-incriminadoras. Registro, de passagem, a coincidência feliz, nas dimensões semióticas da sintaxe e da semântica, com significante *integridade*, em língua portuguesa, que está nas expressões *programa de integridade (compliance)* e *concepção do direito como integridade (teoria do direito)*, de modo que, também da dimensão semiótica da pragmática, devem se alinhar *sob sua melhor luz*.

Outra nova fonte de conhecimento no Direito Penal brasileiro, conforme aprofundi no item 2.3 da Parte I dessa Tese, para demonstrar a crise da legalidade penal e da tradicional teoria das fontes do direito penal moderno, está nos negócios jurídicos celebrados no âmbito da Justiça Penal negocial. Esses acordos veiculam normas penais incriminadoras e normas penais não-incriminadoras, as quais, em alguns casos, como mencionei no item acima, criam regras jurídicas que não existem na lei penal nem em outra fonte do direito penal, senão decorrem da autonomia privada e de acordo com o princípio da oportunidade regrada, entre a acusação e a defesa. Substituiu-se a verdade real, que não é alcançável e filosoficamente refutada, por uma verdade construída pelo consenso. Anoto, contudo, minha opinião pessoal quanto à falta de necessidade de confissão formal e de reconhecimento de culpabilidade para viabilizar alguma barganha negocial com a acusação, pois acredito que nem a confissão nem a *guilty plea* sejam imprescindíveis, e, para mim, ainda se trata de um resquício de autoritarismo no âmbito criminal, que, no futuro, deveremos nos livrar, no âmbito da

¹¹²⁹ NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar; FERNANDES, Nelson Ricardo. **Gestão de Riscos**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

¹¹³⁰ CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

Justiça Penal negociada, como uma *medida de redução de danos na persecução penal*, haja vista que suas exigências geram a submissão de uma pessoa ao solipsismo de outra, o membro do Ministério Público ou à Autoridade Policial, e geram mais efeitos negativos do que positivos (estigmatização social, memórias psicológicas desagradáveis à pessoa humana e puro exercício de *potestas* sem *ratio*). Entendo que as finalidades da pena podem ser atingidas, na Justiça Penal negociada, com a construção de cláusulas do acordo necessárias e suficientes à diretriz de que o suposto crime não compensou para o investigado ou o acusado ou o condenado que ainda cumpre pena.

Adiciono a equidade como fonte de conhecimento do Direito Penal brasileiro, a partir do quadro referencial da filosofia da linguagem e da concepção do direito como integridade. Por exemplo, a aplicação de equidade quando se exclui a Culpabilidade, no processo penal, com o reconhecimento da causa supralegal inexigibilidade de conduta diversa, nas situações concretas em que o agente não teve espaço de liberdade para agir de modo diferente como se comportou; ou, para além da inexigibilidade de conduta diversa, quando se decide, diante das peculiaridades do caso concreto, que não há reprovação social da conduta do agente, uma vez que a categoria Culpabilidade ainda carece de melhoramentos pela dogmática jurídico-penal *unfinished* e ainda não rende tudo o que poderia como juízo de reprovação social, após a análise dos seus elementos (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Por exemplo, um empresário, na administração de uma empresa, que enfrenta dificuldades em seu setor econômico durante a pandemia, desconta as contribuições previdenciárias da remuneração dos seus funcionários e, com consciência e vontade – refiro-me não ao dolo natural, na perspectiva da filosofia da consciência, mas ao dolo na perspectiva da filosofia da linguagem, o qual é atribuído intersubjetivamente a partir do contexto por quem julga o agente –, deixa de repassá-las à previdência social, no prazo e forma legal. Esses valores, correspondentes às contribuições previdenciárias apropriadas, permite que a empresa continue a funcionar por mais algum tempo, na tentativa de sobreviver no mercado e de manter os empregos dos seus funcionários, até que, em cenário financeiro mais favorável para a empresa, o empresário consiga realizar um parcelamento ou pagamento integral ao Fisco federal. Tenho para mim que, nesse caso, apesar de haver Fato Típico e Ilícitude, não há Culpabilidade, por aplicação de inexigibilidade de conduta diversa, e, portanto, exclusão do crime tipificado no art. 168-A do Código Penal. Houve aplicação da equidade.

No Direito brasileiro vigente, há o art. 140, p. único, do CPC/15 que prevê “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos por lei”. E um desses “casos previstos por lei”, atualmente, está no art. 85, §8º, do CPC/15: “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º”. Outro caso está no art. 157, §2º, do CPC/15. No processo penal brasileiro vigente, de modo explícito e com respaldo constitucional (art. 5º, XXXVIII, CF/88, sigilo das votações e soberania dos vereditos no júri), eu aponto o art. 483, III e §2º, do CPP, sobre o quesito “o jurado absolve o acusado?” e, nesse ponto, entendo que poderá se valer do juízo de equidade; e, mesmo que se adentre ao debate, que a decisão dos jurados foi “manifestamente contrária à prova dos autos”, que é uma das hipóteses de cabimento da Apelação Criminal (art. 593, III, d, CPP), se, no segundo julgamento, esse mesmo juízo de equidade se mantiver por novo Conselho de Sentença, “não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação” (art. 593, §3º, CPP). Os juízos de equidade, no direito penal, podem ser desenvolvidos, por exemplo, dentro da tese da *inexigibilidade de conduta diversa*, que, se aceita, exclue a categoria *Culpabilidade*, que se refere ao juízo de reprovação social, do sistema de imputação racional jurídico-penal.

Outro exemplo da equidade funcionando como fonte de conhecimento do Direito Penal brasileiro pós-moderno está em uma situação no qual uma norma penal incriminadora é afastada por ser tão injusta no caso concreto, que foge da normalidade para a qual a regra jurídica foi criada. Isso ocorre com a técnica da derrotabilidade de regras, a partir de um juízo de equidade, que a tradição *common law* conhece como *defesiability*, tema que foi tratado, pela primeira vez, no texto *The Ascription of Responsibility and Rights*¹¹³¹, de Herbert Hart, publicado em 1948. Por exemplo: o plantio de poucos pés de maconha, no interior do país, sem autorização da ANVISA e de qualquer outro órgão, em casa, com o fim específico de uso medicinal, visando à fabricação caseira de um óleo de *cannabis* para reduzir as convulsões epilépticas em uma criança, filha do agente. O tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 sofre, nesse caso concreto, uma *defesiability*. Vale lembrar que os Tribunais Superiores não admitem a

¹¹³¹ HART, Herbert. *The ascription to responsibility and rights*. In: *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, London, Vo. 49, p. 1948, p. 171/194. Disponível em <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>. Acesso em 22.05.2022: “The principal field where jurists have I think created difficulties for themselves (in part under the influence of the traditional philosophical analysis of action) by ignoring the essentially defesiable character of the concepts they seek to clarify is the Criminal Law” (p. 179).

aplicação do princípio da insignificância penal nos crimes de drogas da Lei 11.343/06. Nessa ilustração, a *defesiability* foi a técnica de produção de norma penal permissiva supralegal e a equidade foi a fonte de conhecimento do direito penal. A equidade (*fairness*), na concepção do direito como integridade, é a virtude soberana, na moralidade política, da comunidade e se traduz no *igual respeito e consideração* por cada um dos seus indivíduos.

E, por fim, mais uma novidade na teoria das fontes do Direito Penal pós-moderno é o *complemento cultural intersubjetivo*, compreendido e aplicado pelo julgador, aos tipos penais abertos, que são aqueles cujo preceito primário tem elementos normativos ou valorativos. Por exemplo, no direito penal econômico, o tipo penal aberto de gestão fraudulenta (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86) ou no tipo penal de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86); ou, ainda, um tipo penal culposo, que, em geral, é um tipo penal aberto, a fim de que o julgador valore que se havia previsibilidade objetiva do agente e se ele inobservou o dever objetivo de cuidado. Essa valoração não pode ser feita de qualquer forma nem esse complemento, para fechar o tipo penal aberto, pode decorrer da cultura individual e subjetiva desse magistrado. Tradicionalmente, a explicação é a de que o complemento dos tipos penais abertos é dado pelo juiz, mas, sob os influxos da filosofia da linguagem, esse complemento não pode ser mais um oriundo da subjetividade individual do julgador. O juiz tem que, partir dos critérios de coerência e de integridade, construir um *complemento cultural intersubjetivo* na comunidade política.

Com essas *razões*, considero que a teoria das fontes do direito penal brasileiro deve ser renovada e, a seguir, apresento uma proposta de sua esquematização

4.3 ESQUEMATIZAÇÃO DE UMA NOVA TEORIA DAS FONTES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E ALGUNS LIMITES TEÓRICOS E DOGMÁTICOS

Continuarei a usar, como critério classificatório de fontes do direito, os signos que a comunidade jurídica já está acostumada. Faz parte do patrimônio imaterial e imemorial do pensamento jurídico ocidental a categorização entre as fontes de produção e as fontes conhecimento. Não é uma classificação imune a críticas e foi forjada sob paradigmas que considero refutados, mas, se explicadas *sob sua melhor luz*, podem ser aproveitadas. Não usarei as expressões fontes materiais e fontes formais e, em relação a

essas últimas, não as subdividirei em fontes formais imediatas e fontes formais mediatas, porque não captam a verdadeira dinâmica das atuais fontes do direito penal.

A tradicional teoria das fontes do direito penal usa a etiqueta fontes formais mediatas para se referir àquela fonte que faz comentários e esclarece o sentido das fontes formais imediatas e, em geral, apontam a doutrina. Como mostrei acima uma nova compreensão sobre a doutrina como fonte do direito penal não posso concordar com essa antiga classificação, além de que ela se relacionada a uma concepção de direito já esgotada. Portanto, classificarei as fontes do direito penal em dois grandes grupos: fontes de produção e fontes de conhecimento.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz uma importante observação sobre *estrutura e repertório* do ordenamento jurídico como um sistema de normas jurídicas. Embora ele divirja de algumas das *fontes de conhecimento* (doutrina, princípios, equidade e analogia), que nessa tese cataloguei, não deixa, em alguma medida, de reconhecer que também são fontes do direito – ele se refere a “*fontes de segundo grau*” –, e, ainda, percebo que essa divergência ocorre porque, como pano teórico de fundo, adotamos concepções diferentes do direito: Tércio Sampaio Ferraz Jr., na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, adota uma concepção do direito pós-positivista própria dele, com algumas referências à teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann¹¹³² e à fase funcionalista de Norberto Bobbio¹¹³³, enquanto que adoto, nessa tese, a concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin, com algumas adaptações pessoais.

a teoria das fontes, para conquistar certa coerência, deveria distinguir o repertório e a estrutura do sistema, o que não é feito pela dogmática tradicional. Se assim o fizéssemos, deveríamos dizer que a estrutura contém *regras* que nos permitem *identificar* certos fenômenos sociais como *fontes de normas*. Ou seja, a *noção de fonte* pertence à estrutura, não ao repertório. Isso posto, seria conveniente distinguir entre a razão jurídica (doutrina, princípios gerais do direito, equidade, analogia) como conjunto de regras estruturais, e as fontes *stricto sensu* como elementos do repertório, isto é, normas-origem do sistema (a lei, o costume, os atos negociais, a jurisprudência). Entre essas últimas, algumas são normas-origem gerais, outras são individuais (atos

¹¹³² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 62: “*Ora, o fenômeno da positivação cortou a possibilidade de a ciência do direito trabalhar com esse tipo de enunciado. Se o século XIX entendeu ingenuamente a positivação como uma relação causal entre a vontade do legislador e o direito como norma legislada ou posta, o século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da imputação da validade do direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas). Isso significa que o direito prescinde, até certo ponto, de uma referência genética aos fatos que o produziram (um ato de vontade historicamente determinada) e sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações etc. A positivação, como vimos, representa, assim uma ‘legalização do câmbio do direito’ (cf. Luhmann, 1972:209)*”

¹¹³³ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.

negociais e jurisprudência que, na estrutura do sistema anglo-saxônico, também produzem normas gerais e, na do sistema romanístico, só em casos muito excepcionais). As regras estruturais não são, assim, propriamente fontes no sentido da dogmática, mas respondem pela coesão global do sistema, ao qual conferem sentido geral de imperatividade, e são assim uma espécie de 'fonte' de segundo grau¹¹³⁴.

Categorizarei as *fontes de produção* em *fontes hard law*, *fontes soft law*, *fontes negociais*, *fontes jurisdicionais* e *fontes complementares*. E não criarei categorias para as *fontes de conhecimento*, apenas observarei as diferenças entre normas penais incriminadoras e não-incriminadoras. Acredito que é uma boa caricatura das atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro contemporâneo.

Apresento, como um dos frutos dessa tese, a seguinte esquematização de uma nova teoria das fontes do Direito Penal brasileiro.

Fontes de produção de normas penais:

I) fontes *hard law*:

- 1) União (art. 22, I, CF/88)
- 2) Estados-membros (art. 22, p. único, CF/88)

II) fontes *soft law*:

- 3) órgãos de controle e fiscalização nacionais e internacionais
- 4) programas de governança, gestão de riscos e *compliance* nacionais e internacionais

III) fontes *negociais*:

- 5) Ministério Público ou Delegado de Polícia com o investigado ou denunciado ou condenado, nos crimes de ação penal pública; e entre particulares, nos crimes de ação penal privada.

IV) fontes *complementares* para *tipos penais abertos*, *princípios*, *costumes* e *equidade*

- 6) Comunidade política

V) fontes *complementares* para *leis penais em branco heterogêneas*:

- 7) Administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal

VI) fontes *jurisdicionais* (precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas)

¹¹³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 204.

- 8) Tribunais Superiores brasileiros (STF, STJ, STM e TSE)
- 9) Tribunais de 2º grau (TJs, TRFs e TREs)
- 10) Cortes Internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional)

Fontes de conhecimento de normas penais:

I) normas penais *incriminadoras*:

- 1) Leis ordinárias e complementares federais
- 2) Leis ordinárias e complementares estaduais
- 3) Precedentes judiciais dos Tribunais Superiores
- 4) Precedentes judiciais dos Tribunais de 2º grau
- 5) Súmulas, vinculantes e persuasivas
- 6) Jurisprudência
- 7) Doutrina
- 8) Atos administrativos federal, distrital, estadual e municipal
- 9) Complementos culturais intersubjetivos
- 10) Diretivas Principlológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Gestão de Riscos e *Compliance*
- 11) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais
- 12) Acordos na Justiça Penal negociada

II) normas penais *não-incriminadoras*:

- 1) Constituição
- 2) Tratados internacionais
- 3) Leis ordinárias e complementares federais
- 4) Leis ordinárias e complementares estaduais
- 5) Medidas Provisórias
- 6) Precedentes judiciais dos Tribunais Superiores
- 7) Súmulas, vinculantes e persuasivas
- 8) Precedentes judiciais de Tribunais de 2º grau
- 9) Precedentes judiciais das Cortes Internacionais
- 10) Jurisprudência
- 11) Atos administrativos em geral
- 12) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais
- 13) Diretivas Principlológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Gestão de Riscos e *Compliance*
- 14) Princípios de moralidade institucional da comunidade política
- 15) Costumes
- 16) Analogia *in bonam partem*
- 17) Equidade

18) Acordos na Justiça Penal negociada

19) Doutrina

Com essa pesquisa, portanto, proponho esse esquema de classificação das fontes do direito penal brasileiro contemporâneo.

É importante sinalizar alguns limites às fontes de produção e às fontes de conhecimento nessa proposta de uma nova teoria das fontes do direito penal. Compreendo que há limites em diferentes níveis: limites constantemente reconstruídos pela ciência conjunta do direito penal (criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal), pelo direito constitucional (p. ex., direitos fundamentais, controle de constitucionalidade, competências) e pela teoria do direito (p. ex., conceitos e metodologias).

Defendo e destaco, com essa tese, que, entre diferentes funções, a teoria do direito exerce uma função de controle de *juridicidade* sobre a dogmática jurídica; e também exercer uma função de *direcionamento* das práticas jurídicas.

Adiciono a teoria do direito como limite à teoria das fontes do direito penal, tal como esquematizei, porque considero que a dogmática jurídica não consegue, por si só, criar, (re)construir e impor limites *suficientes* ao exercício de poderes.

Quanto ao controle de juridicidade, entendo que, no plano da existência do ato jurídico, uma suposta norma sequer existiria se contrariasse as construções da teoria do direito. Além do nível da dogmática jurídica (controles de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade), compreendo que há, no nível da teoria do direito, o controle de juridicidade. Parece-me que Hans Kelsen também se aproximou dessa ideia ao propor a relação entre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. Nessa tese, afasto-me do positivismo normativo de Kelsen porque ele admite uma discricionariedade forte. Esse controle de juridicidade, que aqui proponho como limite teórico à dogmática jurídico-penal e à teoria das fontes do direito penal, tem como parâmetros, não só os conceitos (re)construídos constantemente na teoria do direito, também a metodologia jurídica (re)construída permanentemente na teoria do direito, a exemplo, na concepção de direito como integridade, de Ronald Dworkin, a verificação de juridicidade de uma determinada norma, abstrata ou concreta, a partir dos juízos de adequação e de integridade, favorecendo sempre a intersubjetividade sob *sua melhor luz*.

Admitir algumas fontes de produção e fontes de conhecimento, ainda mais de normas penais incriminadoras, como admito nessa tese, não gera conforto a ninguém e dá espaço a arbitrariedades. No entanto, na perspectiva da fenomenologia, cataloguei as práticas jurídicas no direito penal brasileiro tal como elas estão sendo praticadas na realidade contemporânea. Essa tese, ao tempo que pretende *descrever* essas práticas jurídicas no direito penal brasileiro atual, pretende *prescreve-las* e, para isso, aponto a outra função da teoria do direito, que me referi, a função de *direcionamento* das práticas jurídicas, identificando-as, “domando-as” – com licença da metáfora –, orientando-as e limitando-as, com a aderência à história institucional da comunidade política e, quando necessário, com seu (re)direcionamento de acordo com os princípios de moralidade política dessa comunidade, a fim de que somente sejam admitidas, como fontes do direito penal, se refletirem a *sua melhor luz*.

4.4 A DIMENSÃO *IN ACTION* E A TERCEIRA REVOLUÇÃO CIENTÍFICA DA LEGALIDADE PENAL

A “*fabricação do direito*”¹¹³⁵, “*a verdade e as formas jurídicas*”¹¹³⁶, a “*microfísica do poder*”¹¹³⁷ e a “*força de lei*”¹¹³⁸, entre outras obras, fornecem uma caixa de ferramentas para, na fenomenologia e na historicidade do direito, compreendermos que nas práticas sociais, sobretudo as jurídicas, há *processos de subjetivação*, uma técnica de biopolítica, para a constituição dos sujeitos pelos *saberes-poderes* descontínuos, controle e dominação pelo *status quo* na sociedade. A *linguagem* não é transparente nem o seu uso é inocente. Os processos de criminalização primária e secundária são exemplos fortes disso e a tomada de consciência da dimensão dinâmica da legalidade penal, com a construção de *razões*, pela dogmática jurídico-penal, pode contribuir para a diminuição dessa violência estrutural relacionada à questão criminal.

Nesse ponto da tese, na tentativa de nos aproximarmos do *law in action*, é preciso que, além da *virada linguística* do segundo Ludwig Wittgenstein, do giro ontológico-linguístico de Martin Heidegger e do giro hermenêutico-linguístico de Hans-

¹¹³⁵ LATOUR, Bruno. **A fabricação do direito: um estudo de etnologia jurídica**. Tradução de Rachel Meneguello. São Paulo: UNESP, 2019.

¹¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

¹¹³⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

¹¹³⁸ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Perrone-Moisés. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

Georg Gadamer, contribuições filosóficas que viabilizaram a construção, na dogmática jurídico-penal, da exigência de *intersubjetividade* nos processos decisórios do direito (criminalização primária e secundária), e, por exemplo, concluirmos que a garantia da proibição da retroatividade *in malam partem* atingem tanto a *lei penal* quanto a *decisões judiciais*, entre elas, os precedentes obrigatórios, como também qualquer outra fonte de direito penal pós-moderno, para além disso, é preciso considerar a *virada discursiva*, dos teóricos da análise do discurso como Michel Foucault¹¹³⁹, Dominique Maingueneau¹¹⁴⁰, Michel Pêcheux¹¹⁴¹, Norman Fairclough¹¹⁴², Teun A. van Dijk¹¹⁴³ e outros¹¹⁴⁴.

Com isso, é preciso considerarmos que, por mais que o legislador penal respeite ao máximo as dimensões formal e material do *law in the books*, isto é, tudo o que rende e garante ao cidadão o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege populi, praeviae, scripta, stricta, certa e necessariae*, e por mais que os juízes e tribunais esforcem-se para satisfazerem o ônus argumentativo com intersubjetividade, a partir dos juízos de coerência, ajustando suas decisões a toda a história institucional, e de integridade, reinterpretando-a sob sua melhor luz de acordo com os princípios de moralidade institucional da comunidade política, por mais que isso seja feito, será insuficiente, pois, ainda assim, estaremos trabalhando com a legalidade penal apenas nas dimensões semióticas da sintaxe e da semântica.

Todas as fontes do direito penal precisam ser interpretadas e reinterpretadas. Não só a lei penal é interpretada, assim também um precedente judicial obrigatório, quando for replicado, será novamente reinterpretado também, porque não deixa de ser um texto. Não é o precedente judicial sobre o significado da lei que conferirá a *certeza jurídica* que as concepções de direito, no passado, buscaram, embora tenha que se reconhecer que isso confere maior *racionalidade* ao direito.

¹¹³⁹ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02.12.1970**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2019.

¹¹⁴⁰ MAINGUENEAU, Dominique. **Discurso e análise do discurso**. Tradução de Sírio Possenti. São Paulo: Parábola, 2020, p. 10.

¹¹⁴¹ PÊCHEUX, Michel. **Análise de Discurso**. Tradução de Eni Puccinelli Orlandi. 4ª ed. Campinas/SP: Fontes, 2011.

¹¹⁴² FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de I. Magalhães. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2019.

¹¹⁴³ DIJK, Teun A. van. **Discurso e Poder**. Tradução de Judith Hoffnagel e Karina Falcone. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2017.

¹¹⁴⁴ As teorizações sobre a análise do discurso são heterogêneas e com vieses diferentes. Um dos pontos comuns entre as várias concepções está na valorização da dimensão semiótica da pragmática.

É preciso construirmos garantias para os cidadãos, contra o poder punitivo estatal, também na dimensão semiótica da pragmática da legalidade penal e das demais fontes do direito penal. É preciso que, na dogmática jurídico-penal, consigamos, pelo menos, estender, em alguma medida, as promessas do *law in the books* ao *law in action*.

Na dimensão semiótica da pragmática, há lutas entre os movimentos sociais, em um campo de batalha, mediante *discursos* e *ações*, pela produção de leis penais, pela atribuição de sentidos e alcances normativos aos tipos penais, pelo reconhecimento de juridicidade a outras fontes de conhecimento do direito penal, pelos tipos de políticas criminais a serem deflagradas na sociedade, entre outros pontos.

Esses processos sociocognitivos estão ligados aos ambientes econômicos, políticos e institucionais nos quais os discursos são produzidos e as convenções sociais estão interiorizadas. É com base nesses elementos de ordens de discursos que se baseiam e ocorrem a produção de normas penais. E é nessa dimensão dinâmica que devemos considerar o *nullum crimen sine lege*.

Diante disso, compreendo que a dimensão *law in action* no direito penal tem dois aspectos.

Primeiro, não só o legislador produz normas penais, mas há outras fontes de produção que coparticipam da fabricação do direito penal (as *fontes de produção*, em especial, as *fontes hard law*, *fontes soft law*, *fontes negociais*, *fontes jurisdicionais* e *fontes complementares*). Considerando isso, que a produção do direito não se resume à lei, afirma-se historicamente, no Direito brasileiro, vários mecanismos jurídicos de efeitos vinculantes e *transubjetivos* (*eficácia erga omnes* e *eficácia ultra partes*), o que pode significar que caminhamos para a construção histórica de uma regra de *stare decisis*. A preocupação em evitar a surpresa injusta, diante de possível retroatividade em qualquer processo decisório no direito, evidencia-se, recentemente, a atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (arts. 20 a 30, incluídos pela Lei 13.655/2008 e regulamentados pelo Decreto 9.830/2019).

Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-lei 4.657/42)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais

da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídica e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Decreto 9.830/2019

Art. 5º. A decisão que determinar a revisão quanto à validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos cuja produção de efeitos esteja em curso ou que tenha sido concluída levará em consideração as orientações gerais da época.

§1º. É vedado declarar inválida situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral.

§2º. O disposto no §1º não exclui a possibilidade de suspensão de efeitos futuros em curso.

§3º. Para fins do disposto neste artigo, consideram-se orientações gerais as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 6º. A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Dessa forma, não só uma *novatio legis in pejus* está limitada pela *proibição da retroatividade*, como também o *overruling in malam partem*, a alteração jurisprudencial por um entendimento mais rigoroso, a alteração do *complemento* de norma penal em branco por outro mais prejudicial e qualquer outra fonte de conhecimento do direito penal ou que tenha natureza mista, de direito material e de direito processual penal, que torna a situação do investigado, do acusado e do condenado mais severa.

A quem interessaria não equipar o direito penal brasileiro com esse ganho em sua racionalidade? Luiz Guilherme Marinoni, não sobre o processo penal, mas, de modo geral, em estudo sociológico¹¹⁴⁵ sobre os precedentes judiciais no Direito brasileiro,

¹¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 78 e 88: “no famoso capítulo intitulado ‘Homem cordial’, Buarque de Holanda trabalha com os conceitos weberianos de patrimonialismo e burocracia. Esses conceitos são usados como ferramentas para a demonstração do significado de ‘homem cordial’, um modo de comportamento pessoal típico à formação cultural brasileira, avesso à impessoalidade e à racionalidade formal, nitidamente relacionado ao modelo das instituições e da Administração Pública brasileiras – que

afirmou que não importamos, junto com a *judicial review* norte-americana, no passado, a regra do *stare decisis*, em razão daquilo que o sociólogo brasileiro Sérgio Buarque de Holanda chamou de “o homem cordial”, que, a seu sentir, “é a antítese da ideia de que a lei é igual para todos e, por consequência, o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição de justiça”. Adiciono, nessa perspectiva crítica, a inclinação cultural, nas nossas práticas jurídicas, para “o jeitinho brasileiro”¹¹⁴⁶, como categoria sociológica a ser considerada.

O texto constitucional do art. 5º, XL, da Constituição brasileira de 1988 (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), pelas razões dessa tese, sofreu *mudança constitucional* e, em espiral hermenêutica, precisa ser vista *sob sub melhor luz*, pois está demonstrado que não só a lei produz normas penais incriminadoras como também, para valorizar a virtude política soberana do *igual respeito e consideração* pelos cidadãos, está proibida no direito qualquer tipo de surpresa injusta e todo processo decisório deve submeter-se a um controle de intersubjetividade.

Eis aqui a primeira parte da explicação sobre a *legalidade penal in action* e sua terceira revolução científica, qual seja, a legalidade penal, cujos todos corolários se entrelaçam de modo dinâmico (*nullum crimen nulla poena sine lege populi, praeviae, scripta, stricta, certa e necessariae*), é acoplada com a regra do *stare decisis et non quieta movere* e convive com uma nova teoria das fontes do direito penal.

A segunda parte da explicação sobre o que significa legalidade penal *in action*, nessa tese, parte da *virada discursiva*, a que referi no início desse subtópico, considerando que as fontes de produção no direito penal são pressionadas pelas forças sociais heterogêneas, que, no campo de batalha simbólico, com discursos e ações, disputam interesses diversos, e, ainda, considerando que as fontes de conhecimento no

ainda permanece na cultura do país” (p. 78); “produto do patrimonialismo brasileiro, o ‘homem’ vestido de parte, advogado ou juiz, evidentemente inviabilizou a aplicação igualitária da lei, uma vez que essa deveria ser neutra e abstrata apenas àquele que não tivesse ‘boas razões’- ou seja, que não participasse do ‘círculo íntimo’ – para ser tratado de forma individualizada. Na verdade, a lógica da aplicação da lei, numa cultura marcada pelo patrimonialismo e dominada pelo cidadão que lhe corresponde – o ‘homem cordial’ – só pode ser a de manipulação da sua aplicação e interpretação, bem sintetizada na conhecida e popular expressão, cuja autoria é controversa, mas que certamente há muito expressa o ambiente brasileiro, além de confirmar a aversão da nossa cultura pela impessoalidade e pela racionalidade, evidencia que a igualdade e, mais clara e concretamente, a aplicação uniforme do direito sempre foram fantasmas a quem se acostumou a viver em um mundo destituído de fronteiras entre o público e o privado, acreditando na lógica das relações ‘pessoais’”.

¹¹⁴⁶ MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Jeitinho brasileiro, mazelas históricas e cultura jurídico-tributária**. Florianópolis/SC: Insular, 2012; BERNARDINO LEERS, O. F. M. **Jeito brasileiro e norma absoluta**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

direito penal têm o sentido e o alcance normativos disputados por esses mesmos movimentos sociais e identitarismos, é preciso que a legalidade penal seja legitimada democraticamente de uma forma reforçada.

Não basta que as normas penais, oriundas de quaisquer das fontes de produção, sejam constituídas com respeito às dimensões formal e material da legalidade penal (*legalidade in the books*), senão também sejam desobstruídas todos os canais de comunicação na democracia constitucional¹¹⁴⁷, oportunizando, em todos os processos decisórios do direito penal, qualquer que seja o *locus*, que tenham eficácia transubjetiva e vinculante, a mais ampla publicidade e a efetiva chance de participação social, com o alargamento do contraditório, contemplando todos os grupos sociais, destinatários dessas normas penais, a serem afetados. Do contrário, a desobediência civil, a depender do caso, poderá ser usada como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por ausência de exigibilidade de conduta diversa, não havendo como configurar um juízo negativo de reprovação social, no sistema de imputação racional jurídico-penal. É que, quando isso juridicamente ocorrer, esse cidadão, integrante de grupo social desprestigiado na deliberação pela produção da norma penal ou pela (re)construção do seu sentido e alcance normativos e que foi alvo da seletividade estrutural do sistema penal, não foi tratado com *igual respeito e consideração*. E, em relação as instâncias judiciais e extrajudiciais que podem interpretar e aplicar o direito penal, poderão, por esse motivo, ao invés de replicar essa norma penal, poderão dela se afastar e, a partir dos juízos de coerência e de integridade, reconstruírem-na *sob sua melhor luz*.

Na dimensão dinâmica da legalidade penal entendo que é possível a *interpretação extensiva em sentido estrito* do tipo penal, desde que, primeiro, o significado e o alcance normativos, mais amplos, que se pretenda atribuir esteja na mesma *lógica-jurídica* da literalidade do texto, que não tem um grau zero de sentido, bem como seja para proteger *suficientemente* o bem jurídico-penal e a autonomia privada dos cidadãos; e, ainda, seja evitada a surpresa injusta e, se houver pretensão de que seja uma decisão com efeitos transubjetivos e vinculantes, seja oportunizada a

¹¹⁴⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 139/180. Acredito que nenhum *interpretativista, não-interpretativista, procedimentalista e substancialista* discordariam da importância do *desbloqueio dos canais de mudança política* na sociedade, em uma democracia constitucional e *rumo a um processo de produção de normas jurídicas transparente* (p. 167). Não adoto nessa tese a concepção procedimentalista do direito de John Hart Ely, mas, ao construir esse ponto sobre a legalidade penal *in action*, lembrei-me dessa passagem da sua obra e aqui a adaptei.

participação de todos os grupos sociais que serão afetados, mediante audiências públicas, *amici curiae* e outras formas.

Também na dimensão dinâmica da legalidade penal compreendo que é possível a derrotabilidade de regras no direito penal (*defeasibility*), pois, se o enunciado jurídico não for interpretado e aplicado *sob sua melhor luz*, após os juízos de coerência e de integridade, possa ser que se torne gravemente injusto no caso concreto e incompatível com os princípios de moralidade política da comunidade.

Além das duas revoluções científicas da legalidade penal na sua dimensão *in the books*, essas duas explicações, constantes nesse subtópico (extensão da irretroatividade *in malam partem* a todas as fontes do direito penal, inclusive no caso de *overruling* de precedente judicial vinculante; e a desobstrução de todos os canais de diálogos entre todos os grupos sociais na democracia constitucional para a produção e a reconstrução das normas penais), constituem a sua terceira revolução científica, na dimensão *in action*, sempre orientando a reconstrução da dogmática jurídico-penal *unfinished*, a partir da criminologia e da política criminal, com o *ethos* das medidas de redução de danos em todos os processos de criminalização.

Portanto, essa nova concepção sobre a legalidade penal favorece mais a liberdade, a igualdade, a segurança jurídica e a democracia, virtudes do Estado de Direito, porque, ao ser conferida mais racionalidade ao direito, ao se exigir controle intersubjetivo nos processos decisórios, ao se tratar o cidadão como um ser racional, sem um paternalismo estatal forte, e com igual respeito e consideração entre os membros da comunidade política, o indivíduo pode desenvolver livremente a sua personalidade e o seu projeto de *vida boa*, com responsabilidade pelos seus atos.

CONCLUSÃO

O princípio da legalidade penal é uma tecnologia jurídica desenvolvida pelas revoluções liberais, em prol, inicialmente, da proibição da retroatividade de leis penais mais severas a fatos praticados quando os indivíduos não tinham conhecimento de sua criminalização. Ao *nullum crimen nulla poena sine lege*, ao longo do tempo, foram integrados novos conteúdos e corolários. Como tudo no Direito, a legalidade penal é tarefa *inconclusa*, em permanente reconstrução, uma construção da dogmática jurídico-penal *unfinished*. O *ethos* da legalidade penal é a proteção do cidadão contra qualquer força poderosa que possa o surpreender nas escolhas pelo seu projeto de vida, com a ameaça de aplicação de qualquer espécie de sanção penal. Como diz Dworkin, esse trunfo (*trump*) do cidadão é uma reserva mínima de justiça e de moralidade política na comunidade.

A primeira revolução científica da legalidade penal consistiu na afirmação história da sua dimensão formal, inicialmente, satisfeita com o respeito ao devido processo legislativo, contentando-se apenas com a *vigência* da lei penal. A exigência de legalidade penal aumentou quando a comunidade jurídica e os marcos normativos passaram reivindicar que, além da reserva legal e da anterioridade, também a proibição do costume incriminador, a proibição da analogia *in malam partem* e a proibição de indeterminação da lei penal. Com isso, a lei penal, no acender das luzes durante o surgimento do Estado moderno, passou a centralidade como fonte do direito penal e se traduzia como *nullum crimen nulla poena sine lege populi, praevia, scripta, stricta e certa*. A construção dessa dimensão formal da legalidade penal foi um avanço civilizatório e trata-se de um importante direito humano dos cidadãos.

Após a Segunda Guerra Mundial, a afirmação histórica do constitucionalismo, com um catálogo de direitos fundamentais como parâmetros de controle de validade das demais fontes do direito, trouxe uma axiologia jurídica importante e provocou ajustes na concepção do direito. As exigências constitucionais sobre a lei penal elevaram a juridicidade das normas penais à necessidade de atendimento à vigência e à validade, esta última correspondente à compatibilidade das leis penais aos direitos fundamentais. As Constituições, a partir dessa época, instauraram um Estado Democrático de Direito, e, portanto, um direito penal orientado por uma política criminal de intervenção mínima, isto é, só haverá legitimidade constitucional da intervenção penal, nos processos de criminalização, exclusivamente para a proteção de bens jurídicos dignos de tutela penal,

conforme os mandados constitucionais de criminalização, de modo subsidiário, ou seja, somente quando os demais instrumentos de controle social forem insuficientes nessa tutela, e fragmentário, vale dizer, para proteger somente esses bens jurídico-penais e, mesmo em relação a eles, apenas quando a conduta do agente consistir em uma ofensa intolerável e significativa aos bens jurídicos. Essa teoria do bem jurídico, construída a partir de valores do Estado Democrático de Direito, com esses filtros de intervenção mínima e a partir da proporcionalidade, objetiva a uma proteção suficiente, sem excesso e sem deficiência. Esses limites materiais à intervenção penal consistiram na segunda revolução científica da legalidade penal, pois, a partir de então, traduzida no *nullum crimen nulla poena sine lege populi, praevia, scripta, stricta, certa e*, com a sua dimensão material, *necessariae*. Apenas uma lei penal necessária é constitucionalmente válida.

Com a ascensão do neoliberalismo, a partir de 1970, o Estado, o Direito e a Sociedade mudaram, mais uma vez. O Estado soberano sofreu um enfraquecimento do seu poder político diante do poder econômico de conglomerados empresariais particulares e com a globalização econômica e digital. O Direito experimenta um momento de ordens jurídicas multiníveis, com tribunais, que não têm hierarquia entre si, decidindo as mesmas questões, cujas decisões, por vezes divergentes, têm eficácia sobre o mesmo território. E a sociedade é cada vez mais complexa, plural, heterogênea, com novas dinâmicas e interesses, velhos e novos problemas. O Legislativo não é mais o único centro de produção de normas jurídicas. Uma crise financeira potencializou o derretimento de núcleos essenciais de direitos fundamentais em prol de medidas de austeridade. A concepção estatal-legalista do direito, representada por diversas versões do positivismo jurídico, não conseguiram mais captar todas essas práticas sociais e orientar a comunidade jurídica na operação do direito. No âmbito criminal, as apostas feitas apenas na lei penal mostraram, como efeito colateral, um encarceramento em massa e, além disso, houve uma expansão do direito penal para criminalizar riscos e novos interesses. Escândalos de corrupção e outros acontecimentos geraram uma falta de credibilidade da classe política e a muitos passaram a ver Judiciário o superego da sociedade. No Brasil, seja com a doutrina a efetividade da constituição seja por uma mudança na composição do STF, houve um entusiasmo judicial por decisões substancialistas e progressistas, que, por vezes, transbordaram em ativismo judicial, movimento pejorativamente etiquetado como neoconstitucionalismo. Por essas e outras

considerações, no âmbito penal, a legalidade e a teoria das fontes do direito penal entraram em nova crise.

Nessa marcha histórica, que não é uma linha contínua, há avanços e retrocessos, as Escolas Penais fundaram e reformularam a dogmática jurídico-penal moderna, desde o século XVIII, e, com ela, reconstruíram, seguidas vezes, o sistema de imputação racional jurídico-penal, a partir de ideias fundantes diferentes, e propuseram teorias das fontes do direito penal, da lei penal, do crime e da pena. No entanto, todas essas escolas penais, desde Cesare Beccaria e Feuerbach, passando por Franz von Liszt e Hans Welzel, chegando atualmente a Claus Roxin e Günther Jakobs, construíram seus empreendimentos teóricos dentro do paradigma da filosofia da consciência. Essas tentativas de objetividade do conhecimento e de subjetividade do conhecimento, no marco da filosofia da consciência, mostram-se projetos irrealizáveis. A filosofia da linguagem mostrou a intersubjetividade como condição de possibilidade do conhecimento, nas práticas sociais publicamente compartilhadas por todos na comunidade política.

Sob esse novo paradigma, surgiram novas concepções do direito, entre elas, a do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin. A partir da filosofia analítica da linguagem, Dworkin considera o direito como práticas jurídicas interpretativas, que devem ser vistas *sob sua melhor luz*. Um fato social ganha *juridicidade*, e, com isso, contribui para a constituição do *império do direito*, se passar pelo juízo de coerência, isto é, tiver aderência a toda a história jurídico-institucional da comunidade, e juízo de integridade, ou seja, sempre que necessário, para que seja vista sempre sob sua melhor luz, submeter-se a um ajuste moral pelos princípios de moralidade política da comunidade. Para não configurar ativismo judicial, o Judiciário, em especial, a jurisdição constitucional, como um fórum de princípios, somente deve tomar decisões com regras e argumentos de princípios, mas jamais com argumentos de política, pois essas últimas razões são reservadas exclusivamente para as deliberações pela política majoritária. A teoria do direito de Dworkin tem como base uma teoria política do liberalismo igualitário, que, por sua vez, tem uma teoria da justiça subjacente, centrada na igualdade como virtude soberana, a partir da qual cada pessoa humana deve ser tratada com igual respeito e consideração, e que, por sua vez, tem uma teoria ética, de fundo, que respeita cada cidadão como um ser racional e dotado de responsabilidade ética, e, por fim, há teoria moral, que une os fios e harmoniza a liberdade, a igualdade e todos esses valores em uma unidade de sentido referente à vida boa.

Tendo essa concepção do Direito como Integridade, como referencial teórico, com alguns ajustes, a partir das críticas feitas por Castanheira Neves à tradicional teoria das fontes do direito e com o acréscimo da metáfora da espiral hermenêutica de Winfried Hassemer, a assumi como marco teórico dessa tese, para interpretar as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro e verificar, de modo mais aprofundado, se a legalidade penal experimenta uma nova revolução científica e, de modo mais abrangente, se há uma nova teoria das fontes do direito penal. Nesse contexto e com esse marco teórico analisei fenomenologicamente as atuais práticas jurídicas do direito penal brasileiro.

Identifiquei 10 fontes de produção de normas penais: i) fontes *hard law*: 1) União (art. 22, I, CF/88); 2) Estados-membros (art. 22, p. único, CF/88); II) fontes *soft law*: 3) órgãos de controle e fiscalização nacionais e internacionais; 4) programas de governança, gestão de riscos e *compliance* nacionais e internacionais; III) fontes *negociais*: 5) Ministério Público ou Delegado de Polícia com o investigado ou denunciado ou condenado, nos crimes de ação penal pública; e entre particulares, nos crimes de ação penal privada; IV) fontes *complementares para tipos penais abertos, princípios, costumes e equidade*: 6) Comunidade política; V) fontes *complementares para leis penais em branco heterogêneas*: 7) Administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal; VI) fontes *jurisdicionais* (precedentes judiciais, jurisprudência e súmulas): 8) Tribunais Superiores brasileiros (STF, STJ, STM e TSE); 9) Tribunais de 2º grau (TJs, TRFs e TREs); 10) Cortes Internacionais (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional).

Cataloguei 12 fontes de conhecimento das normas penais incriminadoras: 1) Leis ordinárias e complementares federais; 2) Leis ordinárias e complementares estaduais; 3) Precedentes judiciais dos Tribunais Superiores; 4) Precedentes judiciais dos Tribunais de 2º grau; 5) Súmulas, vinculantes e persuasivas; 6) Jurisprudência; 7) Doutrina; 8) Atos administrativos federal, distrital, estadual e municipal; 9) Complementos culturais intersubjetivos; 10) Diretivas Principiológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Gestão de Risco e *Compliance*; 11) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais; 12) Acordos na Justiça Penal negociada.

E, em relação às normas penais não-incriminadoras, anotei 19 fontes de conhecimento: 1) Constituição; 2) Tratados internacionais; 3) Leis ordinárias e

complementares federais; 4) Leis ordinárias e complementares estaduais; 5) Medidas Provisórias; 6) Precedentes judiciais dos Tribunais Superiores; 7) Súmulas, vinculantes e persuasivas; 8) Precedentes judiciais de Tribunais de 2º grau; 9) Precedentes judiciais das Cortes Internacionais; 10) Jurisprudência; 11) Atos administrativos em geral; 12) *Guidelines, standards* e outros atos normativos de órgãos de controle e fiscalização, nacionais e internacionais; 13) Diretivas Principiológicas, Deontológicas e Diceológicas de Programas de Governança, Risco e *Compliance*; 14) Princípios de moralidade institucional da comunidade política; 15) Costumes; 16) Analogia *in bonam partem*; 17) Equidade; 18) Acordos na Justiça Penal negociada; 19) Doutrina.

Há limites a essas fontes do direito penal na ciência conjunta do direito penal, no direito constitucional e na teoria do direito. Destaquei, nessa tese, que a teoria do direito exerce uma função de controle de *juridicidade* sobre a dogmática jurídica e sobre as fontes de produção e de conhecimento do direito penal, além dos controles de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade; e a teoria do direito também execer uma função de *direcionamento* das práticas jurídicas *sob sua melhor luz*.

Considero esses estudos apenas o início da pesquisa que pretendo continuar desenvolvendo ao longo da carreira acadêmica e convidar aos interessados para novas pesquisas e interlocuções. Quem sabe um dia consigamos estruturar uma congruente e renovada teoria das fontes do direito penal.

Em relação à legalidade penal, após essa pesquisa, reforcei minha convicção de que sua dimensão *in the book*, consistente em tudo o que as suas dimensões formal e material representam, embora tenham sido saltos civilizatórios em relação às práticas jurídicas medievais e às do início da modernidade, ainda assim, atualmente, é insuficiente. A legalidade penal, considerando toda a nossa histórica jurídico-institucional (juízo de coerência) e, dada a deficiência da sua dimensão estática, considerando os princípios de moralidade política da nossa comunidade política brasileira (juízo de integridade), para que ela e as atuais práticas jurídicas no direito penal brasileiro sejam vistos *sob sua melhor luz*, devemos reconhecer que se afirma historicamente, não sem resistência de muitos, uma dimensão *in action*, aparelhando-a, para, nas dimensões semióticas da sintaxe, da semântica e da pragmática, com o acoplamento da regra do *stare decisis*. No Brasil, além dos vários mecanismos jurídicos de efeitos vinculantes, que cataloguei, o STF reconheceu a afirmação histórica do *stare decisis* (RE 655.265/DF); o Congresso Nacional, em alguma medida, inclina-se para esse reconhecimento (ao acrescentar os arts. 20 a 30, na LINDB; com os arts. 489, 926 e

927, CPC/15; e com o art. 315, §2º, do CPP); e cresce, na doutrina, esses reconhecimentos em várias obras e produções acadêmicas.

A legalidade *in action* tem dois conteúdos dinâmicos.

Em primeiro lugar, o corolário da proibição de retroatividade de nova lei penal mais prejudicial estende-se, além do *overruling de precedentes judiciais in malam partem*, a todas as fontes de conhecimento de normas penais incriminadoras (alteração jurisprudencial, novas súmulas, alteração de complementos de tipos penais abertos e de leis penais em branco, novas diretivas de *criminal compliance*, novas *guidelines* de órgão de controle e fiscalização, novos conceitos e teorias doutrinárias mais severos – por mais estranho que isso possa parecer, mas a função de garantia também deve ser exercida pela dogmática jurídico-penal –, e qualquer outra fonte).

É possível também interpretação extensiva em sentido estrito em tipo penal, porque o direito penal não se resume ao texto da lei penal, embora o tenha como ponto de partida, no método dogmático, e, ainda, esse texto exerce um constrangimento no intérprete haja vista que não tem um grau zero de sentido. Como exigências, para isso, o sentido e o alcance normativos, que se pretenda conferir ao enunciado jurídico, em uma perspectiva intersubjetiva, deve estar na mesma lógica da sua literalidade; de acordo com os princípios de moralidade política da comunidade, entre eles, os princípios político-criminais do direito penal mínimo e a proporcionalidade, a justificativa deve ser a de reequilibrar a proteção do bem jurídico, a fim de que, sem excesso nem deficiência, seja tutelado suficientemente; e, por fim, se o tribunal tiver a pretensão de que a *ratio decidendi* produza efeitos transsubjetivos (eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*) e vinculantes, deve dar ampla publicidade e alargar o contraditório para que todos os grupos sociais a serem atingidos, pela reconstrução da norma penal incriminadora, efetivamente exerçam a participação e o contraditório, mediante a admissão de *amici curiae*, com apresentação de memoriais com ou sem direito à sustentação oral, audiências públicas ou outras estratégias de participação social heterogênea, com reais chances de influenciar a decisão.

Ainda na dimensão *in action* da legalidade penal, admito também a possibilidade de *derrotabilidade de regras jurídicas no direito penal brasileiro (defeasibility)*, ainda que não se configure nenhuma das tradicionais teses de exclusão do crime, por ausência de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade e de punibilidade. Os tipos penais ou qualquer regra jurídica no direito penal pode fugir à normalidade de situações para as quais foram criados e, se aplicados a determinado caso concreto, podem se tornar

insuportavelmente injustos. Com os princípios de moralidade política, visando interpretar os tipos penais e demais regras jurídico-penais, sob sua melhor luz, e, sem que sejam declarados inconstitucionais ou inconventionais para todos os casos, são afastados especificamente no caso concreto. Quando isso ocorrer não haverá tipicidade penal, no caso concreto, logo, inexistirá um fato típico, e, portanto, não haverá crime.

Em segundo lugar, a dimensão *in action* da legalidade penal também se justifica com o seguinte conteúdo. Como a legalidade penal deve ter legitimidade democrática, considero que devem ser desobstruídos todos os canais de comunicação e diálogo na democracia constitucional entre os setores e grupos sociais, oportunizando, em todos os processos decisórios do direito penal, criminalização primária e criminalização secundária, qualquer que seja o *locus*, que tenham eficácia transubjetiva e vinculante, a mais ampla publicidade e a efetiva chance de participação social, com o alargamento do contraditório, contemplando todos os grupos sociais, destinatários dessas normas penais, a serem afetados. Será possível alegar desobediência civil, a depender do caso, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, por ausência de exigibilidade de conduta diversa, não havendo como configurar um juízo negativo de reprovação social, no sistema de imputação racional jurídico-penal. Quando isso ocorrer, esse cidadão, integrante de grupo social desprestigiado na deliberação pela produção da norma penal ou pela (re)construção do seu sentido e alcance normativos, indivíduo que foi alvo da seletividade estrutural do sistema penal e que não foi tratado com *igual respeito e consideração*, não deve ser julgado com base na nova norma penal. E, em relação as instâncias judiciais e extrajudiciais, que podem interpretar e aplicar o direito penal, poderão, por esse mesmo motivo, ao invés de replicar essa nova norma penal, inédita ou reconstruída, poderão dela se afastar e, a partir dos juízos de coerência e de integridade, reconstruírem-na *sob sua melhor luz* para o caso concreto, com argumentos de princípios.

Com essas *razões*, concludo, respondendo à problemática dessa tese, está em curso uma terceira revolução científica da legalidade penal e há uma renovada teoria das fontes do direito penal. E, dessa forma, inicio esse debate na academia brasileira.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz.

Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito. 3ª ed. São Paulo: 2015, p. 263.

ALEXANDER, Larry; KRESS, Kenneth. **Contra os princípios jurídicos.** Capítulo 8 in MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação.* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 (*Begriff und Geltung des Rechts*, 2ª ed, 2005).

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Luiz Eduardo de. **Governança Corporativa.** In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Controle de Constitucionalidade – Evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis.** Revista dos Tribunais. Vol. 920, Jun/2012, p. 133/149.

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem somos e a magistratura que queremos.** 2018. Disponível em:

<https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em 01.05.2020.

AMBOS, Kai. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional: Bases para uma elaboração dogmática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AMBOS, Kai. **Ensaio de direito penal e processo penal.** Tradução de Alexey Choi Caruncho. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? Ius puniendi e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional.** Trad.: Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró e Juliana Magalhães Jeuken. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica.** Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação.** Vol. 10 da Coleção Pensamentos Criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Fundamentos del Sistema Penal.** 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal.** Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29, São Paulo: RT, 2000, p. 27/52.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARRETO, Tobias. **Algumas ideias sobre o chamado Fundamento do direito de punir**. 2ª ed. Apêndice em **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, 2003.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C Editores proprietários, 1892.

BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir**. Obras completas. Direito. Vol. V. Edição do Estado de Sergipe: Aracajú, 1926.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Penal. Partes Geral e Especial**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

BARROSO, Luis Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 05. Número especial. Brasília: UniCEUB, 2015, p. 24/51.

BARTOLI, Roberto. *Le garanzie dela “nueva” Legalità*. Fascicolo 3/2020 da Revista Sistema Penale.

BATISTA, Nilo. **Bases constitucionais do princípio da reserva legal**. *In*: Revista de direito penal e criminologia, n. 35. Rio de Janeiro: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro / Forense, jan.-jun., 1983.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Trad. Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004 (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764).

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BELING, Ernst. **Esquema de Derecho Penal y La douctrina del delito-tipo**. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires, 2002 [*Grundzüge des Strafrechts (Die lehre von Tatbestand)*, 11ª ed., 1930].

BENTHAM, Jeremy. **Truth versus Ashhurst or Law as it is, contrasted with what is said to be: written in Decenber 1792 and now first published**. *Legal Treatises, 1800-1926*. Gale, *Making of Modern Law* Print Editions, 2010.

BERNARDINO LEERS, O. F. M. **Jeito brasileiro e norma absoluta**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. **Compliance**. In: CARVALHO, André Castro. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Tradução: Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 38/40.

BISSARO, Stefano. *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*. In: *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, Pisa: Gruppo di Pisa, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria Geral do Delito: uma visão panorâmica da dogmática penal brasileira**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIX, Brian. *A Dictionary of Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 204/205.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Book II: Of The Rights of Things. Oxford: Oxford University Press, 2016, *ebook*.

BLANCHET, Gabriela Alves Mendes. *ESG: Environmental, Social and Governance*. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BLOOM, Harold. **Um mapa da desleitura**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri/SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Buenno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016 (*Teoria della norma giuridica*, 1957/1958).

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014 (*Teoria dell'ordinamento giuridico*, 1959/1960).

BORDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. 6ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Do tratamento penal da ingerência**. Tese (Livre-docente). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. 1ª Vara Criminal da comarca de Porto Alegre/RS. *Processo n. 0047498-35.2020.8.21.0001*. Sentença do Juiz de Direito Orlando Faccini Neto. DJ 10.12.2021, p. 12. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/12/B2D28CB95C2B9B_sentenca-caso-kiss.pdf. Acesso em 24.05.2022 (caso boate Kiss).

BRASIL. 3ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, **Ação Penal n. 0045813-57.2014.8.19.0001**; TJRJ, no **Recurso em Sentido Estrito n. 0045813-57.2014.8.19.0001**, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Gilmar Augusto Teixeira, DJ 18.03.2015; STJ, no **REsp 1.556.874/RJ**, 5ª T, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 27.11.2016; STF, **RE 1.084.587/RJ**, 2ªT, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18.08.2018 (caso cinegrafista Santiago).

BRASIL. Câmara dos Deputados **Projeto de Lei Complementar federal n. 215/2019**. Deputado Lucas Redecker. Apresentado no dia 11.09.2019. Disponível em

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0rhnm5w31im7c4ldicapj4lo22762984.node0?codteor=1806136&filename=PLP+215/2019.

Acesso em 22.05.2022.

BRASIL. COAF. **Análise de Informações**. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/analise-de-informacoes>. Acesso em 22.05.2022.

BRASIL. COAF. **Disseminação de Relatórios de Inteligência Financeira**. Disponível em: <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/inteligencia-financeira-em-numeros>. Acesso em 22.05.2022.

BRASIL. COAF. **O sistema de prevenção a lavagem de dinheiro**. Disponível em <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/sistema-internacional-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro/o-coaf-a-unidade-de-inteligencia-financeira-brasileira>. Acesso em 23.05.2022.

BRASIL. COAF. **Recepção de Comunicações e Denúncias**. Disponível em <https://www.gov.br/coaf/pt-br/aceso-a-informacao/Institucional/a-producao-de-inteligencia-financeira/relatorios-de-inteligencia-financeira-rif>. Acesso em 22.05.2022.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). **Resolução CVM n. 50, de 31.08.2021**. Disponível em <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol050.html>. Acesso em 22.05.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, **HC 346.380/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 13.04.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. **HC 379.269/MS**. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJ 29.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª T. **REsp 1.252.770/RS**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 24.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 120261/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJ 26.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. **HC 124.306/RJ**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 09.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª T. **HC 96.007/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.06.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. **HC 84.412/SP**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 19.11.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.410/RS**. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 104.410/RS**. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27.03.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 142.205/SP**. 2ª T. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 25.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq 4405 AgR**. 1ª T. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 27.02.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ARE 848.107/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, em trâmite.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Pleno. **ADI 26/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 13.06.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5.105/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5.874/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 12.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5508/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 20.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADIs 43, 44 e 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 07.11.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADPF 153/DF**. Rel. Min. Eros Grau. DJ 29.04.2010.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADPF 347 MC**, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 09.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADPF 881/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, em 22.02.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADPF 881/DF**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 22.02.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **HC 126.292/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki. DJ 17.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **HC 176.473/RR**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. DJ 27.04.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **MI 4733/DF**. Rel. Min. Edson Fachin. DJ 13.06.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Rcl. 4.335/AC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 20.03.2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 466.343/SP**, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 03.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 655.265/DF**, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 13.04.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 966.177/RS**. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 07.06.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RE 979.962/RS**. Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 24.03.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **RHC 163.334/SC**. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ 18.12.2019.

BRASIL. TJMG. 20ª Câmara Cível. **Processo 1.000.22.035971-5/0001**, Rel. Desa. LÍlian Maciel, DJ 04.05.2022.

BRASIL. TJPE. Seção Criminal. **IRDR 0008770-65.2021.8.17.9000**, Rel. Des. Cláudio Jean Nogueira Virgínio, DJ 21.06.2021.

BRASIL. TJSP. **IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000**, Rel. Des. Péricles Piza.

BRASIL. TRF da 3ª Região. **IRDR 0016124-77.2016.4.03.0000/SP**, Rel. Des. Mauricio Kato.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Direito Penal brasileiro: Parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 01. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. Vol. 01. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral.** 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial.** São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coods.). **Processo Penal** (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 13; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). Salvador: JusPodivm, 2016.

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: uno studio sulla dimensione in action della legalità.* 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, Legisladores e Professores: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985.** Tradução de Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (*Judges, legislators and professor: Chapters in European legal history*, Cambridge University Press, 1987).

CALAMANDREI, Piero. *La Cassazione Civile.* Vol. II, *Disegno generale dell'istituto.* In: *Opere giuridiche*, Vol. II. Napoli, Itália: 1976, p. 34, 92 e 105.

CÂMARA, Alexanre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula.** São Paulo: Atlas, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts.* *JuS*, 1989, p. 161/163.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Almedina: Coimbra, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. **O problema da constitucionalidade dos assentos**. Coimbra: Almedina, 1994.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LII. Coimbra: 1976.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do Direito: contributo para a revisão do seu problema**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LVIII. Coimbra: 1982.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. 1º. Coimbra: 1995.

CASTANHEIRAS NEVES, A. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra Editora, 1983.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. *Engaging meaningfully with government on socio-economic rights: a focus on the right to housing*. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2004.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil**. Sentença de 24.11.2010. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em [22.05.2022](#). Acesso em 24.05.2022.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

COLEMAN, Jules. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University, 2001.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. **Sentença C-40, de 2010**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-040-10.htm>. Acesso em 22.05.2022.

COMELLA, Víctor Ferreres. *El principio de taxatividad em material penal y el valor normativo de la jurisprudencial (una perspectiva constitucional)*. Revista de administración pública, n. 162, Madrid: Civitas, 2003, p. 525/529.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Org. e Trad.: Emerson Garcia. In: Coleção Clássicos do Direito. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2015 (1819).

COSTA JR., Paulo José. **Curso de Direito Penal**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese de doutorado, sob a orientação de Miroslav. Milovic, aprovada no PPGD/UnB, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 1^a ed. Rio de Janeiro, 2015.

COSTA, Pietro. ***Il Principio di Legalità: um campo di tencione nella modernità penale***. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dedicado ao *Principio di Legalità e diritto penale*. Tomo I, n. 36/2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 11^a ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

CUPELLI, Cristiano. ***Il problema dela legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi dela riserva di legge***. In: *Revista Giurisprudenza Costituzionale*, Anno LX, Fasc. 1/2015.

CYRINEU, Rodrigo Terra. **Precedentes Eleitorais: Segurança Jurídica e Processo Eleitoral**. São Paulo: Almedina, 2020

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Perrone-Moisés. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; Macêdo, Lucas Buri; ATAÍDE JR.; Jaldemiro Rodrigues. **Precedentes**. Grandes temas do novo CPC. V. 03. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 02. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 01. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 03. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e Poder**. Tradução de Judith Hoffnagel e Karina Falcone. 2ª ed. São Paulo: Contexto, 2017.

DOTTI, René Ariel. **A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos TRIBUNAIS, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006).

DWORKIN, Ronald. *A new Philosophy for International Law.* Philosophy & Public Affairs, 41, 2013, p. 2-30.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014 (*Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011).

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011 (*Sovereign Virtue*, Harvard University Press, 2000).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (*Talking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977).

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006 (*Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996).

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014 (*Law's Empire*, Harvard University Press, 1986).

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005 (*A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985).

EISELE, Andreas. **Cegueira deliberada e dolo eventual**. Salvador: JusPodivm, 2021.

ELIAS, Norbert. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ESTELLITA, Heloisa (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22, n. 106**, São Paulo: IBCCRIM e Revista dos Tribunais, 2014.

ESTELLITA, Heloísa. **Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso ordenamento positivo**. In: Revista Brasileira de Filosofia, vol. LVI., fasc. 227. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, jul-set./2007.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de I. Magalhães. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2019.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formais de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Interpretação judicial criativa *pro reo* em direito penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2015.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva (FGV Direito SP, Série Direito em Debate: direito, desenvolvimento e justiça), 2017.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva (Série GVlaw), 2010.

FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). V. 02, N. 01, Jan-Jun, 2016.

FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Discursos dos *amici curiae* sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**, Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional), Brasília: IDP, 2018, p. 89. Disponível em <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2681>. Acesso em 15.05.2022.

FARIA, Marcus Vinícius Aguiar. **Reclamação para a tutela do precedente também no processo penal**. Revista Consultor Jurídico, 19.07.2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jul-19/marcus-vinicius-faria-reclamacao-tutela-precedente-processo-penal>. Acesso em 15.03.2021.

FATF. *Financial Action Task Force*. **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation**. Tradução de Deborah Salles. Fevereiro de 2012.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1, *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984, ebook.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 2, *Offense to Others*. New York: Oxford University Press, 1985, ebook.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 3, *Harm to Self*. New York: Oxford University Press, 1986, ebook.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 4, *Harmless Wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1988, ebook.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. **A criminologia crítica e suas crises: entre sujeitos, objetos, caminhos e outras definições**. Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate. Vol. 01. 2013, p. 134/154.

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Belo Horizonte: D'Plácito, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. **Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v.2, n.2, Curitiba: jul/dez, 2016, p. 171/192.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Tradução espanhola da 14ª edição alemã por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1989.

FINNIS, John. **Fundamentos da Ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto e Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 (*Fundamentals of Ethics*, Oxford University Press, 1983).

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução de Leila Mendes. Coleção *Diké*. São Leopoldo (RS): Editora UNISINOS, 2006 (*Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980).

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso** (aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970). Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02.12.1970**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2019.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Apontamentos sobre o princípio da reserva legal**. In: Revista de Direito Penal, n. 01, jan.-mar., Rio de Janeiro, 1971. Disponível em http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003011220-principio_reserva_legal.pdf. Acesso em 13.05.2022.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Observações sobre o princípio da reserva legal**. Revista de Direito Penal. N. 01. Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. Rio de Janeiro: Borsoi, Jan-Mar/1971, p. 78/88.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Segunda Parte: Comentários Adicionais**. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. **O problema do tempo decisório nas políticas públicas**. Revista de informação Legislativa. Ano 47. N. 187. Edição especial. Brasília: julho/setembro, 2010, p. 21-34.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva. Vol. II: a virada hermenêutica**. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método. Vol. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15ª ed. São Paulo: Vozes, 2015.

GAFI. ***International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation.*** Tradução de Deborah Salles. Fevereiro de 2012.

Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em 23.05.2022.

GAFI. ***Orientações do GAFI sobre Medidas Antilavagem de Dinheiro e de Combate ao Financiamento do Terrorismo e Inclusão Financeira (junho de 2011).*** Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>. Acesso em 23.05.2022.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal. Parte Geral.** 15ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** Vol. 01, Tomo I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. ***Principio de legalidad: un estudio semiótico de su génesis, destrucción y reconstrucción en el contexto del Derecho Penal.*** Montevideo e Buenos Aires: Editorial BdeF, 2019.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** Tradução de António Manuel Espanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016 (*Introduction Historique au Droit*, 1979).

GOETHE, Johann Wolfgang von. *Wilhelm Meisters Wanderjahre, oder die Entsagenden*, Band 8, Ausgabe Hamburg, 1948 [1829].

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal: Fundamentos e Limites do Direito Penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 02. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais**. Vol. 01. 2ª ed. Coleção Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 1. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs. e Trad.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

GRECO, Luís. **As razões do direito penal: quatro estudos**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. **Dogmática e Ciência do Direito Penal**. In: As razões do direito penal. Quatro estudos. Tradução e organização de Eduardo Viana, Lucas Montenegro e

Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019 (*Strafrechtsdogmatik, Strafrechtswissenschaft*, in: *Rescriptum – Münchner studentische Rechtszeitschrift* 5, 2014, p. 139/142), p. 23/30.

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoria de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*. Tradução do alemão de Paola Dropulich y José R. Béguelin. Barcelona: Marcial Pons, 2015.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011.

GRECO, Luís. **Posse de drogas, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo**. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 87. São Paulo: RT, nov-dez/2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 01. 21ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2019.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta no direito penal: um estudo da conduta humana: do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2009.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.

GUIMARÃES, César Caputo; MOREIRA, Rubens de Oliveira; BARBOSA, Nahla Ibrahim. **A responsabilidade criminal do compliance officer e do data protection officer - DPO**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho;

ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volumes I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Vol. 2. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert. L. A. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HART, Herbert. **The ascription to responsibility and rights**. In: *Proceedings of the Aristotelian Society. New Series*, London, Vo. 49, p. 1948, p. 171/194. Disponível em <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/hart-1948-ascription.pdf>. Acesso em 22.05.2022.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 (*Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001).

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal. Fundamentos, Estrutura e Política**. Tradução de Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor (*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990).

HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Berlin: C. Heimanns, 1968.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 15ª ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petropolis/RJ: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. 13ª ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petropolis/RJ: Vozes, 2005.

HOGG, Peter W.; BUSSEL, Alisson A. *The charter dialogue between Courts and Legislature (Or perhaps The Charter of Rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Law Journal, v. 35, n. 1, 1997.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law (1881)*. Cambridge: Harvard University Press, 1963.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: New York, 1999.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I: arts. 1º ao 10**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal. Volume 01. Tomo 02**. Atualizado por René Ariel Dotti. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora GZ, 2014.

IHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Vols. I e II. Tradução de Heder K. Hoffmann. São Paulo: Servanda, 2002 (*Der Zweck im Recht*).

IRA NEVES, Antonio. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LI. Coimbra: 1975.

JAKOBS, Günther. **As normas de Binding e a sociedade** (*Bindings Normen und die Gesellschaft*, 2009). Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

KAUFMANN, Arthur. *La espiral hermenéutica (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag. Sonderheft, Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 13/16).* Tradução do alemão de José Antonio Santos. In: *Revista Persona y Derecho*, n. 52, Pamplona, Espanha: *Universidad de Navarra*, 2005, p. 405/410.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8^a ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2018.

KUHLER, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales.* Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Barcelona: Marcial Pons, 2012 (*Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, C.F. Müller, 2006).

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2017 (*The Structure of Scientific Revolutions*, 1962).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamago. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATOURETTE, Bruno. **A fabricação do direito: um estudo de etnologia jurídica.** Tradução de Rachel Meneguello. São Paulo: UNESP, 2019.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista de Direito Administrativo, v. 145. Rio de Janeiro: 2015, p. 01/20.

LEITE, Alaor; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **Vida e morte do princípio da legalidade no direito penal brasileiro**, no Canal do YouTube do Seminário Mensal de Direito Penal, em 16.06.2020, sob a Coordenação de Salo de Carvalho. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=55cgY_Mlqx4. Acesso em 15.05.2022.

LEITE, Alaor. **Proibição de retroatividade alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal**. In

RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno. O Direito Penal e o tempo. Coimbra: 2016, p. 43/88.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance bancário: um manual descomplicado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Raquel da Cruz. **O Direito Penal dos Direitos Humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: CEI, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia**. In Direitos Sociais: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, 265-303.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Subjetivos e Direitos Sociais**, In: José Eduardo Faria (Org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da “reserva do possível”**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 173-193.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2000.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. **História do Direito Penal**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal n. 14, Ano IV, Rio de Janeiro: Instituto de Criminologia da UERJ, Jul-Set/1966, p. 07/19.

LYRA, Roberto. **O Novo Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

LYRA, Roberto. **O presente e o futuro do Direito Penal**. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 15, Ano IV, Rio de Janeiro: Instituto de Criminologia da UERJ, Out-Dez/1966.

MAAGGIORE, Giuseppe. **Diritto Penale**. 5ª ed. Bologna: Zanichelli, 1961.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Precedents – A Comparative Study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting Statutes – A Comparative Study**. Dartmouth: Ashgate, 1991.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes e outro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Stephen. **Liberal virtues: citizenship, virtue and community in liberal constitutionalism**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

MAINGUENEAU, Dominique. **Discurso e análise do discurso**. Tradução de Sírio Possenti. São Paulo: Parábola, 2020, p. 10.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANTOVANI, Fernando. **Diritto Penale**. Parte Generale. 9ª ed. Padova: Wolters Kluwer / CEDAM, 2015.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale Italiano**. 4ª ed. Torino: UTET, 1961.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-jurídico**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARMOR, Andrei. *Exclusive legal positivism*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 104/124.

MARQUES, Cláudia Lima. **O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme**. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 1954.

MARTÍN, Adán Nieto. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal*. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Orgs.: Íñigo Ortriz de Urbina Gimeno, Juan Pablo Montiel e Lothar Kühlen. Barcelona: Marcial Pons, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito Penal. Parte Geral. Lições Fundamentais**. 7ª ed. Belo Horizonte: D’Plácito, 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. *Compliance bancário: um manual descomplicado*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2022.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. In: *Novos estudos CEBRAP*, n. 58, novembro de 2000, pp. 183-202.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; QUEIROZ, Paulo. **Possibilidade jurídica de instituição de normas penais incriminadoras pela via de tratados internacionais.** *In: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 12, n. 72, jun./jul., 2016, p. 75/82.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado, aprovada em 2008, sob orientação de Álvaro de Vita, no PPGD/FDUSP, 2008.
- MENDES, Gilmar Mendes; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MEZGER, Edmund. ***Derecho Penal: Parte General (libro de estudio)***. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina SRL, 1958 (*Strafrecht: ein Studienbuch, 6ª ed, 1955*).
- MILL, John Suart. **Sobre liberdade.** Trad.: Alberto da Rocha Barros. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1991 (1859).
- MIRA, Jorge Correcher. ***El principio de legalidad penal: estudio comparado para su desarrollo democrático.*** Tese de doutoramento. València, Espanha: Universitat de València, 2016.
- MIRA, Jorge CORRECHER. ***Principio de legalidade penal: ley formal vs. law in action.*** Valencia: Tirant lo branch, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrinni, **Manual de Direito Penal. Parte Geral.** Vol. 01. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle a Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU, Chales de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MONTIEL, Juan Pablo. **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: decadencia o evolución?** Barcelona: Marcial Pons, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos**. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: JusPodivm, 2013.

MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. **Jeitinho brasileiro, mazelas históricas e cultura jurídico-tributária**. Florianópolis/SC: Insular, 2012.

MOUGENOT, Edilson Bonfim. **Direito Penal. Parte Geral**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, Edmo Colnaghi; FIGUEIROA, Caio Cesar; FERNANDES, Nelson Ricardo. **Gestão de Riscos**. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago CRIPA; VENTURINI (Coords.). **Manual de Compliance**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, *ebook*.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*. Ano 51, N. 201, jan./mar., 2014, p. 193/214.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. 01**. 6ª ed. São Paulo: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e Precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Vol. 9, da Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar; COURA, Alexandre de Castro. **Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin**, In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 21, n. 3, p. 311-336, set./dez-2020.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989 (*Valori costituzionali e diritto penale: un contributo comparatistico allo studio del tema*, 1985).

PALAZZO, Francesco. **Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali**. In: Revista Interventi e relazioni, 2016.

PALAZZO, Francesco. **La legalidade y la determinación de la ley penal. El significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regula iuris**. Revista Penal México, 2013.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no “compromisso significativo”**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2013, p. 161/210.

PÊCHEUX, Michel. **Análise de Discurso**. Tradução de Eni Puccinelli Orlandi. 4ª ed. Campinas/SP: Fontes, 2011.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

POLI, Vinicius José. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. Dissertação de Mestrado, sob orientação de Marcelo da Costa Pinto Neves, aprovada em 2012, no PPGD/FDUSP.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2014.

POSNER, Richard Allen. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro. Parte Geral**. Vol. 01. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2021.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a *civil law* brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Vol. 01. 14ª ed. Salvador: JusPdivm, 2020.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Trad.: Henrique Blecher e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011 (1986).

RAZ, Joseph. ***The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system***. Oxford: Clarendon, 2003.

REALE JR., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

REALE JR.; Miguel. **Instituições de Direito Penal. Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2011.

RODAS, Sérgio. Prescrição deve começar no trânsito em julgado para acusação e defesa, diz Toffoli. Revista Consultor Jurídico, Edição de 24.03.2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/prescricao-comecar-transito-julgado.pdf>. Acesso em 01.04.2022.

ROSCUE, Pound. ***Law in Books and Law in Action***. American Law Review. 44ª ed. N. 01. Chicago, EUA: jan-fev, 1910, p. 12-36.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. ***Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.*** Traduções da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. Auflage Beck, München, 1994*).

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal.** Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014).

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **Ética negocial e *compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** 17ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: Os limites morais do mercado.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Os tribunais e as nova tecnologias de comunicação e informação,** 2005. *In:* Dossiê Sociedade e Direito. Sociologias. N. 13. Porto Alegre: Jan./Jun., 2005.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal. Parte Geral.** 9ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 8 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões**. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coords.). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93/137.

SCANDELARI, Gustavo Britta. **Compliance e law enforcement: proposta para o aperfeiçoamento da prevenção corporativa de ilícitos no Brasil**. Tese doutoral defendida no PPGD/UFPR, Curitiba, 2021.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem**. Tradução de Danielle Campos. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018 (*Spirale oder Spiegelei? Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung*, in: HERZOG/NEUMANN [coords.], *Festschrift für Hassemer*, 2010, p. 239 e ss.), p. 285/297.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano**. In: GRECO, Luís (coord.). **Direito Penal, racionalidade e dogmática:**

sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013 (*Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, in: WESSLAU/WOHLERS (coords.), *Festschrift für Fezer*, 2008, p. 555 e ss.).

SEN, AMARTYA. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIDA, Váter Kenji. **Curso de Direito Penal.** 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito Penal, Racionalidade e Dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional.** Coordenação e tradução de Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Organização e tradução de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 2ª ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do Positivismo Clássico ao Pós-Positivismo Jurídico.** Curitiba: Juruá, 2014.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito Penal Brasileiro.** Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication.* University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994.

SOLER, Sabastián. **Derecho penal argentino.** 4ª ed. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1987.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, *ebook*.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. **Direito Penal.** Volume único. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Direito Penal. Parte Geral.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity.* New York: H. Holton and Company, 1873.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica.** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** 2ª ed. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2016.

SÜB, Franck. *El trato actual del mandato de determinación. In: La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper n. 43, May 2003.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitutional many minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. New Jersey, United States: Princeton University Press, 2009.

SUTHERLAND, Edwin. *Crime de Colarinho Branco*. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Compliance no direito penal de common law*. Revista de Estudos Criminais do TJDF. v. 18, n. 73, Brasília: 2019, abr./jun., p. 77/104.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione dela Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura*, 1994.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápolis, Itália: Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Tradução de Chiara de Teffë. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 13/14. Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em 22.05.2022.

TAVARES, André Ramos. **Modelos de uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** In: AA.VV. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. 1. Lisboa/Coimbra: FDUL/Comibra Editora, 2012.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito.** 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Branch, 2020.

TAVARES, Juarez. *Interpretación, principio de legalidade y jurisprudencia.* In Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. 40, n. 3, Madrid: Ministerio de Justicia, 1987.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Demanda n. 42.750/09.** Sentença de 21.10.2013.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOBLER, Giseli Caroline; ROSA, Alexandre Morais da; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Cegueira deliberada: o dolo na lavagem de dinheiro em face das heurísticas e vieses decisórios.** Florianópolis: Emais Editora & Livraria Jurídica, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito.** 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review.* Michigan Law Review. Vol. 101, Iss. 8. August, 2003, p. 2781-2802.

TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalisation of Constitutional Law.* In: MULLER, Sam & RICHARDS, Sidney (ed.). Highest Courts and Globalization. The Hague: Hague Academic Press, 2010.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Monografia vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais do IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 366.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e Controle de Constitucionalidade*. Série IDP, São Paulo: Saraiva, 2015.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Possibilidades e funções da reclamação constitucional**. <http://www.conjur.com.br/2013-jun-01/observatorio-constitucional-alcance-funcoes-reclamacao-constitucional>. Publicado em 01.06.2013, na Revista Eletrônica Consultor Jurídico. Acesso em 30.06.2017.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and Judicial Supremacy*. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper nº 14-57, nov., 2014.

WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Falácias do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral do Direito I.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. **O Direito e sua Linguagem.** 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

WELZEL, Hans. ***Derecho Penal: Parte General.*** Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WELZEL, Hans. ***O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista.*** 3ª ed. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2011 (*Das neue Bild des Strafrechtssystems: Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 1960), Posfácio de José Cerezo Mir.

WITTGENSTEIN, Ludwig. ***Tractatus Logico-Philosophicus.*** Traduzido por Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ªed. São Paulo: EDUSP, 2017.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucionais e precedentes judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro.** Vol. 01. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; DOS SANTOS, Ílison Dias. **A nova crítica criminológica. Criminologia em tempos de totalitarismo financeiro.** 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 11ª ed. São Paulo: RT, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *¿Derecho penal humano o inhumano?* In: Revista de Derecho Penal y Criminología. Año IV. N. 08. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley, Setiembre, 2014, p. 03/15.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.** Tradução: Sérgio Lamarão; Coordenação: Alice Bianchini e Luis Flávio Gomes. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde una margem.** Vol. I. Bogotá, Colômbia: Temis S.A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal humano y poder en el siglo XXI.** Instituto de Esdío e Investigación (INEJ): Managua, Nicaragua, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano ou Inumado? Ensaio Introdotório.** In: Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Ano 3, N. 6. Assunção, Paraguai: Agosto, 2015b, p. 27-47.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Criminología como curso.** In: *En torno de la cuestión penal.* Col. Maestros del Derecho Penal n. 18. Montevideo - Buenos Aires: B de F, Julio César Faira Editor, 2005, p. 1/39.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia.** Trad. Marina Gascón. 11ª ed. Madrid: Trotta, 2016.

ZANETTI JR., Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função *pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal).** In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). **Processo Penal.** Coleção Repercussões do novo CPC. Coordenação geral de Fredie Didier Jr. V. 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 453/468.

ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes.** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZENKNER, Andrei Schmidt. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.