

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

**JOÃO MARCOS ARAUJO TOMÉ**

**A NECESSÁRIA (RE)LEITURA ADEQUADA DAS GARANTIAS PENAIAS EM  
*TERRAE BRASILIS* E A SÚMULA Nº 716 DO STF: DESVELANDO O DISCURSO  
ILEGÍTIMO DO SENSO COMUM TEÓRICO A PARTIR DA CRÍTICA  
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

POUSO ALEGRE – MG

2022

JOÃO MARCOS ARAUJO TOMÉ

**A NECESSÁRIA (RE)LEITURA ADEQUADA DAS GARANTIAS PENAIAS EM  
*TERRAE BRASILIS* E A SÚMULA Nº 716 DO STF: DESVELANDO O DISCURSO  
ILEGÍTIMO DO SENSO COMUM TEÓRICO A PARTIR DA CRÍTICA  
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho

Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia

FDSM – MG

2022

## FICHA CATALOGRÁFICA

T66a TOMÉ, João Marcos Araujo

A necessária (re)leitura adequada das garantias penais em terrae brasilis e a súmula nº 716 do STF: desvelando o discurso ilegítimo do senso comum teórico a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. / João Marcos Araujo Tomé. Pouso Alegre: FDSM, 2022.

203p.

Orientador: Edson Vieira da Silva Filho.

Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Crítica Hermenêutica do Direito. 2. Garantismo. 3. Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro. 4. Criminologia Crítica. 5. Pós-modernidade. I Silva Filho, Edson Vieira da. II Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III Título.

CDU 340

João Marcos Araujo Tomé

**A NECESSÁRIA (RE)LEITURA ADEQUADA DAS GARANTIAS PENAIS EM  
*TERRAE BRASILIS* E A SÚMULA Nº 716 DO STF: DESVELANDO O DISCURSO  
ILEGÍTIMO DO SENSO COMUM TEÓRICO A PARTIR DA CRÍTICA  
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Data de aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho – FDSM (Orientador)

---

Prof. \_\_\_\_\_ FDSM (Banca Examinadora)

---

Prof. \_\_\_\_\_ (Banca Examinadora)

Pouso Alegre, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

*Ao meu pai, José,  
pelo exemplo, pelo incentivo,  
pela vida.*

## AGRADECIMENTOS

*Ao prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni, pela competente condução do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.*

*Ao prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho, meu orientador, fonte de inspiração e exemplo de condução acadêmica, pelos ensinamentos, paciência, zelo, seriedade e disponibilidade permanente, sua orientação e convívio mudaram minhas perspectivas acadêmicas, profissionais e pessoais e, por isso, serei sempre grato.*

*Ao prof. José Carlos Trinca Zanetti, chefe, sócio e amigo, na pessoa de quem agradeço toda a instituição PUC Minas campus Poços de Caldas, onde tudo isso começou, por ter me dado as condições para chegar até aqui e por ter me apoiado ao longo desses dois anos e seis meses.*

*Ao Sindicato dos Auxiliares de Administração Escolar da Região Sul do Estado de Minas Gerais – SAAESUL por ter me apoiado com uma bolsa de estudos sem a qual não seria possível chegar até aqui, para o que foi de fundamental importância o apoio do amigo Rodrigo, a quem serei eternamente grato.*

*Aos meus pais, José Roberto e Silvana, e a minha irmã, Maria Célia, que, mesmo à distância, acompanharam e apoiaram incondicionalmente essa jornada, mas, muito antes, fizeram a jornada acontecer no meu espírito ao inscreverem em mim, desde cedo, o valor da educação.*

*À Andressa, pelo companheirismo, assistência e por estar ao meu lado nos momentos bons e ruins, mas principalmente por compreender as ausências e os sacrifícios. Obrigado por tudo.*

*Aos companheiros de luta, Felipe Faria, amigo leal que me permitiu concluir este mestrado levando algo mais importante que os conhecimentos e o título, obrigado por tudo e por ser presente; ao Marco Antônio e ao Guilherme Togni, por terem dividido momentos importantes dessa caminhada, o que tornou tudo mais fácil.*

*Ao Thiago Arantes, amigo e sócio, ponto de segurança profissional e pessoal, por ter compreendido todas as ausências e dificuldades nestes dois anos e seis meses, sem jamais tergiversar.*

*“Aquele que pensa, opõe resistência; é mais  
cômodo seguir a correnteza, ainda que  
declarando estar contra a correnteza.”*

*Adorno*

## RESUMO

A pesquisa delinea-se na investigação fenomenológico-hermenêutica acerca da adequada compreensão, interpretação e aplicação das garantias penais no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, considerando-se o estado da arte da dogmática e da jurisprudência, tributárias do positivismo jurídico e refratárias à virada ontológico-linguística. Partindo da problematização da súmula nº 716 do STF, pretendeu-se demonstrar que, no paradigma pós-moderno do Estado Democrático de Direito em *terrae brasilis*, segue-se violando sistematicamente garantias penais, ainda que de forma dissimulada, a partir de uma compreensão inadequada do horizonte autêntico constitucional, assim como de uma metodologia de interpretação e aplicação das garantias que ignora a sua compreensão hermenêutica, ou seja, apegada ainda a um positivismo superado e, como tal, insensível às mudanças do pós-positivismo. Partindo-se do modelo de sujeito engendrado pela Modernidade e descrevendo a evolução do Direito nesse marco, abordando-se principalmente a constitucionalização do Direito até o advento do neoconstitucionalismo, pretendeu-se indicar que há uma crise de paradigmas de dupla face na medida em que vivencia-se uma época que supera modelos de racionalidade e de conhecimento próprios de um contexto moderno que, no entanto, não foram abandonados completamente e as tendências penais maximalistas contemporâneas, que erigem, por exemplo, o Direito Penal do Inimigo, demonstram a dificuldade de assimilação do constitucionalismo democrático garantista, convocando-se, então a crítica criminológica como forma de apresentar o contraponto garantista e democrático no interior da própria teoria criminológica, o que levará à constatação de que não há espaço para discursos relativizantes de garantias penais e processuais penais no Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro. A crítica à súmula nº 716 do STF, como fenômeno de standardização do direito que conforma uma incompreensão hermenêutica acerca do processo interpretativo, é feita para evidenciar a existência de um metadiscorso antigarantista no direito brasileiro, que expressa a incompreensão do horizonte autêntico da Constituição, sendo necessária a delação desse discurso ilegítimo como condição de possibilidade para o Direito e a Democracia no Brasil. Valendo-se da metodologia fenomenológico-hermenêutica, perquire-se acerca do contexto em que a atribuição do sentido da garantia da razoável duração do processo é realizada, para, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, viabilizar a resposta correta que aponta para a ilegitimidade do senso comum teórico dos juristas majoritário nas práticas doutrinárias e jurisprudenciais de *terrae brasilis*, que se vale de enunciados assertóricos para congelar sentidos e impedir o desvelar de toda a compreensão das garantias, do que é exemplo marcante a súmula 716 em relação à garantia do processo em tempo razoável. A delação apresenta-se, assim, como condição de possibilidade da superação do déficit de compreensão e da baixa constitucionalidade do direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Crítica Hermenêutica do Direito; Garantismo; Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro; Criminologia Crítica; Pós-modernidade.

## ABSTRACT

*The research is outlined in the phenomenological-hermeneutic investigation about the adequate understanding, interpretation and application of criminal guarantees in the context of Brazilian Contemporary Constitutionalism, considering the state of the art of dogmatics and jurisprudence, tributary to legal positivism and refractory to the ontological turn. -linguistics. Starting from the problematization of precedent n° 716 of the STF, it was intended to demonstrate that, in the postmodern paradigm of the Democratic State of Law in terrae brasiliis, criminal guarantees continue to be systematically violated, albeit in a disguised way, from an inadequate understanding of the authentic constitutional horizon, as well as of a methodology of interpretation and application of guarantees that ignores their hermeneutic understanding, that is, still attached to an outdated positivism and, as such, insensitive to the changes of post-positivism. Starting from the subject model engendered by Modernity and describing the evolution of Law in this framework, addressing mainly the constitutionalization of Law until the advent of neoconstitutionalism, it was intended to indicate that there is a crisis of double-sided paradigms insofar as we are experiencing a time that overcomes models of rationality and knowledge typical of a modern context which, however, have not been completely abandoned and contemporary maximalist criminal tendencies, which build the Criminal Law of the Enemy, demonstrate the difficulty of assimilating democratic constitutionalism guarantorism, thus calling for criminological criticism as a way of presenting the guarantorist and democratic counterpoint within the criminological theory itself, which will lead to the realization that there is no space for relativizing discourses on criminal and criminal procedural guarantees in Brazilian Contemporary Constitutionalism. The criticism of STF precedent n° 716, as a phenomenon of standardization of law that conforms to a hermeneutic misunderstanding about the interpretative process, is made to highlight the existence of an anti-racist meta-discourse in Brazilian law, which expresses the misunderstanding of the authentic horizon of the Constitution, being necessary to denounce this illegitimate discourse as a condition of possibility for Law and Democracy in Brazil. Using the phenomenological-hermeneutic methodology, the context in which the attribution of the meaning of guaranteeing the reasonable duration of the process is carried out is carried out, in order, from the Hermeneutic Critique of Law by Lenio Streck, to enable the correct answer that points for the illegitimacy of the theoretical common sense of the majority jurists in the doctrinal and jurisprudential practices of terrae brasiliis, which uses assertoric statements to freeze meanings and prevent the unveiling of any understanding of guarantees, of which the precedent 716 is a striking example in relation to the process guarantee in a reasonable time. The whistleblower is thus presented as a condition for the possibility of overcoming the deficit in understanding and the low constitutionality of Brazilian law.*

**Keywords:** *Hermeneutic Critique of Law; guaranteeism; Brazilian Contemporary Constitutionalism; Critical Criminology; Postmodernity.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 A CRISE DO DIREITO ENTRE PARADIGMAS DE SUBJETIVIDADE .....</b>	<b>19</b>
1.1 Modernidade: um projeto excludente-objetificante e suas promessas .....	21
1.2 Do(s) Positivismo(s) ao(s) Neoconstitucionalismo(s): da atribuição de ordem na Modernidade, a (tentativa de) constitucionalização do Direito e a questão dos paradigmas: novas perspectivas/velhos problemas para um Direito reconfigurado – garantismos versus efficientismos .....	39
<b>2 EFICIENTISMO MAXIMALISTA X GARANTISMO - A DUPLA FACE DO DIREITO PENAL ENQUANTO CRITÉRIO DE ALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DO SEGUNDO .....</b>	<b>67</b>
2.1 O espectro do inimigo: a busca de proteção eficiente a qualquer custo e a acolhida do modelo garantista pelo Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro .....	68
2.2 A dupla face do direito penal: entre proibição de excesso e de proteção deficiente .....	94
<b>3 E QUANDO AS GARANTIAS SE AFIGURAM COMO RELATIVIZADORAS DE GARANTIAS? .....</b>	<b>121</b>
3.1 O direito fundamental à razoável duração do processo a partir de Mauro Cappelletti ....	124
3.2 A súmula nº 716 do STF e a garantia da razoável duração do processo: formulação de um metadiscurso antigarantista e a compreensão adequada do problema à luz da Crítica Hermenêutica do Direito .....	148
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>180</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>186</b>

## INTRODUÇÃO

O estudo dos mecanismos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, objeto da hermenêutica jurídica, é tema dos mais relevantes na atual quadra da Ciência e da Filosofia do Direito. Isso porque o momento histórico, caracterizado pela intensa globalização - padrão econômico e político do capitalismo em curso na pós-modernidade -, a evolução tecnológica permanente e a revolução dos meios de comunicação tornaram mais dinâmicas e complexas as relações sociais, tanto no plano público quanto no privado. Essa tendência repercute em todas as esferas do conhecimento humano, com especial relevância para o Direito, na medida em que é este o responsável por regular essas relações dinâmicas num paradigma socio-político-econômico inédito que se apresenta neste início de século, cujo processo transitivo remonta, no entanto, a partir da segunda metade do século XX.

Nesse sentido, o paradigma pós-moderno coincide e relaciona-se, no Direito, com o fenômeno do pós-positivismo, no bojo do qual ganha relevo, sob a perspectiva da constitucionalização do direito, as correntes neoconstitucionalistas, ou seja, as teorias do direito que se debruçam sobre os contornos do movimento de (re)constitucionalização do Direito que teve curso a partir da segunda metade do século XX, especialmente após os eventos trágicos da primeira metade daquele século, os quais indicaram na consciência dos políticos e juristas, a necessidade de repensar o sistema jurídico e o constitucionalismo.

Antes, no entanto, de problematizar o direito na contemporaneidade, o que se liga a uma perspectiva pós-moderna no sentido de superação da modernidade e de seus dogmas – a raiz da crise do Direito ali se encontra -, é preciso compreender, primeiro, o que teria sido a modernidade, enquanto fenômeno social, político, econômico e cultural que teve curso a partir das Revoluções burguesas do século XVIII, de matriz antropocêntrica. Esse paradigma, com efeito, é significativo de uma série de processos históricos e fenômenos sociais trabalhados criticamente por diversos filósofos, sociólogos e historiadores sob as mais diferentes perspectivas, encontrando seu centro de debate acadêmico mais profícuo a partir das reflexões da Escola de Frankfurt. Portanto, é uma perspectiva crítica que acompanha a análise da modernidade nesta pesquisa, de seus dualismos e de sua racionalidade, firmando as bases teóricas que permitirão o desenvolvimento de uma proposta (crítica) de superação desse parâmetro racional em direção ao paradigma emergente, essencialmente pluralista e dito – assumindo-se nesta pesquisa a referida nomenclatura - pós-moderno.

A evolução da Ciência e da Filosofia do Direito, no limiar da Modernidade para a Pós-modernidade, é marcada, assim, pela tensão entre regulação e emancipação, sendo permeada,

ainda, no plano da Teoria do Direito, pela tendência de constitucionalização dos direitos fundamentais, a fim de controlar os inevitáveis abusos, primeiro do príncipe e, posteriormente, do próprio aparelho burocrático desenvolvido com o Estado moderno. Nesse esforço teórico e epistêmico de busca de novos arranjos institucionais aptos a dar conta de um contexto social transitivo, erige-se, então, após o segundo pós-guerra, o Estado Democrático de Direito como uma nova racionalidade da teoria do Estado a fim de fazer frente aos fracassos modernos cuja culminância é simbolizada pela 2ª Grande Guerra.

Nesse contexto é que ganha relevo a discussão do movimento neoconstitucionalista – que será melhor qualificado sob o nome de Constitucionalismo Contemporâneo, conforme o marco teórico de Lenio Streck, que orienta toda a discussão aqui tratada. O neoconstitucionalismo, portanto, termo cunhado por juristas espanhóis, significa um conjunto de concepções teóricas que tem por objeto compreender o fenômeno da normatividade das constituições que surgiram no contexto do precitado segundo pós-guerra, buscando expressar as mudanças ocorridas no plano da teoria do direito desde então, bem como pretendendo elaborar metodologias para a viabilização de uma teoria da decisão neste novo cenário paradigmático; esse fenômeno acarretou inúmeras repercussões jurídicas nos mais diversos ramos especializados da ciência jurídica, suscitando intenso debate acerca não só da teoria do direito, senão também da própria concepção de Estado. Pois é exatamente a forma de entrelaçamento entre a perspectiva de interpretação e aplicação da norma jurídica a partir do neoconstitucionalismo, que confere especial protagonismo às teorias da argumentação e ao protagonismo judicial e, de outro lado, os reflexos desse processo sobre o ramo do Direito Penal, e em especial da criminologia e do tratamento das garantias, que se constitui o pano de fundo da pesquisa que se pretende realizar, a fim de delinear precisamente o tratamento das garantias penais sob este novo paradigma, diagnosticando as razões de sua incompreensão (constitucionalmente adequada) evidenciada pelas práticas jurisprudenciais e doutrinárias de *terrae brasilis*, incompreensão que leva à sua ineficácia e, mais amplamente, ao fenômeno da baixa constitucionalidade do nosso Direito.

Certo é que a utilização de uma hermenêutica que tem os princípios constitucionais como norte de sentido – compreendidos como descontinuidade em relação aos velhos princípios gerais de direito, conforme Streck- é inafastável para a descoberta de respostas adequadas para as diversas questões advindas da interpretação e aplicação do Direito, meio de se garantir o respeito à democracia no âmbito das práticas de aplicação do direito, afastando-as de discricionariedades e subjetivismos incompatíveis com o Constitucionalismo Contemporâneo. Portanto, o ponto alto da pesquisa empreendida será o constitucionalismo, a partir das diversas

concepções teóricas que buscam explicá-lo e dotá-lo de metodologias próprias de interpretação, argumentação e aplicação do direito, principalmente o garantismo de Luigi Ferrajoli, que norteia grande parte da argumentação empreendida ao longo da pesquisa, seja sob o viés jurídico geral, seja a partir da particularidade da sua aplicação na seara do direito penal – garantismo penal –, enquanto teoria normativa da democracia constitucional que se preocupa com a discricionariedade judicial, vale dizer, em combatê-la; assim, a partir desse suporte teórico, problematiza-se as garantias penais e processuais penais no contexto do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Para além disso, do ponto de vista político, também as implicações entre neoconstitucionalismo e sistema penal ganham relevância, porquanto a afetação deste por aquele, de modo a, por exemplo, suscitar interpretação constitucional restritiva de determinada garantia fundamental material - situação não incomum nos dias que correm, conforme se terá a oportunidade de demonstrar com o exemplo concreto da súmula 716 do STF, que sintomatizará a problemática enunciada -, traz a reboque a crítica da legitimidade da decisão judicial, epicentro da tensão contemporânea entre constitucionalismo e democracia, cujo enfoque no ramo especializado do direito que trata do bem mais fundamental do cidadão – a liberdade – faz do debate das garantias penais agenda primordial de um Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Para empreender a tarefa de estudar essa relação entre constitucionalismo e sistema penal – que essencialmente perpassa pela compreensão da concepção de sujeito em determinado tempo histórico e do sistema jurídico –, iniciar-se-á, por primeiro, pelo delineamento filosófico da subjetividade no paradigma da Modernidade e sua transmutação – a partir da virada ontológico-linguística - quando da superação dessa fase rumo à Pós-modernidade.

Nesse sentido, a análise sempre enfocará na concepção de sujeito, explicitando o advento de novos conceitos simultaneamente à subsistência de velhos parâmetros, na medida em que essa transição ainda está por se completar, mormente em países de modernidade tardia, como o Brasil. Toda a compreensão de paradigmas jurídicos acompanha, antes, um confronto filosófico de fundo que o dá sustentação, razão pela qual se fala contemporaneamente, após a ontologia da compreensão de Martin Heidegger, numa invasão do direito pela filosofia; daí que a fenomenologia hermenêutica perpassa toda a pesquisa e culmina na Crítica Hermenêutica do Direito elaborada por Streck para responder ao problema (de Direito) da pesquisa, ou seja, como realizar, no paradigma pós-moderno do Estado Democrático de Direito em *terrae brasilis*, a interpretação, aplicação e a adequada compreensão das garantias penais frente a um contexto

social e jurídico ainda moderno e positivista, bem como de baixos graus de efetividade da Constituição?

Falar, com efeito, de paradigmas entre Modernidade e Pós-Modernidade, Positivismo e Constitucionalismo Contemporâneo, é explicitar a divergência pela tomada de posição acerca de parâmetros filosóficos diversos, vale dizer, a filosofia da consciência, receptora de uma proposta epistemológica que atribui ao sujeito a razão absoluta, ente cognoscente face a seu objeto cognoscível (esquema S-O), própria à Modernidade, e a hermenêutica filosófica gadameriana, fundada na matriz da ontologia fundamental heideggeriana, cujo padrão, acompanhando a virada linguística, é o da intersubjetividade e refutação do sujeito solipsista (esquema S-S), coincidindo com os imperativos plurais e tolerantes característicos do alvorecer da pós-modernidade. No bojo do estudo dos fundamentos filosóficos desses paradigmas, não se pode deixar de analisar, para os fins desta pesquisa, a função e o papel do Direito nesse contexto de transição, o que passa pelo exame da tensão jurídica própria do período - regulação *versus* emancipação -, o que abrirá a oportunidade de se aprofundar no fenômeno da constitucionalização do Direito e dos direitos fundamentais, partindo-se das escolas positivistas enquanto pretensão teórica de atribuição de ordem na Modernidade, até à análise do(s) neoconstitucionalismo(s) advindos a partir do segundo pós-guerra.

Em síntese, neste primeiro momento da análise, tratar-se-ão dos aspectos filosóficos e jurídicos da Modernidade e da sua transição para a Pós-Modernidade, enfocando a análise na concepção de sujeito que se constitui em cada um dos momentos, conectando-o aos sistemas jurídicos próprios de cada época, culminando no problema da crise de paradigmas (Constitucionalismo Contemporâneo, sustentando uma racionalidade subjetiva pluralista, mas permeado por um sistema jurídico positivista – moderno – e amparado em paradigmas filosóficos metafísicos, impermeáveis à viragem ontológico-linguística), fenômeno que se projetará especialmente no sistema penal, mormente no tratamento dispensado às garantias penais.

Assim colocado o problema do advento de novos paradigmas jurídicos pós-modernos (Estado Democrático de Direito, de cunho pluralista e tolerante) e pós-positivistas (principiologia normativa) num contexto histórico que, todavia, parece caminhar em outra direção (a globalização que induz à dominação de sujeitos e, logo, implica em raciocínios segmentadores, fragmentários e impõe uma ordem social altamente conflituosa e instável), poder-se-á avançar rumo ao estudo do fenômeno penal maximalista como subproduto moderno e repristinado na contemporaneidade, como a lembrar que a compreensão (adequada) das

garantias penais e processuais penais perpassa por uma necessária crítica criminológica dos fundamentos do direito de punir – e dos seus destinatários.

É que, para se lograr compreender o Sistema Penal na contemporaneidade – em cujo bojo se inserem as garantias -, não se pode deixar de analisar os impulsos maximalistas que, estudados como subprodutos da crise de paradigmas (sujeito e Estado modernos monistas *versus* sujeito e Estado pós-modernos pluralistas) que se forma no limiar da pós-modernidade, constituem a matéria de pressão antigarantista sobre o sistema penal, reverberando, destarte, na interpretação e aplicação dos instrumentos típicos da atividade repressiva.

Tematiza-se, assim, acerca dos modelos criminológicos surgidos ao longo da modernidade no paradigma do Constitucionalismo Liberal e repristinados – tardiamente - na fase do Constitucionalismo Contemporâneo, na esteira da sociedade do risco e do perigo que está a reclamar por mais punição e menos garantias. Para estabelecer o contraponto a esse modelo criminológico hegemônico, identificando-o como inadequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, valer-se-á dos aportes da criminologia crítica, na forma em que trabalhada por Alessandro Baratta, explicitando a limitação epistêmica da criminologia positivista e a incompatibilidade dos diversos discursos maximalistas e eficientistas do direito penal.

Com o propósito de evidenciar a ilegitimidade do modelo de compreensão do sistema penal hegemônico no Brasil, será preciso estabelecer os contornos de uma racionalidade jurídico-penal adequada ao Constitucionalismo Contemporâneo, o que será possível a partir de uma leitura hermenêutica dos princípios constitucionais e das garantias penais – que estabelecem o horizonte autêntico constitucional sob o qual se estrutura o direito penal - conjugada com uma compreensão do Direito enquanto integridade, tornando possível compreender o Direito Penal no bojo da Crítica Hermenêutica do Direito enquanto dotado de uma dupla face: a proibição de excesso e de proteção deficiente. Nesse sentido, a leitura constitucionalmente adequada do Direito Penal e do Sistema Penal encontra óbice no contexto social, jurídico e político contemporâneo que, repristinando formas de racionalidade jurídico-penais próprias de um contexto moderno pretensamente superado, engendra modelos de punibilidade essencialmente positivistas - no sentido criminológico -, supedaneados numa criminologia correcionalista, de base etiológica, apegados ao esquema sujeito-objeto e infensos à acolhida intersubjetiva que reclama a introjeção da tolerância e da inclusão como vetores de sentido do constitucionalismo democrático.

Aqui terá lugar, na pesquisa, a explicitação do papel do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, enquanto ponto de equilíbrio entre a vedação de excesso e de proteção

deficiente, nos termos da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, enfatizando, em resposta e por decorrência lógica, uma perspectiva minimalista, a partir da Criminologia Crítica, com apoio em Zaffaroni, Alessandro Baratta e Juarez Cirino.

Nesse contexto, é que caberá a tematização, como reforço do argumento, da teoria do inimigo como instrumento típico da modernidade cujos efeitos seguem ainda mais intensos do que nunca na atual quadra histórica, na esteira da crise constante provocada pelo espraiamento da globalização e da revolução tecnológica. A convocação, assim, da teoria do inimigo de Gunter Jakobs terá o condão de evidenciar como tais discursos (ilegítimos), por certo inadequados face ao Constitucionalismo Contemporâneo, ganham vazão e se desenvolvem no bojo de sistemas democráticos e, notadamente, na América Latina periférica. Portanto, o que se pretenderá nesta etapa da pesquisa será problematizar o sistema penal na contemporaneidade, começando pelo que deveria ser (proibição de excesso e de proteção deficiente), demonstrando, todavia, o que ele de fato é (maximalista, seletivo), contextualizando, assim, a crise de paradigmas e inserindo, destarte, a resposta da Criminologia Crítica para desconstituir tal discurso.

Constatada então que há a permanência de um discurso penal ilegítimo no Direito brasileiro, tributário de racionalidades e matrizes filosóficas ultrapassadas, seja pela invasão da Filosofia pela Linguagem quanto pelo advento do Estado Democrático de Direito, assim como ter-se logrado demonstrar, no segundo capítulo, que a resposta constitucionalmente adequada ao déficit de compreensão do Sistema Penal passa pela acolhida do modelo garantista – penetrado, vale a ressalva, pela compreensão principiológica das garantias penais e da própria Constituição -, demonstrar-se-á, no capítulo derradeiro, que o desafio no Brasil é ainda mais grave, na medida em que a identificação do problema e mesmo dos meios para resolvê-lo não são o bastante para assegurar a legitimidade da resposta correta no Direito de *terrae brasilis*, face às idiosincrasias próprias de nossa doutrina e jurisprudência.

Para tanto, discutir-se-á o déficit epistemológico que envolve grande parte da doutrina e da jurisprudência, que dão ensejo ao que Warat cunhou por senso comum teórico dos juristas, o qual, por manter os parâmetros da ciência do Direito inscritos ainda nos paradigmas filosóficos ultrapassados da metafísica clássica e moderna, assim como de um positivismo incapaz de ofertar as melhores respostas aos (novos) problemas da contemporaneidade, não permite uma compreensão adequada (constitucionalmente) dos princípios e das garantias jurídicas. Daí os discursos estandardizados tão comuns na realidade do direito que se pratica em *terrae brasilis* - questão própria do senso comum que em si mesma tangenciará esse momento da pesquisa a partir da discussão da súmula nº 716 do STF –, que conformam um

metadiscorso antigarantista, na medida em que, na verdade, tais standards - a súmula nº 716 é a eleita para demonstração do fenômeno nesta pesquisa - interditarão o autêntico sentido hermenêutico das garantias penais processuais penais: trata-se da questão da entificação do ser, que aprisiona o desvelar do sentido do ser. Violamos garantias a pretexto de dizer que as asseguramos. E o capítulo final pretende demonstrar, a partir da exemplificação da referida súmula, como esse processo discursivo ilegítimo tipicamente brasileiro se delineia.

Firmadas as bases teóricas que circundam o problema de pesquisa, será chegado o momento de averiguar se a hipótese de pesquisa consistente em que continuamos a violar (sistematicamente) garantias é procedente, num sinal inequívoco de que não concluímos a transição para o novo paradigma, e como, em caso afirmativo, delatar a ilegitimidade desse discurso (imposição que é uma obviedade se estamos a tratar de um Estado Democrático de Direito) e apontar o caminho para retomar o horizonte autêntico requerido – segundo pensamos, a resposta está na Crítica Hermenêutica do Direito de Streck enquanto proposta de compreensão hermenêutica do direito como integridade e dotado de uma referência histórico-institucional que permite, na fusão de horizontes a ser realizada no ato (simultâneo e não cindido) de interpretação e aplicação do direito no caso concreto, o desvelar do sentido autêntico das garantias penais e processuais penais no direito brasileiro.

Assim é que terá lugar, como correlativo da temática jurídico-garantista traduzida na súmula nº 716 do STF (sintoma do problema geral de violação sistemática de garantias cuja hipótese se tentou demonstrar), um estudo analítico do direito/garantia fundamental à razoável duração do processo, valendo-se para tanto do marco teórico de Mauro Cappelletti. Em seguida, serão relacionadas a referida súmula com a garantia da razoável duração do processo, a propósito de desvelar que o referido standard dissimula uma pretensa concreção de uma garantia, quando em verdade elabora um metadiscorso antigarantista, porquanto interdita o debate acerca da efetiva garantia de um direito fundamental contra o Estado – portanto, viola.

Assume-se, assim, nessa pesquisa, a defesa das garantias penais enquanto instrumentos – inseridas no bojo de uma leitura (hermenêutica) principialista das garantias coerente ao Constitucionalismo Contemporâneo - de contenção do arbítrio; sua compreensão há de ser realizada hermeneuticamente a partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, que forjará a hermenêutica filosófica de Gadamer. Buscar-se-á, assim, o ser do ente, o ser das garantias, seu significado histórico-efetual, para assim desvelar seus sentidos inautênticos.

Concentrando-se, portanto, na análise do contexto jurídico brasileiro, assinalando os efeitos da modernidade tardia na base da qual opera, busca-se demonstrar a necessidade de uma

releitura do discurso penal – o que inclui principalmente as garantias penais - a partir do horizonte autêntico traduzido pela Constituição de 1988, evidenciando que o paradigma do Estado Democrático de Direito implica verdadeira revolução copernicana na forma de interpretar, compreender e aplicar o Direito até então vigentes – processo compreensivo que, na linha da hermenêutica filosófica, dá-se de forma simultânea e circular (*applicatio*) -, para cuja satisfação faz-se imprescindível uma nova racionalidade – hermenêutica - coerente ao pós-positivismo.

A análise do Direito, aqui encetada sobre o prisma do Direito e do Sistema Penal, no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, que não se desvincula do compromisso democrático que encerra na proteção dos direitos fundamentais sua mais elevada projeção político-jurídica, acompanha a mudança no quadro geral de transição entre paradigmas socioculturais, de modo que, por tal processo encontrar-se em andamento, é inevitável a conclusão de que o novo ainda não chegou e, ao contrário, o velho continua presente.

O que se propõe, enfim, na pesquisa adiante delineada, é a delação de um discurso superado, erigido sob as vestes aparentemente adequadas ao Constitucionalismo Contemporâneo, que, todavia, apenas reforça a percepção de que a modernidade e o seu correlato na teoria do direito, o positivismo, persistem e superá-los é condição de possibilidade para o Direito e para a Democracia, enfim, para a efetivação do projeto constitucional compromissório assim plasmado na Carta de 1988.

A metodologia empregada nesta pesquisa será a fenomenologia hermenêutica, a partir da matriz teórica de Heidegger e Gadamer. Com efeito, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck – categoria teórico-epistemológica de que se vale a pesquisa para propor a crítica que responderá à pergunta de pesquisa – é baseada na Hermenêutica Filosófica de Gadamer. Nesta, busca-se, para além de uma simples dialética, porquanto insere numa dinâmica circular, a reconstrução do chão teórico em um movimento que vai do hermenêutico ao apofântico em busca da significação dos entes a partir de sua mundialidade.

Assim, entre a decisão e a sua compreensão, perquire-se acerca do contexto em que tais momentos estão inseridos, bem como as dimensões que demandam/permitem a sua manutenção – ou não – nos dias de hoje. Logo, com a Constituição como horizonte autêntico, define-se, a partir da historicidade, o significado das garantias e, a partir de então, como ressignificar os princípios norteadores do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, os textos legais e as decisões judiciais frente ao estágio de desenvolvimento civilizatório por que passamos contemporaneamente. A partir desse raciocínio circular, e com base nas tradições autênticas traduzidas pelos princípios constitucionais, desvela-se a (in)compreensão da súmula nº 716 do

STF e, logo, a inconsistência de sua manutenção legítima, já que se trata de standard de correção que viola sistematicamente direitos fundamentais como o da razoável duração do processo.

Portanto, em um movimento de construção e destruição de significados, busca-se a compreensão autêntica das formas de se tratar as questões jurídicas e, no caso da pesquisa, a forma autêntica de interpretar as garantias penais, aproximando-se das origens e trazendo os conceitos ao tempo (no sentido heideggeriano) em que somos o que somos – ser-aí -, para buscar a construção de um ser autêntico.

## 1 A CRISE DO DIREITO ENTRE PARADIGMAS DE SUBJETIVIDADE

A problematização acerca da interpretação, compreensão e adequada aplicação das garantias penais e processuais penais no Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro perpassa, necessariamente, pela crítica da modernidade enquanto projeto em vias de superação.

E isso porque nenhuma discussão teórica pode começar a partir do nada, na medida em que, na linha da fenomenologia hermenêutica aqui trabalhada, ser é tempo, “na ontologia da compreensão, a vida é história”<sup>1</sup>; portanto, a base a partir da qual se haverá de iniciar a discussão das garantias penais é a raiz da crise do Direito na contemporaneidade, ou seja, a incompreensão do novo, ou de como enxergamos o novo com os olhares do velho<sup>2</sup>, ainda, de como “a caracterização da crise do paradigma dominante traz consigo o perfil do paradigma emergente”<sup>3</sup>.

Assim, conecta-se a necessidade de uma releitura<sup>4</sup> das garantias penais a partir do horizonte autêntico (no sentido gadameriano, conforme será explicitado no decorrer da pesquisa) da Constituição de 1988 e, logo, a superação de uma interpretação e de um modelo de Direito ainda positivista, à premência de uma nova racionalidade jurídica adequada ao pós-positivismo - marco filosófico<sup>5</sup> da nova fase do constitucionalismo - e à pós-modernidade - paradigma emergente -, compreendida esta, aqui, enquanto enunciativa do esgotamento da modernidade enquanto paradigma sociocultural, sem, contudo, representar a completa ruptura com o moderno, o que denota por si a característica transitiva da contemporaneidade<sup>6</sup> e sua complexidade correlata.

Portanto, parte-se da tensão paradigmática sociocultural modernidade *versus* pós-modernidade, assim apresentada por Boaventura de Sousa Santos<sup>7</sup>, diluindo-a para a sua

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 291.

<sup>2</sup> CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 57.

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 74.

<sup>4</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 96.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 11-12, abr./jun. 2005.

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O social e o político na transição pós-moderna. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 102-103.

<sup>7</sup> Idem, 2011, p. 186.

repercussão no campo da Filosofia do Direito a propósito de compreender a racionalidade jurídica na contemporaneidade, coerentemente à compreensão fenomenológico-hermenêutica que implica numa escavação filosófica dos fenômenos e da própria história a fim de acessar o ente que, no plano hermenêutico, atribui sentidos.

O reflexo desta tensão paradigmática no plano do Direito será analisado a partir do pano de fundo característico do embate contemporâneo entre positivismo(s) versus pós-positivismo(s), sintetizando as inúmeras diferenças metodológicas e referências teóricas que circundam tais perspectivas sob o elemento-chave para o desenlace da questão aqui posta: os modelos de sujeito e, logo, de conhecimento/ racionalidade empreendidos em cada momento, denotando, novamente, a importância da fenomenologia hermenêutica enquanto desvelamento das camadas de pré-compreensões encobertas nos fenômenos e nos discursos, como se vê, no caso da compreensão do Direito ao longo da História, com os modelos de conhecimento.

Põe-se em evidência, assim, os aspectos filosóficos e jurídicos da modernidade, ponto de partida da pesquisa, de modo a, compreendendo adequadamente sua crise e as razões dela, bem como suas consequências no campo do Direito, pretender compreender também adequadamente a Constituição no Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de horizontes autênticos no sentido gadameriano<sup>8</sup>, desvelados no círculo hermenêutico e pela diferença ontológica, a partir da tradição.

No aspecto ainda dos efeitos do modo de ser moderno para o campo do Direito, e o choque da subsistência dessa compreensão - inautêntica, para a filosofia hermenêutica, como se verá, na medida em que vivenciamos a pós-modernidade -, vale destacar a baixa constitucionalidade ou a inefetividade da Constituição, expressão de que se vale Streck e que tem um sentido próprio enunciativo da dificuldade em se compreender a densidade jurídico-política do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil, precisamente em função da peculiaridade histórica de não se ter completado, por aqui, a modernidade – a partir do que se explica a crise paradigmática do Direito no Brasil, eis que a fase (também moderna) do Estado Social não passara de um simulacro em *terrae brasilis*, razão, inclusive, pela qual nosso Constitucionalismo representa um resgate das promessas incumpridas da modernidade<sup>9</sup>.

Esse fenômeno da baixa constitucionalidade, típico da resiliência inautêntica da racionalidade moderna que se quer aqui problematizar a partir do olhar do novo, decorre, com

---

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 354-405.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 62-63.

efeito, exatamente do déficit de compreensão, que Lenio denomina de crise de paradigmas de dupla face<sup>10</sup>, ou, dito de outro modo, é corolário da fragilização da autonomia do Direito<sup>11</sup>, autonomia que distingue o plus normativo que conforma o redimensionamento do Direito na fase atual do constitucionalismo do Brasil e do qual se falará mais adiante, fenômenos todos, enfim, umbilicalmente ligados à problemática aqui discutida da ilegitimidade do discurso jurídico moderno a partir da sua impermeabilidade - incompatibilidade com - às exigências do Estado Democrático de Direito no Constitucionalismo Contemporâneo.

A análise da estrutura de racionalidade da Modernidade valerá aqui, portanto, de base para a elaboração de uma perspectiva teórica mais abrangente que se constitui na superação de um modelo paradigmático em direção a outro, o pós-moderno, ainda não delineado em todos os seus contornos, culminando, finalmente, no problema da crise de paradigmas: o Constitucionalismo Contemporâneo, sustentando um modelo de racionalidade intersubjetiva que, como tal, reclama um sujeito plural, fruto da Constituição democrática e, conseqüentemente, tolerante e includente, mas permeado por um sistema penal (ainda) apegado à perspectiva dual anterior - ainda somos modernos<sup>12</sup> -, o que conformará teoricamente as justificativas para se compreender - inautenticamente, na leitura hermenêutica gadameriana aqui adotada - como, em tempos de afirmação intersubjetiva e de valorização da pluralidade e da diferença, é possível a edificação de modelos penais objetificantes-excludentes (inimigo), logo, antigarantistas, os quais são próprios da modernidade dualista, incompatíveis, por evidente, com o Constitucionalismo Contemporâneo tal qual deduzido nos contornos do Estado Democrático de Direito erigido da Constituição de 1988.

### 1.1 Modernidade: um projeto excludente-objetificante e suas promessas

Entre modernidade e pós-modernidade temos a crise da Filosofia, que demanda um revisitar de bases teóricas e perspectivas metodológicas de aproximação do objeto de estudo. Ou seja, de uma filosofia da consciência, própria da metafísica moderna, que entroniza o sujeito como protagonista da relação de conhecimento, encarada enquanto epistemologia, dotado de

---

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 116-117.

<sup>11</sup> AUTONOMIA DO DIREITO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 25-33.

<sup>12</sup> SILVA, Edson Vieira. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? *Meu site jurídico*, São Paulo, 6 maio 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/06/relativizacao-das-garantias-penais-ou-quem-tem-medo-garantismo-penal/>. Acesso em: 18 out. 2020.

uma razão plenipotenciária da qual emana a compreensão do mundo – consciência de si do pensamento pensante<sup>13</sup> -, avança-se para a filosofia da linguagem, a partir dos *linguistics turns* (Wittgenstein e Heidegger) e, principalmente, da virada ontológico-linguística de Martin Heidegger a qual, estabelecendo uma filosofia hermenêutica, rompe com a epistemologia por meio do conceito da diferença ontológica – explicitadora da separação entre ser e ente, reunidos no paradigma filosófico anterior sob a entificação do ser -, instituindo o mundo prático na filosofia, o que permitirá dali em diante uma leitura intersubjetiva em que sujeito e objeto passam a ser sustentados de forma intersubjetiva, é dizer, sem assujeitamentos.<sup>14</sup>

Coerentemente à proposta metodológica adotada nesta pesquisa, que parte da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Streck<sup>15</sup>, para desvelar os contornos do problema hermenêutico que conforma a discussão das garantias penais em *terrae brasilis*, mormente o modo (ainda moderno) como as garantias parecem ser compreendidas e interpretadas no plano da dogmática e da prática jurídica, impedindo, logo, o desvelar da sua potencialidade jurídico-política no contexto de um Estado Democrático de Direito que, justamente por ser Democrático (e Social) de Direito, reclama uma leitura autônoma e principiológica do seu sistema, a propósito de manter a sua coerência e integridade<sup>16</sup>, compreendendo o Direito, ainda, na leitura hermenêutica filosófica gadameriana combinada com a teoria do direito como integridade aqui trabalha a partir de Streck<sup>17</sup>, como prática interpretativa, a crítica da hermenêutica jurídica tradicional se faz necessária.

Essa hermenêutica tradicional, ainda preponderante na doutrina e nas práticas do Direito, é caudatária de paradigmas filosóficos que, embora satisfatórios para a explicação dos fenômenos de sua época e para a satisfação das necessidades históricas de determinados contextos, não o são mais quando se detém a pensar o Direito a partir do Constitucionalismo Contemporâneo advindo da segunda metade do século XX e os seus imperativos de pluralidade, intersubjetividade e tolerância.

Nesse sentido, a metafísica clássica e a filosofia da consciência moderna<sup>18</sup>, enunciadoras de modelos de compreensão duais, objetificadores, mostram-se como ponto-chave da discussão hermenêutica.

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 276.

<sup>14</sup> Idem, 2017, p. 500 e 515.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 650-651.

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., 2017, p. 503.

<sup>18</sup> Idem, 2014b, p. 20-21.

A Metafísica, como paradigma filosófico, e tendo iniciado no período sofístico e sido efetivamente delineada e sistematizada enquanto conhecimento (essencialista) por Aristóteles, “é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras e como princípio próprio um princípio que condiciona a validade de todos os outros.”<sup>19</sup>

Trata-se, com efeito, do paradigma objetivista, ou seja, da relação de conhecimento estabelecida segundo o parâmetro Objeto-Sujeito (esquema O-S), no qual o sentido das coisas é extraído diretamente destas, sem interveniência do sujeito, o qual, então, se apresentava como mero captador da essência inerente a cada objeto.

Tendo curso desde o século IV a.C. e vigorando até o século XIX<sup>20</sup>, tal filosofia teve ao longo do tempo diversos referentes a partir dos quais se sustentou a percepção objetivista, desde os apelos à natureza (filosofia clássica), até à fé, caracterizadora do período medieval<sup>21</sup>, na qual o contributo de Santo Tomás de Aquino, especialmente para o campo da Filosofia do Direito<sup>22</sup>, mostrou-se relevante.

Vale destacar que nesta fase do pensamento objetivista, grassava no campo do Direito o domínio do jusnaturalismo, em sua versão clássica, fundada na existência de direitos naturais<sup>23</sup>, o qual posteriormente, já na modernidade, desenvolveu-se em direção a um jusnaturalismo racionalista<sup>24</sup>.

Se na Antiguidade Clássica o objetivismo essencialista centrava-se numa crença cosmológica quanto à natureza das coisas, no atingimento do *logos* que pudesse ofertar uma compreensão do mundo e das coisas<sup>25</sup>, no período medieval, momento histórico de apogeu do poder político da Igreja, a influência teológica cristã se fez sentir fortemente na Filosofia, inclusive no Direito, mediante a concepção, baseada na fé, de que verdades divinas poderiam ser reveladas ao homem por meio da razão.<sup>26</sup>

A partir do advento da modernidade, todavia, que se inicia historicamente com o Renascimento - também chamado de Humanismo, dando o tom dos novos ares tendencialmente antropocêntricos por que passa a Filosofia -, passando pelo Absolutismo e culminando no

---

<sup>19</sup> STRECK, Lenio. Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 185-186.

<sup>20</sup> *Ibidem.*, p. 185.

<sup>21</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 129.

<sup>22</sup> BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22-23.

<sup>24</sup> *Ibidem.*, p. 17.

<sup>25</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Op. cit.*, p. 34-35.

<sup>26</sup> *Ibidem.*, p. 104.

Iluminismo<sup>27</sup>, há uma significativa mudança do modelo de compreensão do conhecimento e da filosofia em direção a uma perspectiva racionalista, centrada no homem, desapegada de todo essencialismo objetivista típico do período anterior. É a virada filosófica para uma perspectiva de relação Sujeito-Objeto, rompendo com a antiguidade clássica e o medievo, ou seja, a metafísica clássica (paradigmas aristotélico-tomista, conforme Streck<sup>28</sup>), inaugurando a metafísica moderna.

Como refere Streck, trata-se da “consciência de si do pensamento pensante da filosofia da consciência inaugurada por Descartes”<sup>29</sup>; vale dizer, toda a era moderna constitui um modelo de sujeito que dita – a partir da razão - os sentidos do mundo concreto a partir de sua posição solipsista, assujeitando as coisas que, por isso mesmo, só têm significado na medida em que possam ser definidas enquanto tal pelo sujeito; essa racionalidade, que começa com Descartes, passa por Kant e Hegel e culmina com a vontade de poder nietzschiana, completando a transição da razão para a vontade<sup>30</sup>, ambas absolutamente subjetivistas e assujeitadoras, típicas do (super) homem moderno.

Nessa linha de enfatizar a relação de conhecimento estabelecida a partir da delimitação do sujeito e do objeto como proposta/ estratégia teórica de ponto de partida para a explicitação e compreensão dos padrões de racionalidade e da filosofia subjacente típicos de cada momento histórico, de cujos efeitos – e aí sua importância para os fins desta pesquisa - sobre o modelo de Direito de cada época (antigo, moderno e pós-moderno) não se pode negar, convém dizer que “se na metafísica moderna o sujeito solipsista se constitui num verdadeiro assujeitador do mundo, na metafísica clássica o objeto se impõe em relação ao sujeito, sendo que em ambos a linguagem acaba mantendo um caráter meramente instrumental.”<sup>31</sup>

Com a era das luzes, portanto, há um deslocamento em direção ao sujeito, o qual, dotado da plenipotenciabilidade da razão – é a fase do esclarecimento, do desencantamento do mundo, do assenhoreamento da natureza pela sociedade burguesa, afim ao projeto industrial, da aproximação entre Homem e Deus a partir do reconhecimento da razão enquanto princípio

---

<sup>27</sup> MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 193.

<sup>29</sup> Idem, 2003, p. 286-287.

<sup>30</sup> FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 109.

<sup>31</sup> METAFÍSICA CLÁSSICA. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 223.

instituinte de uma relação de poder em favor de quem dela é dotado (o homem)<sup>32</sup> -, passa a ser o centro de toda a teoria do conhecimento.

Nesse sentido, o próprio desenvolvimento de uma teoria do conhecimento evidencia a característica sistematizadora e assujeitadora da modernidade – assujeitar para controlar -, porquanto a necessidade de fundamentar e teorizar sobre fundamentos racionais impõe que se desenvolva uma tal teoria:

O conhecimento, para os modernos, não se situa nem na própria interação do conhecedor com o conhecido – natureza – nem no campo da fé. Centrando sua problemática no indivíduo, os modernos apresentam o problema específico do conhecimento a partir do sujeito. Além disso, não podem recair em um problema contrário. Se o conhecimento reside no sujeito, não se pode considerar que cada um tenha uma verdade. Todos os sujeitos devem ser capazes de conhecer a razão do mesmo modo. A razão, além de estar centrada no sujeito, apresenta mais uma exigência para os modernos: precisa ser *universal*.<sup>33</sup>

Trata-se, portanto, no paradigma da modernidade, da consagração do sujeito assujeitador, adjudicador de sentido, solipsista, que não dá espaço para o objeto se apresentar, modelo no qual “[...] as múltiplas afinidades entre os entes são recalcadas pela única relação entre o sujeito doador de sentido e o objeto sem sentido, entre o significado racional e o portador ocasional do significado”<sup>34</sup>.

O projeto moderno caracterizou-se, com efeito, em essência, pela pretensão de ofertar expectativas de garantias de segurança e respostas previsíveis a toda experiência humana, a partir de uma metodologia cientificista e positivista, apta à categorização e definição do homem em todas as dimensões de sua existência.<sup>35</sup>

Trata-se de uma racionalidade distanciadora do mundo concreto<sup>36</sup> em busca da idealidade, compreendida enquanto atributo da subjetividade solipsista moderna, vale dizer, a razão prática e instrumental – que será resgatada posteriormente pela Hermenêutica Filosófica numa perspectiva diferente, não dualística e centrada no círculo hermenêutico - como panaceia contra toda a metafísica clássica e essencialista.

---

<sup>32</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 16-20.

<sup>33</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 130.

<sup>34</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. Op. Cit., p. 21.

<sup>35</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 91-92.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 98-99.

A razão moderna, então, é identificada como elemento central de toda a articulação modernista, que envolve também a construção de um sujeito do conhecimento<sup>37</sup> (científico subjetivista-objetivista ou racionalista-empirista) - assujeitador e objetificante, consoante a realidade (encoberta) dual moderna<sup>38</sup> -, a centralização do poder político por meio da edificação do Estado moderno, o livre mercado, e a ideia de progresso.<sup>39</sup>

Adorno e Horkheimer enunciam a pretensão iluminista moderna de superar a filosofia clássica e medieval a partir do processo racionalizador, por meio do qual divorcia-se o sujeito do objeto, entronizando a era da subjetividade assujeitadora:

No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal. O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo.<sup>40</sup>

Trata-se, enfim, na metafísica moderna, segundo a terminologia de Streck<sup>41</sup>, da edificação do padrão de homem liberal, individual e burguês que opera na racionalidade do positivismo científico<sup>42</sup>, dotado de uma razão assujeitadora, que labora, como se disse, na lógica do esquema de conhecimento sujeito-objeto.

Nesse contexto, o modelo de conhecimento moderno que privilegia uma razão assujeitadora e, logo, uma relação sujeito-objeto - metodologia racionalista-empirista - como base de toda a construção e evolução social apresenta-se como assaz essencial para a compreensão da crise, para cuja superação formular-se-á, na sequência do texto, a reorientação pós-moderna para um modelo de racionalidade intersubjetiva.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

<sup>38</sup> SILVA, Edson Vieira. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? *Meu site jurídico*, São Paulo, 6 maio 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/06/relativizacao-das-garantias-penais-ou-quem-tem-medo-garantismo-penal/>. Acesso em: 18 out. 2020.

<sup>39</sup> BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 45.

<sup>40</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 16.

<sup>41</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 201-202.

<sup>42</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 105

<sup>43</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 20.

Isso porque, tratando-se, na modernidade, de um modelo de conhecimento Sujeito–Objeto, ou seja, próprio de um sujeito onipotente e onisciente que pretende enquadrar toda a facticidade e complexidade sob determinados parâmetros e cápsulas de sentido aptas a ofertar respostas a todas as questões,<sup>44</sup> tal racionalidade mostrou-se infensa ao potencial revolucionário da linguagem, que, reconfigurando-se como condição de possibilidade após o *linguistic turn* da primeira metade do século XX (Filosofia da Linguagem), apresentava-se então, coerentemente à visão subjetivista-objetivista, como mera terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto<sup>45</sup>.

Com efeito, na medida em que a modernidade dualista, para sustentar a perspectiva sujeito-objeto, estabeleceu o método e o procedimento como apanágio da subjetividade, encobriu a diferença ontológica, entificando o ser, dando origem, assim, aos esquemas dedutivos típicos do pensamento moderno, aprisionadores de sentido e da realidade.<sup>46</sup>

A convocação, portanto, da filosofia hermenêutica, base da Crítica Hermenêutica do Direito a ser aqui trabalhada, justifica-se para desvelar o problema da (in)compreensão do Direito a partir do questionamento dos parâmetros filosóficos que, tendo sustentado a modernidade e mesmo o período anterior - paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, vale dizer, de uma filosofia essencialista que não conhece a ideia de sujeito de direitos e, na sequência, um paradigma subjetivista bastante coerente à demanda político-econômica da época de construção da sociedade industrial burguesa -, não se mostram mais idôneos às necessidades e à semântica pós-moderna, marcada pela virada ontológica-lingüística que institui a intersubjetividade como forma de conhecimento.

Percebe-se, por outro lado, e é preciso dizer, uma fina aproximação, desde o seu início, entre o projeto moderno e as necessidades da classe econômico-social em ascensão no exato contexto histórico de surgimento e consolidação daquele paradigma, ou seja, a burguesia. É a ideia de que a base econômica é reproduzida na sociabilidade – uma sociedade que se estrutura em uma base mercantil reproduzirá valores mercantilistas –, mas isso é ideológico e a modernidade se anuncia neutra – eis a importância do desvelamento da filosofia hermenêutica de base heideggeriana superadora do subjetivismo, a fim de desencobrir o que permanecia oculto (e, portanto, ilegítimo numa perspectiva discursiva) no discurso moderno.

Pode-se dizer então que a modernidade – tanto em seu estágio filosófico inicial, ou seja, Renascentista e Absolutista, quanto na versão em que se consolidou, Iluminista, e cujos arranjos

---

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 495-496.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 691.

<sup>46</sup> *Idem*, 2014b, p. 293-294.

institucionais se projetam firmes (ainda) na contemporaneidade<sup>47</sup> – manifestou-se como umbilicalmente ligada aos anseios individualistas e formalistas burgueses<sup>48</sup>, na medida em que o sujeito histórico que a engendrou – homem industrial – tinha por necessidade, no Iluminismo, o acesso ao poder político a propósito de garantir os direitos individuais civis e políticos para, respectivamente, afirmar a livre iniciativa e o controle do Estado o qual, para tornar possível o desempenho da autonomia privada, deveria ser absenteísta, daí a explicação da coincidência desse estágio da Modernidade com a forma de Estado Liberal de Direito.

Emerge, nessa mesma ordem de ideias, o pensamento científico positivista, baseado no racionalismo e no empirismo, bem como em uma metodologia que visava afastar toda subjetividade e imprevisibilidade das construções científicas.

Quanto ao Direito, compreendido neste período histórico como racionalidade instrumental a serviço, portanto, do projeto liberal-burguês, irá sofrer influência do positivismo científico de Auguste Comte, que predominava na época no âmbito das Ciências da Natureza<sup>49</sup>; demandava-se, portanto, um direito ordenador, assujeitador das diferenças e generalizante como ideal político; a busca por segurança jurídica era sustentada por um projeto baseado na legalidade, neutralidade, formalidade e em verdades absolutas, o qual foi legitimado a partir de teorias jusnaturalistas – e racionalistas - de base contratual edificadoras da concepção de Estado Moderno.

Portanto, a modernidade gerou um Estado que trabalha a partir da racionalidade do positivismo científico – cuja energia regulatória colonizou tanto o conhecimento (compreendido apenas como científico) quanto o direito (compreendido apenas como o estatal moderno), sufocando e alienando as pulsões emancipatórias, razão pela qual Boaventura de Sousa Santos propugnará, a propósito de um resgate da emancipação, por um novo senso comum científico e jurídico, transcendente do conhecimento científico e do direito estatal moderno.<sup>50</sup>

É possível, nessa linha de raciocínio, estabelecer uma aproximação importante para os fins desta pesquisa, qual seja, entre o advento do projeto moderno e o simultâneo desenvolvimento do Estado tal qual o conhecemos ainda hoje e do próprio Direito, no mesmo

---

<sup>47</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120.

<sup>48</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia*: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 105.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014, p. 122.

<sup>50</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 55-56.

contexto de desenvolvimento da sociedade industrial, processos estes, por sua vez, que estão sintetizados sob o signo do constitucionalismo, curial para compreender a questão problemática aqui trabalhada no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, concebendo-se este como a fase mais acabada do constitucionalismo surgido nos séculos XVII e XVIII.

O constitucionalismo moderno, que, na leitura de Canotilho, “legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna”, e por “constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”<sup>51</sup>, inicia-se a partir do Estado Moderno, na passagem da sua versão Absolutista para a roupagem Liberal, valendo destacar que na forma primitiva Absolutista o Estado Moderno era carente de constituição, concebida como documento escrito que ordenava e limitava o poder.<sup>52</sup>

O período pré-Estado Moderno (medieval), com efeito, caracterizou-se pela instabilidade política crônica, econômica e social, pela distinção entre poder espiritual e social, fragmentação do poder, prevalência de um sistema jurídico não escrito e relações de dependência pessoal<sup>53</sup>; o advento do Estado Moderno, portanto, representa uma mudança em tais caracteres, mormente a centralização do poder político e estabilização social e territorial; diz-se, assim, que, nessa nova figura jurídica surgida, há uma passagem para uma forma de dominação legal-racional, em contraposição à carismática prevalecente no medieval, passando-se de uma dominação *ex parte príncipe* para o *ex parte principio*.<sup>54</sup>

Assim, o constitucionalismo de base contratualista<sup>55</sup> surge no contexto das revoluções liberais do final do século XVII e durante todo o século XVIII, na passagem, portanto, do Estado Absolutista para o Estado de Direito Liberal (absenteísta), como instrumento para contenção do poder político do monarca, visando assegurar a liberdade dos cidadãos, incorporando, ao longo do desenvolvimento da modernidade e contemporaneamente, outras conotações.

Nesse contexto, as teorias contratualistas modernas assumem papel de destaque na fundamentação filosófica do movimento constitucionalizador – e, nessa linha de pensamento, na conformação do que se pode chamar de pensamento filosófico moderno.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 52.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 01.

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 25.

<sup>54</sup> *Ibidem.*, p. 27.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 01.

<sup>56</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 126-127.

Ou seja, neste novo arranjo social pós-medieval, consolidado a partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, há uma virada antropocêntrica que insere o projeto homem no centro de toda epistemologia e prática social, a partir do que, como se disse, assente nas necessidades da sociedade industrial, desenvolve-se a ideia de Estado e seu consectário instrumental, o direito moderno.

O que se quer dizer com isso é que, como já referenciado, o projeto da modernidade nasceu comprometido com o modelo de sociedade reclamado pela classe política vitoriosa das revoluções liberais do século XIX, qual seja, a burguesia; por isso, toda a teoria e a filosofia política moderna se conforma aos objetivos intentados pela burguesia, ou seja, a limitação do poder político para que a atividade econômica pudesse fluir sem interferências (Estado de Direito Liberal Absenteísta) e a garantia das liberdades públicas negativas (direitos civis e políticos) necessárias à consecução dos objetivos políticos (formais) e econômicos (*laissez faire*) da classe burguesa.

Por isso que o constitucionalismo moderno, base da qual o Constitucionalismo Contemporâneo é a sucessão, engendrou o Estado Moderno e o Direito estatal como instrumento a seu serviço (da classe burguesa); nas palavras de Paulo Bonavides, “no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.”<sup>57</sup>

Ocorre que o Constitucionalismo Contemporâneo não apenas sucede o constitucionalismo liberal – e também o Social da primeira metade do século XX –, senão vai além, na medida em que o constitucionalismo daquele primeiro período moderno - conceito jurídico de Constituição, ou seja, como conjunto de leis, conforme Bonavides -<sup>58</sup> estava comprometido com a oferta de ordem e segurança para a satisfação do projeto liberal-burguês, de viés eminentemente formal, daí o protagonismo da legislação, da ideia de Constituição como legislação, ao passo que, no constitucionalismo exurgido a partir do segundo pós-guerra, a ideia de Constituição como mero conjunto de leis vinculantes cede lugar para uma concepção efetivamente revolucionária, da Constituição como meio de transformação da sociedade, o que se materializará a partir da ideia de autonomia do Direito, o que se relaciona com o advento do pós-positivismo.

É dizer, o constitucionalismo moderno regula e ordena, o contemporâneo, continua a regular – porque ainda somos modernos –, no entanto, ele regula, ordena, define processos e

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 229.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 230.

atribui competências, mas, sobretudo, transforma a realidade; ou seja, (com)promete-se num projeto político-jurídico de resgate das promessas incumpridas que a Modernidade legou, principalmente em países periféricos como o Brasil.

Nesse sentido, pode-se dizer que:

Se o constitucionalismo nasce sob uma perspectiva conservadora, uma vez que engendrado para conter o poder das maiorias, séculos mais tarde se transforma em estandarte da mudança social em um conturbado mundo atravessado por duas guerras mundiais. Agregado a esse nítido viés transformador, ínsito aos textos constitucionais do segundo pós-guerra, exsurge a superação do positivismo e, conseqüentemente, o direito sofre uma profunda mudança de fundo paradigmático.<sup>59</sup>

Logo, a racionalidade dual moderna, que, como se viu, foi edificada pela filosofia da consciência (Descartes) e entronizando a razão solipsista e assujeitadora, bem como carregando consigo todo o seu instrumental teórico e prático (positivismos, Estado moderno, direito estatal, sociedade industrial e de consumo), comprometida que estava com o projeto individualista burguês, não pode mais presidir as relações de conhecimento contemporâneas e nem legitimar as instituições e o modo de compreender, interpretar e aplicar o Direito na atual quadra histórica.

Afinal, “o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis”<sup>60</sup>.

É por isso que, partindo para uma teoria crítica da modernidade, Boaventura de Sousa Santos apontará a degeneração do projeto moderno a partir de sua confluência com o capitalismo<sup>61</sup>, o qual fez colonizar as energias emancipatórias da modernidade pelas energias regulatórias, desequilibrando a relação-tensão característica da fase moderna<sup>62</sup>.

Nesse diapasão, Bauman, para quem, contemporaneamente, a radicalização do livre mercado na globalização (extraterritorialidade do capital) representa a isenção do poder político sobre a economia e, logo, o enfraquecimento e fragmentação do Estado moderno<sup>63</sup> - elementos constitutivos também da crise do final da modernidade -, enxerga que naquele momento inicial

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, p. 292-293, jul./dez. 2014.

<sup>60</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 186.

<sup>61</sup> Idem, 1999b, p. 102.

<sup>62</sup> Idem, 2011, p. 18-19

<sup>63</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 74.

o traço distintivo característico do Estado moderno era exatamente a reivindicação que realizava do poder jurídico para regular as trocas comerciais.<sup>64</sup>

A transição, então, da modernidade para a pós-modernidade ou modernidade com pretensões de solidez (segurança) para modernidade líquida, conforme a leitura de Bauman,<sup>65</sup> é marcada por tensões, já que as características modernas ainda permeiam a sociedade e, portanto, desvelam uma tendência arraigada de se rejeitar a diferença. Isso porque a razão cientificista, tipicamente moderna, sempre pregou uma padronização respaldada pelo controle estatal.

Por tais razões, Boaventura de Sousa Santos situa a perspectiva pós-moderna como “pós-modernidade inquietante ou de oposição”<sup>66</sup>, sublinhando, assim, sua característica de frontal contestação e contraposição ao paradigma anterior, sem, todavia, representar uma completa superação deste.

Para a compreensão desse novo, faz-se necessária uma nova teoria hermenêutica (filosófica) que, permitindo o resgate do mundo concreto no círculo hermenêutico e a partir da diferença ontológica que sepulta a ideia de sentido imanente das coisas – e dos corolários no campo do Direito representados pela metafísica ideia de vontade da lei ou vontade do legislador, estandartes ainda presentes na prática jurídica brasileira -, permita realizar o salto paradigmático das perspectivas objetivistas – O-S - e subjetivistas – S-O – em direção à intersubjetividade por meio da qual se permite que a coisa nos diga algo a propósito de realizar o processo de compreensão – que, para a hermenêutica filosófica, é sempre paralelo à interpretação. Como diz Streck, não compreendo para interpretar, mas interpreto para compreender, bem como se faz necessário que o texto nos diga algo, que o intérprete permita que o texto diga algo a propósito de compreendê-lo.<sup>67</sup>

É certo, por outro lado, que os paradoxos modernos, tributários da anteriormente citada associação histórica entre modernidade e capitalismo identificada por Boaventura, atuam de forma mais intensa em países de modernidade tardia, porquanto nestes sequer ocorrera a

---

<sup>64</sup> BAUMAN, Zygmunt *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 68.

<sup>65</sup> Idem, 2007, p. 07.

<sup>66</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 29.

<sup>67</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

transição do Estado Liberal ao Estado Social<sup>68</sup>, de modo que os efeitos da crise originada dessa tensão mostram-se especialmente agudos em tais países.

Nessa linha de raciocínio, convém trazer à baila, desde já – o assunto será desenvolvido no próximo capítulo –, como subproduto penal dessa marginalização político-econômica dos países periféricos em relação aos países central, conforme classificação baseada no nível de desenvolvimento capitalista – como a corroborar a proposição de Boaventura de Sousa Santos de que a conjugação modernidade e capitalismo representou a deterioração de um sentido emancipatório daquele projeto –, a ilegitimidade/falsidade discursiva do sistema penal latino-americano, conforme Zaffaroni<sup>69</sup>, a partir de uma divergência inconciliável entre o discurso jurídico-penal e a realidade do sistema penal, especialmente dramática (pervertida, para usar a expressão do autor argentino) em nosso contexto latino-americano, pela incapacidade dos juristas locais de formularem uma crítica conjuntural ao sistema penal, concentrada na realidade periférica e dependente da nossa região.

Para Streck, tematizando o desafio de se compreender o papel do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro em particular, e, pode-se dizer, no dos países periféricos em geral, assevera sê-lo sobremodo intenso em tais contextos, porquanto insertos tais países na fase do Estado Democrático de Direito sem terem passado, antes, de forma plena, pela fase anterior e que lhe é condicionante, ou seja, o Estado Social:

É nesse contexto – entendo que a Constituição, enquanto explicitação do pacto de (re)fundação da sociedade ocorrido a partir de um legítimo processo constituinte, define um novo modelo de nação – que devemos posicionar a reflexão acerca do papel do Direito no Estado Democrático de Direito. A(s) crise(s) do Estado e do Direito devem ser entendidas enquanto possibilidades de sua própria superação. O constitucionalismo não morreu. Releva lembrar a importância do papel representado pelas Constituições surgidas no segundo pós-guerra no continente europeu e a força (interventiva) das respectivas justiças constitucionais. Em países como o Brasil, onde, repita-se, o Estado Social foi um simulacro, *há ainda uma fase a ser percorrida*. Essa fase deve ser representada pela realização das promessas da modernidade, todas previstas no pacto constituinte de 1988. A substancialidade dos valores previstos no contrato social não podem ser esvaziadas pela reflexividade de um Direito que exsurge em uma etapa globalizada capitaneada por países que, de há muito, resolvera, em boa parte, seus problemas sociais mais crônicos.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto. *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2014, p. 98-99.

<sup>69</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição. 5 edição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 55-44.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 85-86.

Sobre o contexto particular brasileiro e geral latino-americano, convém lembrar as palavras sempre atuais de Galeano, segundo quem:

Para os que concebem a História como uma contenda, o atraso e a miséria da América Latina não são outra coisa senão o resultado de seu fracasso. Perdemos; outros ganharam. Mas aqueles que ganharam só puderam ganhar porque perdemos: a história do subdesenvolvimento da América Latina inteira, como já foi dito, a história do desenvolvimento do capitalismo mundial. *Nossa derrota esteve sempre implícita na vitória dos outros. Nossa riqueza sempre gerou nossa pobreza por nutrir a prosperidade alheia: os impérios e seus beaguins nativos*<sup>71</sup>. (grifos conforme o original)

Daí a necessidade de resgate das promessas da modernidade no exato contexto contemporâneo de superação desse paradigma, abrindo a argumentação para a profunda raiz histórica (tradição) que conforma as Constituições dirigentes, compromissórias e interventivas do segundo pós-guerra<sup>72</sup> - que, é bom que se repita, advêm do movimento constitucionalizar moderno num processo histórico de avanços e retrocessos -, dando o tom do *plus* normativo<sup>73</sup> de que vê revestido o Direito no Estado Democrático de Direito pós-moderno.

A grande questão problemática a ser aqui trabalhada, portanto, é a leitura inadequada ao novo paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>74</sup>, ou seja, a insistência em ler o novo a partir do arcabouço teórico do velho, vale dizer, na tradução principiológica de Paulo Bonavides, corresponde a saber como conferir eficácia vinculante à programaticidade das normas constitucionais<sup>75</sup>, característica do Constitucionalismo rígido, dirigente, compromissório e principiológico que conforma a atual fase do caminhar constitucional.

E tal se dá na medida em que a introjeção dos princípios constitucionais pós-segunda-guerra implicou na necessidade de modificação da natureza regulatória do direito de então para adequá-lo às exigências de intervenção e asseguramento de bem-estar,<sup>76</sup> o que determinou a

<sup>71</sup> GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: LePM, 2019, p. 18-19.

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57-58.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 340.

<sup>74</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto. *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2014, p. 105.

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 237.

<sup>76</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 11-12.

necessidade de construção de uma nova proposta para o Direito que transcendesse os limites do positivismo.<sup>77</sup>

Trata-se, com efeito, do *plus* normativo de que fala Streck<sup>78</sup> ou da revolução copernicana mencionada por Jorge Miranda<sup>79</sup>, ou seja, o constitucionalismo do segundo pós-guerra modifica a estrutura das Constituições ocidentais para, reclamando uma compreensão de efetividade do texto constitucional e dotando as cartas de conteúdo principiológico normativo e forte viés interventivo, redimensionar toda a estrutura do Estado para o cumprimento das promessas constitucionais.

É por isso que Streck compreende que a crise do Direito – que, segundo concebe, é de dupla face, ou seja, crise do paradigma liberal-individualista-normativista e crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência<sup>80</sup> -, passa por uma reflexão jusfilosófica de fundo, no bojo da qual se há de esquadrihar o alcance e a atualidade dos paradigmas filosóficos que sustenta(ra)m (sempre) as discussões sobre modelos e racionalidades jurídicas, bem como dão suporte às divergentes concepções de Direito.<sup>81</sup>

Destarte, uma vez compreendidos os paradigmas filosóficos e, assim, a importância da Filosofia para o Direito, e a partir da historicidade amealhada na fusão de horizontes (Gadamer) para cujo acesso de sentido o intérprete há de se valer da linguagem, numa operação transcendental do ôntico (compreensão hermenêutica)<sup>82</sup>, compreende-se a especificidade do Constitucionalismo Contemporâneo:

Portanto, o Constitucionalismo Contemporâneo deve significar uma ruptura com o positivismo. Por tudo isso, há incompatibilidade paradigmática entre o Constitucionalismo Contemporâneo com o positivismo jurídico, nas suas mais variadas formas. Qualquer postura que, de algum modo, enquadre-se nas características ou teses que sustentam o positivismo entra em linha de colisão com esse novo tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do Direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do Constitucionalismo (Contemporâneo). Não fosse assim, afastaríamos o papel da filosofia na discussão acerca da evolução do Direito e do Estado nesta quadra da história.<sup>83</sup>

<sup>77</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 12.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 345-346.

<sup>79</sup> *Ibidem.*, p. 154.

<sup>80</sup> *Ibidem.*, p. 116-117.

<sup>81</sup> *Ibidem.*, p. 100.

<sup>82</sup> *Idem.*, 2017, p. 605.

<sup>83</sup> CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 59-60.

Essa compreensão filosófico-hermenêutica que permitiu a formação da ideia de diferença ontológica que, por sua vez, dá sustentação à hermenêutica filosófica jurídica trabalhada nesta pesquisa, tem origem na virada linguística, todavia, não se pode falar de apenas uma única virada, porquanto se constituiu num movimento teórico da primeira metade do século XX composto por autores diversos e fases distintas, que contribuíram para a formulação final de Heidegger, podendo-se citar, em tais fases, o neopositivismo lógico do Círculo de Viena, Wittgenstein – mais precisamente o chamado “segundo Wittgenstein”, fase madura da sua teoria, quando romperá com o neopositivismo lógico ao deixar de compreender a linguagem como instrumento de acesso ao conhecimento, para então compreendê-la como condição de possibilidade de acesso ao mundo – e, por fim, na terceira fase, há o desenvolvimento da Filosofia da Linguagem ordinária, projetando a dimensão pragmática da linguagem em detrimento da sintático-semântica do neopositivismo lógico.<sup>84</sup>

Importa destacar que, em Wittgenstein e Heidegger, a linguagem passa a ser compreendida como condição de possibilidade e não mais como instrumento a serviço de uma subjetividade assujeitadora, abrindo espaço, então, para uma compreensão diversa de mundo, daí falar-se em virada paradigmática.<sup>85</sup> Com efeito:

Wittgenstein inaugura, assim, a versão lógica da virada linguística, ao lado da versão ontológica de Martin Heidegger. E os impactos disso são enormes sobre a concepção positivista da realidade científica, já que agora, essa realidade só pode ser uma realidade linguística, simbólica, sem nenhuma garantia de realidade para além da própria realidade simbólica construída pela linguagem – ou, na segunda fase de Wittgenstein: construída pelos ‘jogos de linguagem’ (grifos conforme o original).<sup>86</sup>

A partir da primeira virada linguística que insere a linguagem como meio de acesso ao mundo, formulada por Wittgenstein, Heidegger formulará sua concepção de filosofia hermenêutica acerca da diferença ontológica, ou seja, o ser não se confunde com o ente, o sujeito não pode extrair do objeto sentidos, na medida em que o próprio sentido que se quer dar encontra-se pré-condicionado no sujeito, que compreende e interpreta num processo único guiado pela tradição e no interior do círculo hermenêutico; não há compreensão sem pré-compreensão, nem sujeitos ou objetos de *per se*; enfim: “a diferença ontológica heideggeriana funciona como contraponto aos dualismos metafísicos que ainda povoam o imaginário dos

---

<sup>84</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 240-247.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>86</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 159.

juristas, como essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de direito, texto e norma”.<sup>87</sup>

E esses contributos da filosofia hermenêutica e da filosofia da linguagem serão de grande valia para o direito, enquanto ciência que tem a linguagem como sua matéria-prima, na medida em que, forjado o direito no bojo de um paradigma individualista-subjetivista anterior à virada linguística, precisará ser compreendido doravante a partir da invasão da linguagem na Filosofia para que possa ser desvelado seus reais fundamentos, oportunizando, assim, a superação dos pré-conceitos inautênticos que circundam a hermenêutica tradicional, de cariz metodológico e dualista e sustentada na relação de conhecimento moderna sujeito-objeto.

O direito, portanto, está inevitavelmente submetido à temporalidade; “o fundamento ontológico originário da existencialidade da presença é a temporalidade [...]. O projeto de um sentido do ser em geral pode cumprir-se no horizonte do tempo”<sup>88</sup>. Desta feita, a pós-modernidade pluralista, enquanto paradigma contemporâneo de modelo de conhecimento intersubjetivo, representa um fenômeno de grande impacto sobre o Direito, para cuja compreensão impende seja atribuído o devido valor à historicidade (história efetual) daí o valer-se dos contributos da tradição, na linha da hermenêutica filosófica gadameriana, matriz da Crítica Hermenêutica do Direito empregada nesta pesquisa.

Diz-se pós-modernidade pluralista porque o Constitucionalismo Contemporâneo é marcado pela diversidade, pela plurissubjetividade - quer dizer, fruto da opção democrática de se constituir o novo que, com a multiplicidade de vozes, se abre a possibilidades várias a serem isonomicamente defendidas e construídas, dando ensejo ao que se chama de plural, o qual, exatamente por isso, é necessariamente tolerante e conseqüentemente incluyente, daí a imprescindibilidade de se transformar realidades e não simplesmente resguardá-las -, na esteira do rompimento das dualidades metafísicas oportunizado pela virada linguística.

Os direitos de quarta geração – democracia, informação, pluralismo –, advindos num contexto de globalização<sup>89</sup>, já são marcados por uma racionalidade que implica numa compreensão tolerante e plural, que rejeita, portanto, a dualidade moderna; também há de se destacar a pluralidade de ordens jurídicas, formas de poder e formas de conhecimento, decompostas por Boaventura de Sousa Santos na sua proposta de estabelecimento de um novo

---

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 31.

<sup>88</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 307-308.

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 27.

senso comum jurídico que passa pelo atravessamento do monismo estatal no direito em direção a diversas outras perspectivas de juridicidade que reclamam eficácia na pós-modernidade.<sup>90</sup>

Nesse contexto de novos sujeitos sociais forjados pela ressignificação das identidades sociais na contemporaneidade, Wolkmer enfatiza que:

Impõe-se, assim, uma forma plural e emancipadora de legitimação de novos direitos. Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão somente às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa.<sup>91</sup>

Trata-se, dessarte, contemporaneamente, da contraposição igualdade e universalidade modernas versus pluralidade e diferença pós-modernas<sup>92</sup>, o que implica, por fim, na necessidade de superação da modernidade,<sup>93</sup> enfim, é a questão do ser versus o dever ser, do mundo concreto em oposição ao mundo ideal moderno, das generalizações e sínteses universalizantes que se apresenta(va)m como verdades absolutas, infensas ao contexto temporal e espacial.

É o caso, finalmente, de superar o paradigma da Filosofia da Consciência, típica da modernidade, em direção da assunção do paradigma intersubjetivo da linguagem, tornando o Direito, enfim, permeável à Filosofia (é dizer: depois da invasão da filosofia pela linguagem, é o momento da invasão do direito pela filosofia – da linguagem), atravessando o esquema objetivista-subjetivista.<sup>94</sup>

A chave para a crítica constitucionalmente adequada, portanto, conforme a metodologia fenomenológica-hermenêutica aqui adotada e o referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, está na inserção da problemática da inefetividade atual do direito como decorrência de uma compreensão inadequada do paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que se continua (doutrina e jurisprudência) apegado aos parâmetros de interpretação, compreensão e aplicação (do direito) modernos<sup>95</sup>, circunstância que é sintomática do período de transição incompleta por que passamos<sup>96</sup>.

---

<sup>90</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 261.

<sup>91</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Mudanças de paradigmas, pluralismo e novos direitos. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 7, n. 2, jul./dez. 2006, p. 93.

<sup>92</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, s/n.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 104-105.

<sup>95</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 91.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 96.

Há uma inexpugnável correlação, assim, entre a pós-modernidade pluralista e o pós-positivismo principialista, compreendido este nos limites da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, em oposição, respectivamente, à modernidade dualista e assujeitadora e ao positivismo discricionário.

A centralidade do positivismo, enquanto paradigma (ainda) dominante da prática e da racionalidade jurídica, para a detecção da crise paradigmática contemporânea que impede o constituir da Constituição do Estado Democrático de Direito em *terrae brasilis* passa, assim, pela investigação do fenômeno mais amplo da constitucionalização do Direito e a correlata tentativa de atribuição de ordem na modernidade, na medida em que é inegável que o positivismo normativista propugnado por Hans Kelsen foi bastante conveniente às necessidades do pós-guerra de asseguramento das conquistas burguesas de previsibilidade, segurança e ordenação e, ao mesmo tempo, de oferta de direitos prestacionais por parte do Estado sem, todavia, pôr em xeque a ordem jurídico-política: “um direito ligado à ideia de Estado. Um direito capaz de continuar a desempenhar a sua função de ordenação das condutas sociais e, ao mesmo tempo, de servir como instrumento das políticas públicas do Estado de Bem-estar Social. Para isso, foi imprescindível separar o direito da moral, da ética e da justiça.”<sup>97</sup>

Tal separação entre direito e moral, razão teórica e razão prática constituirá, com efeito, a base material sobre a qual e contra a qual se erigirá o pós-positivismo jurídico. Assim, é necessário passar, antes de avançar para a discussão pós-positivista inserta no Constitucionalismo Contemporâneo pós-moderno – pano de fundo das garantias penais no Estado Democrático de Direito no Brasil -, pelos caminhos jusfilosóficos que nos fizeram chegar até aqui.

1.2 Do(s) Positivismo(s) ao(s) Neoconstitucionalismo(s): da atribuição de ordem na Modernidade, a (tentativa de) constitucionalização do Direito e a questão dos paradigmas: novas perspectivas/velhos problemas para um Direito reconfigurado – garantismos versus eficientismos

A proposta teórica aqui empreendida, de estabelecer as bases para uma crítica do Direito na contemporaneidade a partir de uma metodologia filosófica hermenêutica, não pode deixar de fora da análise os parâmetros de racionalidade históricos que, no campo da Filosofia do Direito, nos fizeram chegar até aqui. Assim, firme na concepção hermenêutica de que não existe

---

<sup>97</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 145.

ponto zero de sentido, na medida em que a temporalidade condiciona a compreensão do presente, faz-se necessário, por razões metodológicas, estabelecer-se um ponto de partida a partir do qual se iniciará a investigação pelos caminhos da Filosofia do Direito. E esse será o jusnaturalismo clássico.

Isso porque se, na linha heideggeriana, conforme já mencionado, “o projeto de um sentido do ser em geral pode cumprir-se no horizonte do tempo”<sup>98</sup>, a compreensão, para a hermenêutica filosófica de base gadameriana, baseia-se numa relação circular em que “é preciso compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo.”<sup>99</sup> Trata-se, enfim, da valorização da tradição, como condição de possibilidade da compreensão autêntica no processo compreensivo que se dá no círculo hermenêutico. É a dimensão do tempo – ser é tempo - e a historicidade possibilitando a compreensão do mundo e, ao mesmo tempo, circularmente, sendo compreendida a partir do ser-aí.

Então, se o pano de fundo teórico inserto nesta pesquisa, conforme destacado no subcapítulo anterior, está relacionado com o pós-positivismo enquanto paradigma ainda não adequadamente compreendido da Filosofia do Direito na contemporaneidade, impende realizar o caminho histórico que tornou possível chegar até este momento, o que evidentemente implica principalmente na análise do positivismo jurídico, em suas diversas fases, desde o exegetismo até o normativismo neopositivista, e a sua incontestável influência no Direito ocidental dos séculos XIX e XX – e ainda vivo e operante no direito de *terrae brasilis* em plena era pós-positivista.

Todavia, e seguindo a linha hermenêutica filosófica, não há “conceito sem coisas”<sup>100</sup>, nem “graus zeros de significados”<sup>101</sup>, o que equivale dizer que o positivismo não se firmou na consciência histórica dos juristas dos séculos XIX e da primeira metade do século XX por mero acaso ou que a investigação das condições que tornaram possível o seu advento e hegemonia seja questão de menor importância. Em síntese, é preciso investigar, a propósito de uma compreensão hermeneuticamente adequada, a história, realizar, para utilizar a terminologia própria da hermenêutica filosófica, o desvelamento de toda a facticidade.

O Direito, enquanto prática interpretativa, segundo a concepção dworkiana, é composto pela sua história institucional (a história legislativa, referida por Dworkin, à qual deve respeito

---

<sup>98</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 307-308.

<sup>99</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 385.

<sup>100</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 514.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 497.

o juiz Hércules<sup>102</sup>), vale dizer, há uma necessidade de coerência com as razões pelas quais fizeram o Direito chegar até o momento presente; são os princípios de moralidade política que, reconhecidos pela história institucional do Direito, vão dando substância e concretude ao Direito ao longo do processo interpretativo e de cujo vínculo o intérprete não pode se esquivar, sob pena de romper com o romance em cadeia, com prejuízo para a integridade que conforma a experiência jurídica numa democracia.<sup>103</sup>

Pois, como refere Heidegger:

Se a história pertence ao ser da presença, e esse ser funda-se na temporalidade, então a análise existencial da historicidade deve começar com as características do que é histórico, que possuem, visivelmente, um sentido temporal. Por isso uma caracterização mais precisa do curioso primado do “passado” no conceito de história é que deve preparar a exposição da constituição fundamental da historicidade.<sup>104</sup>

Assim, se não se compreende os contornos do pós-positivismo – e Dworkin é um autor filiado à corrente pós-positivista - que marca o Direito na contemporaneidade – pano de fundo teórico, repita-se, desta pesquisa, porquanto fundamental para a inteligibilidade do déficit de compreensão das garantias penais no Estado Democrático de Direito do Brasil pós-moderno, o qual constitui-se, repita-se, no novo paradigma plural, tolerante e includente, ou seja, garantista por excelência - sem ter firme o que significou historicamente o positivismo jurídico, de igual modo a compreensão deste paradigma jusfilosófico não escapa à delimitação precisa, antes, do jusnaturalismo, enquanto paradigma filosófico-jurídico precedente.

E assim o é porque, com Simioni, convém ressaltar, desde já, que há no positivismo uma pretensão, de certo modo cumprida, de sepultação da metafísica, própria ao jusnaturalismo, que cede lugar ao conhecimento positivo, vale dizer, objetivamente demonstrável, a partir de métodos indutivos e dedutivos extraídos da razão, corolário do qual se edifica o positivismo jurídico<sup>105</sup>.

O jusnaturalismo, enquanto paradigma filosófico do Direito, abarca um conjunto de concepções bastante amplo e temporalmente extenso, que vai desde a Grécia antiga, jusnaturalismo clássico, passando pelo Medievo e a teologia sustentando uma compreensão

---

<sup>102</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 409.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 275-279.

<sup>104</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 471.

<sup>105</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 148.

religiosa do fundamento do Direito, até o início da Modernidade, com o jusnaturalismo racional, também epitetado de jusracionalismo<sup>106</sup>.

Para um conceito amplo de jusnaturalismo, pode-se dizer que:

O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico [...]<sup>107</sup>.

Percebe-se, portanto, que o jusnaturalismo relaciona-se a uma proposta de fundamentação metafísica para o Direito, baseada na natureza, em Deus ou, para os modernos, no contrato como supedâneo da razão. Se na Antiguidade Clássica o apelo se dava à natureza como fundamento da ordem jurídica e daí, por exemplo, a edificação da ideia de justiça como virtude em Aristóteles<sup>108</sup>, o que conforma o paradigma aristotélico<sup>109</sup>, no período medieval, cujo pensamento de São Tomás de Aquino – tomismo - pode ser utilizado como “síntese do pensamento filosófico até o século XIII<sup>110</sup>, a fundamentação jusnaturalista residia num Absoluto divino, teológico, apelando a uma razão divina da qual derivaria o direito positivo,<sup>111</sup> o que caracteriza, por sua vez, o paradigma tomista<sup>112</sup>.

Importa destacar, então, que no jusnaturalismo clássico e teológico há uma inequívoca fundamentação absoluta e extrapositiva, no sentido de que se busca por um parâmetro de fundamentalidade indeterminado e invariável, não manipulável pelo homem racional, logo, insuscetível de ser por ele constituído e conformado. É, enfim, a ideia de direito natural, contraposta ao direito positivo, que será melhor formulada na fase seguinte daquele mesmo paradigma, qual seja, o jusracionalismo, de viés modernista, o qual sustentará a edificação do Estado Moderno e das instituições jurídicas da Modernidade.

---

<sup>106</sup> MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 140.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22-23.

<sup>108</sup> BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 173-175.

<sup>109</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 184-185.

<sup>110</sup> BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de; Op. Cit., p. 270.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 193.

Portanto, a partir do final da Idade Média e da decadência da filosofia teleológica e, principalmente, diante dos eventos históricos em curso – queda do feudalismo, advento do Estado Moderno absolutista e as posteriores revoluções liberais –, desenvolve-se a ideia de direito natural moderno<sup>113</sup>, baseado na razão e comprometido com as necessidades políticas e jurídicas da classe burguesa.

Com efeito, “o chamado direito natural moderno se diferencia tanto do sentido antigo quanto do medieval. Os modernos, dando a si mesmos o encargo da razão, construirão outro método de direito natural, que se reputa racional, daí ser também chamado por jusracionalismo”<sup>114</sup>.

O direito natural então:

[...] surge pela primeira vez na história do pensamento com os gregos. Desta feita, sua grande contribuição é mostrar a ligação do Direito com as forças e as leis da natureza. Na segunda oportunidade que vem à tona, no século XVII, o Direito Natural aparece como reação racionalista à situação teocêntrica na qual o Direito fora colocado durante o medieval. É a razão humana, independente da fé, que deduz uma natureza humana da qual se extraem direitos naturais.<sup>115</sup>

Assim, ainda no alvorecer da Modernidade ver-se-ia a formulação de um direito natural racionalista que reivindicava a autonomia do Direito, o qual derivaria da natureza das coisas e seria extraído a partir do método racional dedutivo, afastando-se, portanto, de toda a arbitrariedade essencialista e teológica do jusnaturalismo de então. E é com Hugo Grócio que essa nova sistematização do direito natural ganha relevo.<sup>116</sup>

Com efeito, “é essa ideia que está na raiz das modernas Declarações de Direitos Humanos. [...] A contundente afirmação de direitos, contrária ao desrespeito desses direitos e esperançosa na construção de um novo estado de coisas, é o que leva à elaboração de Declarações”.<sup>117</sup>

A partir de tal formulação, então, e com o desenvolvimento posterior do jusracionalismo pelos contratualistas, tem início a constituição do Estado Moderno na vertente Constitucionalista<sup>118</sup>, isto é, não Absolutista, o que se materializaria a partir das declarações de

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

<sup>114</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 140.

<sup>115</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 315.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 29.

direitos. Eis o início do processo de constitucionalização do Direito, engendrado, portanto, como se viu, ainda numa perspectiva jusnaturalista, racionalista, porquanto aferroada a uma concepção de direito natural, ainda que baseado desta feita unicamente na razão humana exercitada a partir dos métodos dedutivos e indutivos que se materializarão nas Declarações de Direitos – distante, portanto, de toda a metafísica clássica e medieval.

Sobre a filiação das declarações escritas de direitos, início do processo de constitucionalização do Direito, ao jusracionalismo típico do período histórico dos séculos XVII e XVIII, Norberto Bobbio, tratando da Declaração Universal de 1948, que pode ser aqui compreendida como a culminância moderna desse movimento, pontifica que:

Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de um outro modo, servindo-nos das categorias tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.<sup>119</sup>

Portanto, a base jusfilosófica da qual emana o movimento de constitucionalização do Direito<sup>120</sup> (Constituição moderna, referente à era dos Códigos, conforme explicitado no subcapítulo anterior) é o jusnaturalismo moderno, a partir da sua vertente contratualista que, engendrando o Estado Moderno na sua forma de Estado Constitucional, torna possível a estabilização das relações sociais e a previsibilidade dos comportamentos, exigências estabelecidas como prioridade na ordem do dia do contexto sócio-econômico-político advindo das Revoluções Liberais, fruto das necessidades industriais capitalistas. Eis o processo de racionalização e laicização do Direito. Trata-se, com efeito, da era das codificações.

Isso porque, “genericamente, pode-se dizer que, para o jusnaturalismo contratualista, a sua regra básica consiste na necessidade de basear as relações sociais e políticas num

---

<sup>119</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 19.

<sup>120</sup> Importa destacar que o fenômeno da constitucionalização do Direito aqui trabalhado possui dois significados, ou seja, tratando do processo de submissão do poder político a uma carta de direitos, que regulará e controlará o poder e instituirá garantias, o que remete, nesse sentido, à conceituação trabalhada por Paulo Bonavides da constituição em sentido político e constituição em sentido jurídico (*Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 226-230) e o constitucionalismo que faz referência ao Constitucionalismo Contemporâneo trabalhado por Streck, representativo da autonomia do Direito e do caráter dirigente e compromissório das Cartas promulgadas a partir do segundo pós-guerra, o qual corresponderia a uma fase mais desenvolvida daquele primeiro constitucionalismo que encontrou expressão no Estado de Direito Liberal e, depois, no Estado Social de Direito.

instrumento de racionalização, o direito, ou de ver no pacto a condição formal da existência jurídica do Estado”.<sup>121</sup>

Pode-se dizer então que a constitucionalização do direito – que levará ao Constitucionalismo Contemporâneo - está imbricada ao processo moderno de desenvolvimento da teoria do direito natural racional, ambas utilizadas instrumentalmente no interesse da classe burguesa, o que se pode constatar até pelo protagonismo exercido pelos direitos de propriedade, de caráter individualista, na base de justificação do Estado Moderno e do liberalismo político, como, por exemplo, se pode vislumbrar em John Locke<sup>122</sup>.

Para Paulo Bonavides, referindo-se ao que chamamos aqui de Constituição moderna, “a ideologia constitucional se concentra, pois, nas Declarações de Direitos e nos Preâmbulos”<sup>123</sup>.

Canotilho também reflete acerca da correlação entre a teoria dos direitos naturais em sentido moderno e o início do processo de constitucionalização do direito, a qual denomina como uma das características do constitucionalismo revolucionário – este, para Canotilho, corresponderia à fase do Constitucionalismo Contemporâneo -, qual seja, o “construtivismo político-constitucional”:

A imbricação destes dois momentos fractais – o da afirmação de direitos naturais individuais e da ‘artificialização-contratualização’ da ordem política – explica uma outra característica do constitucionalismo revolucionário – o *construtivismo político-constitucional*. A arquitetura política precisava de um ‘plano escrito’, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e conformasse o poder político. Em suma: tornava-se indispensável uma *constituição*.<sup>124</sup>(grifos conforme o original)

Com efeito, o constitucionalismo – enquanto processo político e jurídico de controle do poder político e afirmação de direitos fundamentais negativos - inicia-se a partir do Estado Moderno, na passagem para sua versão liberal, na medida em que na primeira roupagem daquela nova forma de Estado não havia constituição (Estado Absolutista); aliás, as condições de surgimento do Estado de Direito Liberal (e, portanto, do constitucionalismo enquanto instrumento de contenção do poder político) são engendradas, como sói ocorrer em todos os processos históricos, pelos problemas do paradigma anterior, no caso, do absolutismo, suscitando, portanto, a necessidade de controle do príncipe.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 35.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>123</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 226.

<sup>124</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 58.

<sup>125</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 01.

Pode-se divisar, assim, três modelos de constitucionalismo (daí falar-se em constitucionalismos<sup>126</sup>, no plural): inglês, americano e francês, sendo certo que, se Rousseau e a sua teorização acerca da vontade geral exerceu forte influência no modelo francês<sup>127</sup>, no arranjo inglês ganhou relevo as teses de John Locke e a concepção de direitos naturais acima dos direitos positivos,<sup>128</sup> diferença que se fará notar, por exemplo, na opção política por dado modelo de jurisdição constitucional, discussão que, no contexto pós-positivista de compreensão do Constitucionalismo Contemporâneo, terá grande relevância a propósito do debate acerca da força normativa da constituição e correlata tensão pós-moderna entre constitucionalismo e democracia, o que se refletirá na contraposição entre as teses substancialistas e procedimentalistas como formas de compreensão da Constituição.<sup>129</sup>

Sobre a origem do constitucionalismo, informam Lenio Streck e José Luiz Bolzan de Moraes que:

[...] surgido das revoluções burguesas do século XVIII, como a inglesa (1688), a norte-americana (1766) e a francesa (1789), o constitucionalismo e a teorização jurídico-normativista que posteriormente lhe serviu de suporte ideológico, identificando ordenamento jurídico e Estado, ofereceram esses dispositivos formais consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito como um dos conceitos políticos fundamentais do mundo contemporâneo.<sup>130</sup>

Na Inglaterra, por exemplo, foi onde primeiro surgiu a ideia de limitação do poder do rei (Jaime I), no início do século XVII, a partir de uma concepção jusnaturalista de base Lockeana – individualista, como se viu, própria ao paradigma estatal pós-iluminista do Estado Liberal de Direito - da existência de direitos naturais acima do direito positivo, dando início, assim, ao constitucionalismo moderno.<sup>131</sup>

Nesse mesmo contexto inglês, ainda, tem curso a chamada “doutrina Coke”, precursora do controle judicial de constitucionalidade, por meio da qual Edward Coke propugnava a prerrogativa de os juízes, interpretando o direito fruto da *common law* que caracteriza o modelo inglês, sobrepô-lo ao estatuto e, logo, estabelecer sua preponderância ao Parlamento; frise-se que essa construção inglesa, posteriormente eliminada quando da Revolução Gloriosa – que

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 01.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>129</sup> *Idem*, 2017, p. 118.

<sup>130</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 60.

<sup>131</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, 2019b, p. 14.

restabeleceu a autonomia do Parlamento, o que permanece até nossos dias -, foi a base do superveniente *judicial review* americano.<sup>132</sup>

Posteriormente, no entanto, ficou claro que a fórmula negativa de atuação estatal, própria do Estado Liberal, não satisfazia o interesse social, na medida em que não ofertava respostas aos inúmeros efeitos colaterais do desenvolvimento da sociedade industrial oportunizado pela ode às liberdades individuais consagradas pelo Estado Liberal.

Aqui, ocorre a passagem para o Estado de Direito Social, no qual há um redirecionamento das funções estatais num sentido positivo, ou seja, exige-se agora a prestação de condutas positivas do Estado, intervindo no domínio econômico e social a fim de garantir certos direitos sociais aos indivíduos, introduzindo-se no léxico político o valor da justiça social como ressignificante de toda a filosofia política.<sup>133</sup>

O Estado Social pressupõe e tem como base, com efeito, conforme ensina Manuel-Garcia Pelayo, a democracia política, mas não se limita a ela, ou seja, não se contenta só com a participação do povo na formação da vontade geral, senão exige a interveniência das organizações sociais e econômicas, além dos partidos políticos, no próprio processo de formação das políticas públicas econômicas de redistribuição (democracia econômica), bem como, numa perspectiva interna, pressupõe a participação ativa dos setores obreiros na gestão da empresa (democracia empresarial), culminando, portanto, no marco democrático do Estado Social que é a viabilização da democracia social<sup>134</sup>.

Percebe-se, assim, que o Estado Social do início do século XX estava marcado por um forte viés interventivo, cujas constituições detinham um conteúdo compromissório indisfarçável, sem, todavia, que a teoria do direito, eminentemente positivista, pudesse ofertar mecanismos aptos a lidarem com esta nova fase. Faltava-lhe o grau de autonomia que, de outro modo, caracterizar-se-ia o Constitucionalismo Contemporâneo na fase do Estado Democrático de Direito atual.<sup>135</sup>

A juridicização do mundo social, ocasionada então pelo advento do Estado-Providência, levou a uma forte crise de efetividade do sistema jurídico, na medida em que as crescentes demandas sociais por efetiva emancipação viram-se interdidas, já que este modelo de Estado não enfrentava as raízes do problema, eis que se tratava, essa configuração estatal, de uma

---

<sup>132</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 16-17.

<sup>133</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 64-67.

<sup>134</sup> GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 35-37.

<sup>135</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 674.

estratégia eminentemente regulatória para garantir a continuidade do sistema capitalista e da “transformação normal”, vale dizer, sem revolução.<sup>136</sup>

Ainda sobre a fase do constitucionalismo social, destaca Paulo Bonavides que:

*A instabilidade e o compromisso* marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar.<sup>137</sup>(grifos conforme o original)

Por fim, há a evolução para a etapa contemporânea, do Constitucionalismo Contemporâneo, em que se compreende, conforme já se deixou assentado, que há um *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito, o qual se constitui numa síntese em relação às fases anteriores da teoria do Estado<sup>138</sup>, na medida em que confere especial centralidade ao princípio da igualdade<sup>139</sup>, impondo ao Direito, a partir de uma concepção de Constituição dirigente, uma função que transcende à garantia de ordenação e prestação típicas das fases anteriores, senão agora atribui-se-lhe a missão de transformar a realidade.<sup>140</sup>

Para Susanna Pozzolo, o traço distintivo deste novo paradigma é que a lei foi colocada numa posição subordinada e se introduziu, junto aos critérios de validade formal já existentes, critérios de validade material capazes de condicionar a atividade legislativa, inclusive em seus conteúdos e não só em suas formas.<sup>141</sup>

Assim, mostra-se premente, na atual fase do fenômeno da constitucionalização do Direito – ou seja, do Constitucionalismo Contemporâneo enquanto última etapa ou fase mais acabada desse processo de constitucionalização -, enfatizar-se a necessidade de um constitucionalismo dirigente, tal qual se caracteriza o Constitucionalismo Contemporâneo de Streck, e, conseqüentemente, o estabelecimento de uma jurisdição constitucional forte capaz de garantir sua supremacia e os direitos fundamentais, mormente em países como o Brasil, porquanto, “as noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de

<sup>136</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 158-161.

<sup>137</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 231-232.

<sup>138</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 8, n. 2, maio./ago. 2003, p. 261.

<sup>139</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 104.

<sup>140</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., 2003, p. 261.

<sup>141</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 189.

Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de serem efetivadas”.<sup>142</sup>

A digressão acima realizada, partindo, no léxico filosófico jurídico, do jusnaturalismo, em seus três momentos, vale dizer, antigo, medieval e moderno, e passando, a partir da constitucionalização do Direito iniciada no contexto jusracionalista contratualista, já numa construção teórica mais político-jurídica, pelas fases do Estado Liberal e Social até atingir o Estado Democrático de Direito que caracteriza o Constitucionalismo Contemporâneo teve o condão de ofertar as motivações histórico-políticas que nos fizeram chegar até a contemporaneidade, na qual se vislumbra, segundo o problema de pesquisa ora enfrentado, uma crise paradigmática do Direito decorrente de um déficit de compreensão do alcance e do caráter revolucionário do Constitucionalismo atual.

E essa crise se dá pela dificuldade de assimilação do elevado nível de autonomia do Direito outorgado pelas profundas mudanças paradigmáticas do segundo pós-guerra, acima especificadas; e, ainda, pode-se dizer que tal dificuldade se concentra no apego a paradigmas ultrapassados, conforme será abaixo detalhado.

Importa, então, desvelar esses paradigmas, o que implica na adequada compreensão, - porquanto deveras mal compreendido principalmente em *terrae brasilis*<sup>143</sup> -, do positivismo jurídico e do seu pretense sucessor, o neoconstitucionalismo – que, nesta pesquisa, é epitetado de Constitucionalismo Contemporâneo, conforme o marco teórico de Lenio Streck, por se afastar de quaisquer confusões voluntaristas e discricionárias que possam – e comumente são – ser associadas àquele termo.

O direito moderno, com efeito, e conforme já se teve oportunidade de consignar, coerente às pretensões (modernas) de atribuição de ordem em face da ambivalência característica da sociedade industrial, fundamentou-se filosoficamente no positivismo jurídico, caracterizando-se, assim, por um esvaziamento de conteúdo axiológico, postulando uma pureza metodológica e uma unidade sistemática.

Esse atributo do positivismo jurídico de busca por uma pretensa objetividade, na sua versão clássica ou exegetica, deveu-se à sua filiação filosófica à matriz científica do positivismo

---

<sup>142</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 8, n. 2, maio./ago. 2003, p. 259-260.

<sup>143</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Teresópolis-RJ, v. 1, n. 1, 2014, p. 126.

sociológico<sup>144</sup> e, no geral, ao positivismo científico de Auguste Comte<sup>145</sup>, na medida em que, neste, há somente a preocupação com as causas dos fenômenos, com a manipulação do que é fático, positivo, passível de demonstração pelos sentidos e pela empiria<sup>146</sup>; vale a advertência, no entanto, de que o positivismo normativista de Hans Kelsen – superador, de resto, do positivismo clássico – não se confunde com a matriz do positivismo científico, já que se refere a esta criticamente, até em função de seus aportes filosóficos advindos do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena.<sup>147</sup>

Sobre o positivismo científico, convém ressaltar que é a partir dele que se desenvolve a tese positivista dos fatos sociais, por meio da qual a positividade do direito estaria inscrita num aspecto de materialidade, objetividade, logo, competir-lhe-ia apenas ater-se aos fatos, à realidade, compreendida como o que é assim percebida segundo a capacidade sensorial e/ou psicológica da razão humana.<sup>148</sup>

Portanto, a partir dos aportes daquela matriz teórica neopositivista, e especialmente de Carnap, que, laborando sob a pretensão de formulação de um conhecimento lógico-sistemático, que se daria no plano linguístico sintático, propugna por uma linguagem científica pura como condição de acesso ao conhecimento, o positivismo jurídico normativista de Hans Kelsen se desenvolve estruturando-se em uma abordagem eminentemente descritiva.

Em primeira aproximação, é possível pensar que esse é o objetivo de Carnap: o estudo, em uma metalinguagem adequada, de uma linguagem-objeto cujas regras de formação e de transformação são explícitas e deve permitir definir os conceitos de “proposição analítica” e “proposição sintética” de modo que seja possível determinar em um número finito de etapas, e só levando em conta a sua forma, em qual categoria devemos colocar uma proposição qualquer, formulada na linguagem-objeto. É claro que o melhor seria que a linguagem-objeto pudesse servir de metalinguagem.<sup>149</sup>

Assim é que Hans Kelsen edifica o conceito de norma jurídica como a base material do Direito, ou seja, a sua linguagem - concebendo-se esta como correspondente à realidade, coerentemente ao fundamento representacional da linguagem enquanto via de acesso à

---

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Teresópolis-RJ, v. 1, n. 1, 2014, p. 123.

<sup>145</sup> POSITIVISMO JURÍDICO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 263.

<sup>146</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, p. 146.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Op. cit., p. 124-125.

<sup>148</sup> ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Os caminhos para a superação do positivismo: os postulados da escola do direito livre nas decisões judiciais brasileiras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 1, jan./jun. 2020, p. 337-338.

<sup>149</sup> SCHMITZ, François. *O círculo de viena*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2019, p. 388.

realidade, característico do neopositivismo lógico -, com o propósito de, sobre ela, constituir uma metalinguagem capaz de descrevê-la com rigor analítico, vale dizer, de forma sintático-semântica, cuja atribuição caberia à Ciência do Direito. Logo, Kelsen separa o Direito da Ciência do Direito, e sobre este faz recair a pureza – metodológica – que dá título à sua obra; à Ciência do Direito, com efeito, competiria o estudo do sentido das normas jurídicas<sup>150</sup>. Portanto, em Kelsen, a pureza seria da ciência do direito, não do direito enquanto conjunto normativo – a evidenciar um dos grandes equívocos engendrados pelo senso comum teórico dos juristas do qual se falará adiante.

Ocorre que – e denotando o avanço semântico, no plano linguístico, representado pelo neopositivismo de Hans Kelsen – a delimitação do sentido dos enunciados linguísticos demanda uma racionalidade insuscetível – para kelsen – de controle linguístico, porquanto para além do aspecto lógico-sintático, razão pela qual Kelsen reconhecerá a “inexorabilidade do elemento subjetivo” no ato de aplicação do direito e, logo, conceberá a decisão jurídica como um ato de vontade<sup>151</sup>, separando-a, ante a impossibilidade de conformação de um conhecimento puro, da ciência do Direito<sup>152</sup>, relegando, portanto, o problema da interpretação na prática do Direito como algo desinteressante para a Ciência do Direito.<sup>153</sup>

A metodologia neopositivista trata, portanto, em essência, na esteira do esquema sujeito-objeto, da separação do objeto – linguagem-objeto, a norma jurídica - da ciência – metalinguagem, Ciência do Direito -, isolando o direito positivo<sup>154</sup>, o que se afinou às imposições do cientificismo sobre o direito, típico dessa fase da modernidade; ocorre que o problema do positivismo é exatamente a inevitabilidade das lacunas, jamais suprimíveis pelo legislador, mormente se pensadas numa perspectiva pós-positivista atravessada pelo giro ontológico-linguístico da filosofia. Eis aqui o gérmen – capciosamente plantado no positivismo normativista - do problema a ser enfrentado, na contemporaneidade, pela teoria da decisão jurídica no Estado Democrático de Direito: a discricionariedade.

Nesse sentido, o positivismo, enquanto paradigma jurídico moderno, pode ser apresentado, na linha metodológica crítica aqui empregada, como uma manifestação simbólica

---

<sup>150</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 153.

<sup>151</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 126-127, 2014.

<sup>152</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62-63.

<sup>153</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

<sup>154</sup> JECKEL, Lisiane Cristina; ROCHA, Leonel Severo. A influência da estática de Kelsen no direito contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2018, p. 43.

da vitória da regulação sobre a emancipação no direito<sup>155</sup> e, logo, explica o reducionismo jurídico moderno do direito ao Estado, tão fulcral para a compreensão do positivismo jurídico, na medida em que a fundamentação teórica deste paradigma jurídico, acima explicitada, se complementada com uma fundamentação prática – nível da validade e da correção normativa - que se constitui tanto na referência à norma fundamental quanto na ideia de Estado enquanto personificação da ordem jurídica;<sup>156</sup> o positivismo jurídico legitima o Estado moderno e é legitimado por ele.

Assim, o imbricamento moderno entre direito e Estado, de tal modo intenso que aquele passou a ser resumido como direito estatal - sem margem para admissão de outras formas jurídicas alheias ao Estado -, não pode ser problematizado sem uma ruptura paradigmática no campo da teoria do direito, na medida em que o positivismo, nada obstante seus incontestáveis limites epistêmicos, goza ainda de (enorme) prestígio (consciente e principalmente inconsciente) na contemporaneidade, de modo que, pode-se dizer, “há, no Brasil, uma cultura positivista e manualesca que continua enraizada nas escolas de direito e naquilo que se entende por doutrina e aplicação do direito. [...] Sejam claros: no campo da interpretação do direito, não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem.”<sup>157</sup>, o que se agrava pelo fato de que, para muitos juristas brasileiros – tributários ainda do paradigma neopositivista ora em vias de superação no Constitucionalismo Contemporâneo - Kelsen e a Escola da Exegese são a mesma coisa <sup>158</sup>, o que contribui para estigmatizações e atribuição de concepções teóricas equivocadas<sup>159</sup>, fruto igualmente de uma importação acrítica de teorias estrangeiras pelos juristas brasileiros, marca do neoconstitucionalismo à brasileira, eis que “por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico), pensaram que o ‘neoconstitucionalismo’ seria a forma de superar o exegetismo”.<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 141-142.

<sup>156</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 179-180.

<sup>157</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 293-294.

<sup>158</sup> ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Os caminhos para a superação do positivismo: os postulados da escola do direito livre nas decisões judiciais brasileiras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 1, jan./jun. 2020, p. 338.

<sup>159</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014, p. 126.

<sup>160</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 251.

Conforme ilustram Jeckel e Severo Rocha, a propósito da ideia de sanção para a Teoria Pura, mesmo inadequado – face ao paradigma pós-positivista -, o paradigma positivista segue influenciando o direito contemporâneo em diversos ramos específicos do Direito<sup>161</sup>; nessa ordem de ideias, Timberger e Bona, por exemplo, exaltam o relativismo moral de Kelsen como algo necessário, apregoando a necessidade contemporânea de um resgate positivista da seara política enquanto ponto de vista externo ao Direito.<sup>162</sup> Eis a comprovação da falta de superação da metafísica presente na Filosofia da Consciência pela dogmática jurídica brasileira – continua-se a apostar no positivismo e na discricionariedade como conseqüência daquele, não se apercebendo que se exige, agora, a democracia (também) no direito.

Poder-se-ia citar, ainda, a esse propósito, as concepções positivistas contemporâneas inclusivista e exclusivista – neste último caso, mencione-se a teoria positivista Joseph Raz - que, inseridas no bojo da classificação concebida pelo jurista brasileiro Dimitri Dimoulis como Positivismo Jurídico *Stricto Sensu*<sup>163</sup>, buscam tratar a paradigmática rejeição (positivista) da relação entre Direito e Moral na Teoria do Direito sob outro enfoque, vale dizer, como não necessária, mas contingente, na linha, inclusive, do que já veio de ser apresentado por Herbert Hart como positivismo moderado<sup>164</sup>, no que foi contestado por Dworkin no clássico debate entre ambos.

Portanto, des-pensar o direito – numa leitura, aqui, que conjuga Boaventura de Sousa Santos e a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck - implica em reconhecer as limitações, no contexto superador do esquema sujeito-objeto da pós-modernidade, do positivismo jurídico enquanto racionalidade típica do raciocínio e da prática jurídica modernas, portanto, incapaz de ofertar as respostas corretas demandas na contemporaneidade.

Ecoando a decantada sobre-determinação do Direito pela ciência, da qual o positivismo é caudatário, Boaventura<sup>165</sup> afirma que “a consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista”; vale enfatizar, ainda e mais uma vez, que, no contexto do paradigma moderno e da racionalização legal da vida social por meio do Direito -

---

<sup>161</sup> JECKEL, Lisiane Cristina; ROCHA, Leonel Severo. A influência da estática de Kelsen no direito contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, jul./dez. 2018, p. 26-27

<sup>162</sup> TIMBERGER, Temis; BONA, Celito de. Servirá o positivismo jurídico para “descascar abacaxis”? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, edição especial, 2019, p. 303-305.

<sup>163</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 49-53.

<sup>164</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 312-316.

<sup>165</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 65.

visto então como racionalidade meramente instrumental -, ganhou relevo o positivismo enquanto ferramental teórico jurídico próprio às necessidades sintático-semânticas desse período.

Para garantir, portanto, a ordem reclamada pelos anseios moderno-positivistas capitalistas, o direito moderno teve de se cientificizar e estatalizar<sup>166</sup>, assumindo, assim, as características paradigmáticas que denunciariam a sua crise pela colonização das energias emancipatórias pelas energias regulatórias, por meio, como já se teve oportunidade de afirmar no subcapítulo anterior, do domínio do Direito pela ciência, transformando-o em mera racionalidade instrumental.

Ocorre que, face aos avanços no plano da teoria da Constituição e do Estado, mormente a partir do segundo pós-guerra, o positivismo jurídico, enquanto metodologia e teoria, redundou inadequado ao novo paradigma constitucional<sup>167</sup>, na medida em que, com o redimensionamento jurídico-político da Constituição, que de normativa passou a ter um conteúdo transformador, somada à virada ontológico-linguística superadora do esquema sujeito-objeto e desveladora da diferença ontológica – um dos conceitos-chave da ontologia fundamental heideggeriana<sup>168</sup> -, ocorreu a invasão do positivismo pelo mundo prático<sup>169</sup>, a partir do resgate dos princípios jurídicos a fim de ofertarem concretude às regras, num modelo de compreensão hermenêutica (filosófica) somente possível a partir da superação das dualidades metafísicas, típicas do positivismo jurídico – enredado que está na filosofia da consciência.

Eis porque o neoconstitucionalismo – Constitucionalismo Contemporâneo - representa uma quebra do modelo de regras do positivismo<sup>170</sup>, na medida em que supera – na perspectiva hermenêutico-filosófica, posto que sob o prisma das teorias da argumentação essa diferenciação inexistente - a própria diferença estrutural regra/princípio a partir da convocação da pré-compreensão hermenêutica como instância prévia que elimina raciocínios dualistas e discursos adjudicatórios assentados em razões solipsistas; e a discricionariedade positivista decantada – que está embasada naquelas cisões metafísicas entre ser e dever ser, interpretação e aplicação,

---

<sup>166</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 119-120.

<sup>167</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto. *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2014, p. 105.

<sup>168</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 31-32.

<sup>169</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 45.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 53.

razão prática e razão teórica - somente poderia ser superada a partir desse ingresso da diferença ontológica de matriz filosófico-hermenêutica no Direito: com efeito, entre texto e norma há uma diferença que é ontológica e, logo, apreensível pela pré-compreensão<sup>171</sup>; a perspectiva hermenêutica, portanto, intersubjetiva e antimetodológica – porque o método, como standard interpretativo, chega tarde no processo compreensivo/aplicativo<sup>172</sup> -, “desvela a metafísica presente no discurso positivista”<sup>173</sup>.

E essa intersubjetividade, pressuposto da pluralidade e da desobjetivação, para além de ser constituir mera escolha epistêmica, e estando diretamente vinculada ao deslocamento hermenêutico provocado pelo *linguistic turn*, mormente a fenomenologia hermenêutica de Heidegger, superadora das metafísicas e do esquema S-O, constitui um ônus decorrente mesmo da heterogeneidade da sociedade contemporânea, a qual, segundo as exigências de legitimidade do Constitucionalismo Contemporâneo, deve ser refletida no direito e na ideia de democracia em sentido forte.<sup>174</sup>

Assim, se “a superação das diversas formas de positivismo dá-se pelo constitucionalismo instituído pelo e a partir do Estado Democrático (e Social) de Direito”<sup>175</sup>, mister a compreensão – a partir dos aportes da hermenêutica filosófica, na medida em que a Filosofia, que dá sustentação e abre o horizonte compreensivo dos paradigmas jurídicos segundo a Crítica Hermenêutica do Direito, foi atravessada pela linguagem – do sentido do novo constitucionalismo para o Direito, mormente o tratamento dado à interpretação jurídica (zona de penumbra no positivismo kelseniano), já que:

10. É preciso promover rupturas paradigmáticas. O novo, representado pelo modelo do Estado Democrático de Direito, que se institui a partir de duas grandes revoluções (o advento de um constitucionalismo que transforma substancialmente a sua concepção original e o rompimento da relação sujeito-objeto a partir do giro ontológico-linguístico, *ainda não foi tornado visível suficientemente*.

11. E esse tornar visível é tarefa de uma hermenêutica que possibilite uma adequada compreensão do fenômeno que envolve o advento do neoconstitucionalismo e a resistência positivista. Por isto, quero afirmar a Crítica Hermenêutica do Direito, no modelo filosófico que aqui serve de fio condutor, *como modo de deixar o fenômeno tornar-se visível, deixando-o vir à presença, em um contraponto ao discurso tradicional da dogmática de cariz positivista, que vê a Constituição de forma*

<sup>171</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 32-33.

<sup>172</sup> Idem, 2014b, p. 274-275.

<sup>173</sup> Idem, 2014d, p. 283.

<sup>174</sup> GONÇALVES, Daniel Diniz; SILVA; Juvêncio Borges. Pluralismo jurídico: possível (novo) modelo paradigmático para o Direito? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 417, jun./dez. 2018

<sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2014d, p. 280.

*objetificada*, como uma (mera) ferramenta a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa.<sup>176</sup>(grifos conforme o original)

Nesse contexto, aliás, exsurge uma aproximação entre as concepções de Ferrajoli – de matriz juspositivista - e Lenio Streck na crítica ao neoconstitucionalismo (constitucionalismo principialista, segundo Ferrajoli) – admitida textualmente pelo próprio autor gaúcho<sup>177</sup> -, a partir da recusa epistemológica à diferenciação estrutural entre regras e princípios e à compreensão destes como valores, na medida em que a identificação dessa premissa comum leva a consequências nomeadamente distintas por ambos autores, o que, no entanto, não impede que ambas possuam uma essência comum e cujas teorias buscam exatamente limitar, a saber: o poder de disposição judicial e o fenômeno cunhado por Streck por *pamprincipiologismo*<sup>178</sup>.

Ocorre que, para o referencial teórico aqui adotado, a partir de Lenio Streck e sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, calcado, ademais, na fenomenologia hermenêutica de Martin Heidegger, que parte da virada ontológico-linguística para, a partir da pré-compreensão, compreender o sujeito e as coisas do mundo como envoltos na historicidade e temporalidade do ser-aí, os quais se conectam intersubjetivamente no círculo hermenêutico e desse processo discursivo-compreensivo há a produção de sentido, mostra-se absolutamente ultrapassada – e, logo, inadequada ao paradigma contemporâneo - a crença positivista, da qual Ferrajoli comparte, de referenciais sintático-semânticos de significação, os quais pressupõem essencialismos próprios da metafísica superada pela viragem ontológico-linguística.<sup>179</sup>

Ferrajoli, nesse sentido, não admite a invasão do direito pela filosofia, marco distintivo do Constitucionalismo Contemporâneo segundo a leitura hermenêutica filosófica.

<sup>176</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 295.

<sup>177</sup> Idem, 2012b, p. 76.

<sup>178</sup> Segundo Streck (PAMPRINCIPIOLOGISMO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 254), “O neoconstitucionalismo, dentre outros aspectos, redimensionou o papel dos princípios de tal modo, repercutindo num reforço ao ativismo judicial, na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modo de abertura interpretativa. [...] Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do Direito, fragilizando sobremodo o grau de autonomia do Direito e a própria força normativa da Constituição. [...] Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

<sup>179</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 542

André Karam, por seu turno, menciona que “não é possível identificar apenas um neoconstitucionalismo”<sup>180</sup>, propondo, igualmente, a mudança dessa terminologia; Streck, por sua vez, abandonando também aquela outra nomenclatura, trabalha essa mesma proposta sob o epíteto “Constitucionalismo Contemporâneo”, advogando como ponto fulcral do constitucionalismo, no plano da teoria do direito, sua decomposição numa nova teoria das fontes, da norma, da interpretação e da decisão jurídica<sup>181</sup>.

Compreende-se, portanto, que uma teoria da decisão – mote da preocupação hermenêutico-filosófica trabalha por Streck - seria de difícil compatibilidade com um modelo de base positivista<sup>182</sup>; contrariamente a isso, todavia, há quem advogue uma aproximação entre a proposta garantista e a hermenêutica, a partir da premissa comum acerca da concepção dos princípios como fechamento interpretativo, disso extraíndo-se as bases para uma teoria da decisão garantista e que ao mesmo tempo observe a coerência e integridade do direito.<sup>183</sup>

No entanto, é fato que, nos marcos da Crítica Hermenêutica do Direito, a teoria garantista não resolve o problema da discricionariedade e, assim, o controle da arbitrariedade/discricionariedade do intérprete, incompatível com a autonomia do Direito reclamada pelo constitucionalismo dirigente e compromissório e pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, segue sem o devido contraponto, o que inegavelmente deteriora a força normativa da Constituição e o projeto transformador representado pelas Constituições dirigentes do segundo pós-guerra.

Portanto, o desvelamento da fundamentação filosófica por detrás da incompreensão – ou compreensão (ainda) positivista - do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito é a chave para a saída da barafunda jurídico-hermenêutica, porquanto apegada, doutrina e jurisprudência principalmente, ao padrão liberal-individualista próprio do positivismo exegético, justificador, em parte, do senso comum teórico, além de a uma metafísica moderna que se projeta mesmo para as teorias voluntaristas pós-positivistas (teorias da argumentação).

Por pós-positivismo, com efeito, pode se entender uma forma não positivista de compreensão do Direito, vale dizer, que admite a normatividade dos princípios jurídicos e a

---

<sup>180</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasiliis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 114.

<sup>181</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

<sup>182</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade” dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 215.

<sup>183</sup> TRINDADE, André Karam. Op. cit., p. 133-134.

conexão necessária – cooriginária – entre Direito e Moral, o que significa dizer que a razão prática, antes relegada à questão sem interesse no paradigma positivista, passa a ser adequadamente integrada e compreendida pela teoria do direito, residindo neste ponto a aproximação com a moral.<sup>184</sup>

Nesse contexto de discussão pós-positivista, ganha relevo o movimento neoconstitucionalista – o qual granjeou forte aderência da doutrina e jurisprudência brasileira, ainda que importando-o sob condições teóricas diversas daquela da qual se vale Streck, resultando, conforme se assentou, numa reprimatização positivista pela não superação do problema da discricionariedade<sup>185</sup> -, compreendido como nova forma de interpretar o Direito a partir da Constituição, conferindo especial ênfase – e eficácia – aos princípios constitucionais, de cuja concreção vincula-se a interpretação de toda norma infraconstitucional, caracterizando-se, ainda, pela conexão entre Direito e Moral.<sup>186</sup>

O neoconstitucionalismo, com efeito, termo cunhado por juristas espanhóis, significa um conjunto de concepções teóricas que tem por objeto compreender o fenômeno da normatividade das constituições que surgiram no contexto do segundo pós-guerra, buscando expressar as mudanças ocorridas no plano da teoria do direito desde então, bem como pretendendo elaborar metodologias para uma teoria da decisão neste novo cenário paradigmático<sup>187</sup>; esse fenômeno acarretou inúmeras repercussões jurídicas nos mais diversos ramos especializados da ciência jurídica, suscitando aceso debate acerca não só da teoria do direito, senão também da própria concepção de Estado<sup>188</sup>.

Para Lenio Streck, numa perspectiva crítica:

[o neoconstitucionalismo] embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa Continental, no Brasil acabou por incentivar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação com instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.<sup>189</sup>

<sup>184</sup> PÓS-POSITIVISMO. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 329-330.

<sup>185</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 627-628.

<sup>186</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 98.

<sup>187</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106-107.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>189</sup> STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#\\_ftnref1\\_4781](https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#_ftnref1_4781). Acesso em: 23 ago. 2020.

Desta feita, o neoconstitucionalismo, em *terrae brasilis*, ao conferir protagonismo ao Poder Judiciário - enquanto órgão encarregado da jurisdição constitucional e, portanto, em virtude do deslocamento em direção a este poder da tensão que conforma a relação constitucionalismo e democracia no Constitucionalismo Contemporâneo<sup>190</sup> - à concretude dos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, enseja o decisionismo, abrindo espaço ao arbítrio e, portanto, à flexibilização de garantias – compreendidas na leitura principiológica, portanto não juspositivista, da Crítica Hermenêutica do Direito, conforme será abaixo explicitado -<sup>191</sup>, na medida em que carente de uma teoria da decisão efetivamente comprometida com a democracia e a legitimidade, o que fatalmente joga as correntes ditas neoconstitucionalistas – e em especial as teorias da argumentação<sup>192</sup> - nos braços da discricionariedade característica do paradigma positivista.

É por isso que Streck convocará a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin – conjugando-a com a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer - que, a partir da edificação do conceito de coerência e integridade, elidirá os discursos discricionários, mormente pelo dever de coerência a ser observado pelos princípios de moralidade política que conformam a comunidade de cidadãos.<sup>193</sup>

Com efeito, o ponto alto da tese dworkiana para os fins da Crítica Hermenêutica do Direito como proposta de teoria da decisão judicial e, logo, superação do positivismo, é o seu compromisso de supressão das discricionariedades na aplicação Direito.<sup>194</sup> Dworkin, contrariando toda a tradição positivista, refuta a compreensão descritiva do direito como racionalidade instrumental, atribuindo uma natureza eminentemente interpretativa ao fenômeno jurídico, o que lhe permitirá desenvolver uma teoria política do direito – e não pura, frisa-se -, a partir do que deixa-se de lado a possibilidade de múltiplas respostas em Direito e, exatamente pela compreensão dinâmica do Direito como sendo construído ao longo da sua história institucional, Dworkin advogará a existência de respostas corretas, cuja descoberta, mais do que uma hipótese, consistiria num ônus advindo da coerência e da integridade – virtudes

---

<sup>190</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 2017, p. 97.

<sup>191</sup> LIMA, Renata Albuquerque; LOBO, Júlio César Matias. A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação *ope iudicis* a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 142, abr. 2018, p. 230.

<sup>192</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213-269.

<sup>194</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun. 2015, p. 102.

políticas, para Dworkin -, que compõem a comunidade de princípios que se baseia, de sua vez, em convicções de moralidade política.<sup>195</sup>

A partir dessa concepção de direito como integridade e do direito como prática interpretativa que deve guardar coerência com uma comunidade de princípios que se extrai das convicções de moralidade política da comunidade, Streck – valendo-se, também, não é demais repetir, da filosofia hermenêutica heideggeriana e da hermenêutica filosófica de base gadameriana - situará a problemática contemporânea do pós-positivismo, propondo sua própria leitura não positivista do Direito, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito e da possibilidade de respostas corretas no Direito, vale dizer, respostas adequadas à Constituição.

A leitura da Crítica Hermenêutica do Direito, a ser detalhada no terceiro capítulo a propósito do tratamento da problemática desta pesquisa, ou seja, a necessidade de uma (re)leitura das garantias em *terrae brasilis* a partir da adequada compreensão do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 e do grau de autonomia de que o Direito se vê revestido neste paradigma, passa por uma compreensão adequada do paradigma pós-positivista que, por sua vez, relaciona-se ao giro ontológico-linguístico superador da metafísica positivista – dualismos e cisões apriorísticas – o qual permitirá a compreensão dos princípios como componentes também da teoria da norma – razão pela qual, inclusive, Streck fala de uma nova teoria da norma<sup>196</sup>, que abandona o primitivo modelo unidimensional de regras do positivismo exegético-normativista, além de propugnar, outrossim, por uma nova teoria das fontes e da interpretação.<sup>197</sup>

A leitura adequada (ao horizonte autêntico da Constituição) do pós-positivismo, portanto, implica, conforme já se disse, numa postura do intérprete do Direito em compreendê-lo como ruptura paradigmática face ao modelo anterior, nos contornos reclamados pelo Constitucionalismo Contemporâneo naquilo que este tem de inovador no âmbito do Direito, qual seja, o redimensionamento da força normativa da Constituição em direção a uma hermenêutica e jurisdição constitucionais que visem à realização dos direitos fundamentais.

Ocorre que a mudança paradigmática representada pelo texto constitucional não foi adequadamente assimilada até o momento por grande parte da doutrina e da jurisprudência em *terrae brasilis*, o que explica o fenômeno igualmente já referenciado da baixa constitucionalidade ou crise de inefetividade da Constituição, na medida em que a dogmática

---

<sup>195</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 328.

<sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 104.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 279.

permanece aferrada a uma leitura (ainda) positivista do sistema jurídico, tributária de raciocínios dedutivistas e subsuntivistas no âmbito da interpretação do Direito, posturas que subtraem todo o sentido do constituir que consubstancia o Constitucionalismo Contemporâneo.

E essa resistência dogmático-doutrinária em *terrae brasilis* justifica-se no que Streck denuncia como crise de dupla face, conforme já mencionado, vale dizer, uma crise de modelo de Direito, eis que o nosso sistema jurídico está assentado, desde o advento da codificação do século XIX, e segundo as influências germano-romanas da *civil law*, numa perspectiva liberal-individualista, de forte cariz exegético, forjado para resolução de conflitos privados, além de uma crise de paradigmas, já que ainda inserto nas categorias da metafísica clássica – paradigma aristotélico-tomista – e da filosofia (subjativista) da consciência típica da modernidade.<sup>198</sup>

Portanto, o desafio posto a fim de se lograr uma compreensão adequada do Constitucionalismo Contemporâneo – e, por óbvio, das garantias penais que o compõe -, de sorte a oportunizar o desvelamento – que, na leitura hermenêutico-filosófica presente na Crítica Hermenêutica do Direito, dá-se no círculo hermenêutico em que se compreende para interpretar (*applicatio*) - do sentido paradigmático do constituir da Constituição, é superar tal crise, o que se faz pela denúncia/ delação da inadequação dos seus pressupostos filosóficos e jurídicos.

Nesse aspecto, a denúncia da inadequação do modelo de Direito observado pela dogmática e por boa parte da jurisprudência, que se mostra impermeável ao *linguistic turn*, dá-se pela própria assimilação do pós-positivismo – ou não positivismo<sup>199</sup> – e pela adequada compreensão do neoconstitucionalismo – Constitucionalismo Contemporâneo -, de sorte a ofertar uma leitura intersubjetiva do sistema jurídico, refratária ao assujeitamentos e discursos discricionários.

Lado outro, a superação dos paradigmas filosóficos aristotélico-tomista e da filosofia da consciência convocam a uma leitura fenomenológico-hermenêutica, a partir da ontologia da compreensão e do salto qualitativo de Martin Heidegger rumo à superação da metafísica objetivista e subjativista.

Nesse contexto, convém ressaltar que a pesquisa trabalha com a categoria de paradigma segundo a construção de Thomas Kuhn, ou seja, como referencial de um determinado conceito ou elemento científico que logra, num determinado contexto temporal eminentemente finito, ofertar as melhores respostas para a solução de um conjunto de problemas do presente, assim como gerar expectativas de responder igualmente aos desafios futuros – a promessa da ciência

---

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 277-278.

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014, p. 137.

normal, estabilizada pela formação do paradigma -, sendo certo, todavia, que fatalmente o desenvolvimento do processo científico tenderá a levar à sua superação. Em outras palavras, todo o paradigma científico tende a ser superado no transcorrer do processo histórico do desenvolvimento científico, por vir a se mostrar em algum momento incapaz de responder às necessidades do tempo histórico.<sup>200</sup>

Convém destacar, ademais, que “um dos efeitos de paradigma é constituir os critérios sobre os quais um discurso jurídico está em conformidade ou em desconformidade com o regime de verdade instituído pelo próprio paradigma”<sup>201</sup>, ainda que, conforme Arnauld, a pretensão à universalidade seja uma “pretensão de todo conhecimento tido por paradigmático”<sup>202</sup>.

Quer dizer, a superação histórica do(s) positivismo(s) por, simultaneamente, ter sido o Direito invadido pela filosofia com o advento da virada hermenêutico-ontológica superadora dos esquemas subjetivistas e objetivistas e, também, pelo fenômeno da promulgação de constituições dirigentes e compromissórias a partir do segundo pós-guerra, dotadas de forte conteúdo principiológico que rompe com o modelo de regras consagrado no paradigma positivista, reclama que se abandone as ferramentas teóricas e as concepções que conformavam aquele sistema anterior, abrindo-se à filosofia hermenêutica que reconhece a intersubjetividade e supera as cisões metafísicas.

Ocorre que esse processo de assimilação de um novo paradigma – que, ainda em Kuhn, assume a feição de uma verdadeira revolução científica<sup>203</sup> - mostra-se deveras complexo no Direito – campo jurídico, aliás, que, segundo Boaventura de Sousa Santos, é um indicador privilegiado dos sintomas da crise profunda do paradigma societal dominante da modernidade<sup>204</sup> -, mormente se levado em consideração que a dogmática jurídica padece do que Warat denominou de senso comum teórico dos juristas:

Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. Pode-se dizer que estamos diante de um protocolo de enunciação sem

<sup>200</sup> KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Paulo Aukar. Santa Maria-RS: [s.n], 2016, p. 57.

<sup>201</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Hermenêutica constitucional no paradigma da différence*. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 19, n. 1, jan./abr. 2018, p. 37.

<sup>202</sup> ARNAULD, André-jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 30.

<sup>203</sup> KUHN, Thomas Samuel. *Op. cit.*, p. 92.

<sup>204</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 19-20.

interstícios. Um máximo de convenções linguísticas que encontramos já prontas em nós quando precisamos falar espontaneamente para retificar o mundo compensar a ciência jurídica de sua carência. Visões, fetiches, lembranças, ideias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da ideia do “senso comum teórico dos juristas.”<sup>205</sup>

Ou seja, a ideia de objetos – textos, precedentes, enunciados sumulares, enfim, todo o ferramental fático de que se vale os diversos positivismos, enunciados assertóricos em geral – compreendidos como “significantes primordiais fundantes”<sup>206</sup>, configura-se como empobrecedora do raciocínio jurídico, representando, de *per si*, o próprio *habitus* de que nos fala Warat, enquanto instrumento simplificador do Direito, inserido que está num processo jurídico-político de categorização metafísica do Direito, tendo como subproduto a uniformização da prática jurídica e o esvaziamento da teoria e da academia, que perdem seu móvel propulsor, eis que a evolução do pensamento jurídico encontra-se dormitando.

Portanto, a superação desse déficit de compreensão por que padece a dogmática jurídica brasileira positivista é pressuposto indeclinável da adequada hermenêutica dos princípios – e, logo, das garantias penais. Eis a delimitação do problema de pesquisa – igualmente paradigmático – acerca da adequada compreensão das garantias penais no Brasil.

A análise do garantismo – teoria criada e desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli -, com efeito, situa-se na perspectiva teórica de busca pela compreensão e operacionalidade do direito a partir das mudanças advindas do segundo-pós-guerra, notadamente o incremento normativo de que se viram dotadas as constituições daquele período; nesse sentido – e apenas neste -, aproxima-se da hermenêutica jurídica aqui trabalhada quanto ao reconhecimento daquele momento histórico como instituinte de uma nova ordem jurídico-constitucional, e por isso se justifica também a sua convocação nesta pesquisa enquanto teoria do direito apta a explicar – embora de forma limitada, como se viu – a significância das garantias no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ocorre que o garantismo, nesta acepção juspositivista – matriz teórica à qual se filia o seu corifeu - nega aos princípios autonomia normativa, senão a partir de sua introjeção por meio de regras, compreendendo que, de outro modo (no constitucionalismo principialista de Streck), a normatividade dos princípios em si poria em risco a rigidez constitucional na medida em que relegaria à jurisdição – e não à legislação – o papel de concretizá-los, degradando a separação

---

<sup>205</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 13-14.

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 307.

de poderes e potencializando uma abertura interpretativa que é contrária ao anseio de limitação e vinculação – substancial – do poder<sup>207</sup>, antitética, portanto, ao garantismo.

Exatamente nesse ponto sensível da diferenciação do garantismo face às leituras hermenêutico-principiológicas é que reside parte da crítica à tese ferrajoliana, porquanto a apregoada separação entre direito e moral – marca do juspositivismo e, por óbvio, aderida pela teoria garantista de Ferrajoli - seria demonstrativa do enraizamento do modelo garantista aos parâmetros dualistas modernos - transferência da dicotomia “ser” versus “dever ser” para a dualidade “validade” versus “efetividade”, cisão “fato” e “direito”, enfim, tudo aquilo que restou superado em tese no campo do direito pela virada linguística, o que a tornaria artificial e ora superada pela força normativa que se extrai dos princípios constitucionais, os quais se sustentam em significações deduzidas a partir de um matriz inegavelmente moral.<sup>208</sup>

Ocorre que para além dessa divergência de fundo filosófica acerca da compreensão do garantismo<sup>209</sup>, e valendo enfatizar que a pesquisa, que se desenvolve no marco teórico de Streck, portanto, refuta uma compreensão positivista do garantismo que não assume a tese da descontinuidade principiológica e a conexão (cooriginária) entre Direito e Moral – bases do Constitucionalismo Contemporâneo que aqui se quer constituir e efetivar -, o contexto sócio-político contemporâneo, pós-moderno, de transição e de importantes mudanças, complexifica esse debate.

Com efeito, no conceito de modernidade tardia de Anthony Giddens, a leitura “sombria” faz-se projetar por sobre o otimismo progressista que tomara conta do início da fase moderna, o que o leva a concluir que o perigo é a marca da fase contemporânea da modernidade, ora dividida em seus dois gumes<sup>210</sup>.

Bauman, na mesma linha, enfatiza que o caráter perigoso da sociedade pós-moderna relaciona-se ao próprio processo de exclusão decorrente da maximização consumerista que inclui uns poucos e relega outros tantos à marginalidade, o que estaria relacionado, inclusive, à explosão da população carcerária – estimulada pela crescente insegurança das classes privilegiadas - nos países centrais da capitalismo, em especial os Estados Unidos, numa

---

<sup>207</sup> COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 174.

<sup>208</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 48-51.

<sup>209</sup> STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. Balanço. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 291-292.

<sup>210</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 20.

dinâmica cruenta de redirecionamento do excedente do processo produtivo – não mais absorvido pelo sistema econômico em tempos de transnacionalização da economia – para as prisões, levando mesmo à estigmatização da pobreza<sup>211</sup> - processo esse que será importante via analítica para a compreensão das questões atinentes ao Sistema Penal na contemporaneidade, cuja racionalidade – excludente – vigorante exerce importante função simbólica antigarantista, conforme ser verá no próximo capítulo.

Essa característica da sociedade pós-moderna deu ensejo ao que Ulrich Beck cunhou por sociedade de risco, marca da modernidade reflexiva, ou seja, que volta para si mesma num processo autofágico de conversão da geração de riquezas em geração de riscos de dimensões hiperbólicas<sup>212</sup>; essa sociedade de risco, com efeito, é geratriz do estado de crise permanente que caracteriza nossos tempos pós-modernos; conforme Carlo Bordoni, “nós temos de nos habituar a conviver com a crise. Pois a crise está aqui para ficar.”<sup>213</sup>

Esses fenômenos que descrevem o estágio atual das sociedades ocidentais, com efeito, estão diretamente relacionados aos fenômenos expansionistas e eficientistas penais, de base (ainda) moderna – porquanto constituídos a partir de leituras dualistas -, tais como as políticas de lei e da ordem exurgentes nos Estados Unidos e que são exportadas na esteira do avanço do projeto neoliberal global; com efeito, trata-se esse fenômeno do “papel ascendente de uma política penal voltada para a prisão e a punição, discernível nas sociedades mais avançadas durante as últimas décadas do século XX e desde então [trata-se da] substituição histórica feita por esse país [EUA] do bem-estar social pela gestão penal da marginalidade urbana”<sup>214</sup>.

Em tal contexto, o paradigma garantista, que, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck aqui trabalhada, convoca a uma leitura principialista assentada na integridade e coerência do Direito e no ônus de efetivação dos princípios (garantias) constitucionais, mostra-se de difícil materialização, principalmente em *terrae brasilis*, conjugando-se todos os elementos acima citados que convergem para a crise de paradigmas de que padecemos, o que autoriza, no particular, falar em um déficit de compreensão das próprias garantias penais.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 57-58.

<sup>212</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

<sup>213</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 15.

<sup>214</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 161.

<sup>215</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 14.

Surge, desse contexto, a introjeção de fenômenos (modernos) antigarantistas como a teoria do direito penal do inimigo<sup>216</sup>, assentada na tese da defesa contra o perigo representado pelo outro, o estranho, o que reclama uma urgente adequada compreensão do Direito Penal e do Sistema Penal em relação ao Estado Constitucional de Direito, marcado pela base principiológica, segundo Zaffaroni<sup>217</sup>, e também pela intersubjetividade que rejeita a degradação do conceito de ser humano, sujeito e não objeto de direitos.

Portanto, a precisa delimitação da problemática pós-moderna e pós-positivista no campo do Direito no Brasil, e especialmente no tratamento (in)adequado das garantias penais, exige que se realize uma compreensão prévia das causas dos fenômenos que dão azo aos discursos (ainda modernos) ilegítimos, incompatíveis com a racionalidade intersubjetiva, tolerante e incluyente que campeia a Filosofia pós-metafísica contemporânea e dá o tom do Constitucionalismo Contemporâneo.

---

<sup>216</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

<sup>217</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25-26.

## **2 EFICIENTISMO MAXIMALISTA X GARANTISMO - A DUPLA FACE DO DIREITO PENAL ENQUANTO CRITÉRIO DE ALINHAMENTO CONSTITUCIONAL DO SEGUNDO**

Após ser devidamente explicitada a base da qual se parte para estabelecer a crítica do déficit de compreensão das garantias penais no Brasil contemporâneo, qual seja, a persistência do modo de ser moderno no Direito – dualista, positivista e ainda apegado ao esquema sujeito-objeto -, passar-se-á a dissertar acerca dessa questão paradigmática no contexto do Sistema Penal, explorando-se os modelos criminológicos que foram edificados como adequados aos pressupostos teóricos de um Constitucionalismo Liberal ao longo da modernidade e que, para além de permanecerem influenciando a racionalidade jurídico-penal e criminológica na atualidade do Constitucionalismo Contemporâneo, parecem se enraizar e recrudescer ainda mais, na esteira da sociedade de risco e do perigo que conforma o contexto atual.

Para estabelecer o contraponto a esse modelo criminológico hegemônico, identificando-o como inadequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, valer-se-á dos aportes da Criminologia Crítica, na forma em que trabalhada por Alessandro Baratta, explicitando a limitação epistêmica da criminologia positivista e a incompatibilidade – com o constitucionalismo e a democracia contemporâneos - dos diversos discursos maximalistas e eficientistas do direito penal.

Com o propósito de evidenciar a ilegitimidade do modelo de compreensão do Sistema Penal hegemônico no Brasil, será preciso estabelecer então os contornos de uma racionalidade jurídico-penal adequada ao Constitucionalismo Contemporâneo, o que será possível a partir de uma leitura hermenêutica dos princípios constitucionais e das garantias penais – que estabelecem o horizonte autêntico constitucional sob o qual se estrutura o direito penal - conjugada com uma compreensão do Direito enquanto integridade, tornando possível compreender o Direito Penal no bojo da Crítica Hermenêutica do Direito enquanto dotado de uma dupla face: a proibição de excesso e de proteção deficiente.

Nesse sentido, a leitura constitucionalmente adequada do Direito Penal e do Sistema Penal encontra óbice no contexto social, jurídico e político contemporâneo que, repristinando formas de racionalidade jurídico-penais próprias de um contexto moderno pretensamente superado, engendra modelos de punibilidade essencialmente positivistas - no sentido criminológico -, supedaneados numa criminologia correcionalista, de base etiológica, apegados ao esquema sujeito-objeto e infensos à acolhida intersubjetiva que reclama a introjeção da tolerância e da inclusão como vetores de sentido do constitucionalismo democrático.

Ainda, o modelo de direito penal do autor, enquanto indicativo de um padrão de punibilidade estruturado a partir da periculosidade do agente, visando controlar a personalidade do infrator, balizando a sanção penal tendo como parâmetro características pessoais deste e não sua conduta material concreta (direito penal do fato), no que se constitui propriamente, por isso, numa “corrupção do direito penal”<sup>218</sup> - e exemplificado, nesta pesquisa, na figura (ainda) contemporânea do expansionismo penal e, particularmente, do inimigo, na medida em que, sabendo-se que “a expressão mais frontal de um direito penal para a individualização ôntica de criminosos afirma que a ciência penal tem por objetivo a defesa da sociedade contra inimigos naturais”<sup>219</sup> -, servirá para demonstrar tanto a incompatibilidade desta racionalidade objetificante com o Constitucionalismo Contemporâneo quanto, por outro lado, o seu enraizamento ilegítimo no discurso jurídico e no contexto sociopolítico pós-moderno: o que evidencia os desafios de compreensão em nosso país.

A resposta do Direito a essa problemática, enquanto ciência dotada de elevado grau de autonomia conquistada na quadra atual do Estado Democrático de Direito, haverá de ser um resgate das garantias penais que, não obstante originadas num contexto jurídico moderno, recebem outra configuração na fase contemporânea, mormente pela acolhida da normatividade principiológica, a partir do que será possível edificar uma resposta constitucionalmente adequada frente aos discursos penais ilegítimos.

## 2.1 O espectro do inimigo: a busca de proteção eficiente a qualquer custo e a acolhida do modelo garantista pelo Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro

A problematização do Sistema Penal no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, a propósito de jogar luz sobre sua ilegitimidade, na medida em que (ainda) apegado aos pressupostos teóricos da racionalidade modernidade, passa necessariamente pela discussão acerca da construção do direito penal como ciência autônoma e particularmente sobre a política criminal e a criminologia, enquanto componentes dos pilares de sustentação do sistema integrado das ciências criminais.<sup>220</sup>

Isso porque, concebendo-se a política criminal como produto de uma análise de caráter sociológico que se concretiza em ações de combate a condutas indesejadas em nível penal,

---

<sup>218</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 107.

<sup>219</sup> ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 303.

<sup>220</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 47.

como, por exemplo, a produção legislativa específica, o que se justifica por serem os interesses lesados por tais condutas considerados constitucionalmente bens jurídicos dignos de proteção em um determinado modelo de Estado<sup>221</sup>, é indisfarçável a imbricação entre a política criminal que subjaz uma determinada concepção de sistema punitivo e a ideologia que sustenta a concepção de sujeito e de modelo de conhecimento de uma determinada época.

Aliás, convém desde já assentar que a política criminal adequada a um Estado Democrático de Direito – padrão da teoria do Estado contemporâneo e pano de fundo desta pesquisa – implica deveras em uma formulação alternativa de política criminal, que rompe com os modelos passados, considerando o viés transformador das relações sociais característico do Direito no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, de modo que a política penal seja também transformada em direção a uma função positiva, vale dizer, integrar a função punitiva numa dimensão mais ampla da política social que se materialize em transformações da base estrutural econômica que sustenta a sociedade.<sup>222</sup>

E diz-se alternativa essa política criminal, coerente com a fase atual da teoria do Estado, porquanto a ideia anterior de política criminal, cuja gênese remonta ao século XVIII<sup>223</sup>, desenvolveu-se no bojo das reflexões liberais da Escola Positivista, exprimindo o conjunto de ações adotadas pelo Estado – estruturado segundo os padrões de racionalidade daquele período - para prevenir e combater o fenômeno criminoso, das quais o Direito Penal seria uma dessas ações, pelo que se entrevê que a política criminal surgida no contexto do Estado Liberal destinava-se a eliminar o crime da sociedade, percebendo o fenômeno criminoso como algo apartado da estrutura social e, logo, dotado de uma natureza própria (ontologia), percepção comum ao dualismo metafísico moderno então prevalecente.

A política criminal, então, enquanto conjunto de saberes determinantes do sentido e da natureza dos instrumentos a serem aplicados no âmbito do sistema penal, possui, portanto, íntima conexão com os modelos de Estado e de orientação política prevalecentes em determinado tempo histórico, razão pela qual esse resgate político-criminal faz-se necessário aos fins desta pesquisa, que procura, neste ponto, relacionar o modelo de punição penal estabelecido e a visão de mundo – de ser e estar - que subjaz um determinado tempo e lugar;

---

<sup>221</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis* – o bem jurídico à luz da constituição. 2011. 256f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2011, p. 103.

<sup>222</sup> DUEÑAS, Ángel de Sola. Política social e política criminal. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico II: estado e controle*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 378-379.

<sup>223</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 274.

ou seja, os princípios epocais da modernidade dos quais fala Streck<sup>224</sup> explicam, desde uma perspectiva filosófica, as racionalidades a partir das quais se estruturarão os sistemas sociais, no caso, o sistema punitivo da modernidade, que, conforme Foucault, respondia a uma demanda (capitalista) de vigilância para disciplinamento e adestramento<sup>225</sup>, da qual o panoptismo foi a figura arquitetural desse saber-poder<sup>226</sup>, e que pode ser sintetizada na expressão de Jock Young de que “sua tarefa [da modernidade no campo penal] foi transformar a diversidade em desvio”<sup>227</sup>, e que, entretanto, não funciona mais no paradigma pós-moderno, no qual as mudanças socioeconômicas e políticas advindas da globalização e a seguir examinadas, mormente a pulverização do risco – eventos de risco que devem ser eliminados a qualquer preço<sup>228</sup> – e a consequente modificação da estrutura da tolerância/ intolerância, implicam novos arranjos de controle social<sup>229</sup>.

Como foi dito acima, a ideologia desempenha papel fundamental na edificação de um modelo de controle social ou, mais especificamente, de punição, o qual é sempre tributário de uma determinada racionalidade prevalecente em dado tempo histórico e que conforma um certo modelo sujeito. Assim, tendo presente que a ideologia, cujo conceito foi ressignificado a partir de Marx para corresponder a um “sistema de ideias que domina o espírito de um homem ou de um grupo social”<sup>230</sup>, condiciona toda prática social e é constituída pela categoria de sujeito - “toda ideologia tem por função (é o que a define) ‘constituir’ indivíduos concretos em sujeitos”<sup>231</sup> -, torna-se forçoso perceber, de outro lado, a complexa relação entre ideologia e hegemonia de classe<sup>232</sup> - temática sensível à Criminologia Crítica.

A ideologia está sempre vinculada a uma forma de poder, já que, entendida como “conjunto mais ou menos coerente de crenças que o grupo social invoca para justificar seus atos e respaldar suas opiniões, isto é, as crenças que funcionam como motivadoras ou

---

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 207-208.

<sup>225</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 147.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>227</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 98.

<sup>228</sup> GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 103.

<sup>229</sup> YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>230</sup> ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, p. 81

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>232</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 135.

racionalizadoras de determinados comportamentos sociais”<sup>233</sup>, as condições de sentido, ou seja, as significações engendradas por um determinado grupo social obedecerão fatalmente o condicionamento que lhe é outorgado por tais crenças ideológicas; desta feita, ainda segundo Warat<sup>234</sup>, estabelece-se a “condição retórica de sentido” do discurso, vale dizer, o consenso sobre as regras que permitem gerar “argumentações persuasivas”, por exemplo, para a área do direito.

Nessa perspectiva, a ciência do Direito (sempre) se baseia, em última análise, em uma ideologia, que, para Marx, é uma falsa representação da realidade<sup>235</sup>, porquanto utilizada para construção de uma Ciência do Direito moderna (positivista) pretensamente neutra, em cuja base estrutural econômica se escamoteava os conflitos de classe de cujo polo dominante surgiram as instituições e a ciência jurídica – aí inclusa a criminologia; nessa mesma linha crítica de raciocínio, Wolkmer menciona o “sentido negativo de ideologia”<sup>236</sup>, próprio da sociologia crítica, que quer indicar a ideologia como sendo uma ideia distorcida das reais relações de domínio de classe na sociedade, algo mítico, o que, neste particular, aproxima-se inclusive bastante da construção social do inimigo, como se verá adiante, enquanto expressão de um mito.

A partir dessa relação dialética entre política criminal, ideologia e modelos de subjetividade pode-se avançar para tentar situar a problemática afeita à ilegitimidade do discurso penal (expansionista e efficientista) no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro a partir da consciência dos fenômenos criminológicos contemporâneos que pressionam esse sistema penal numa direção hiperbólica, fazendo-o de modo a reprimar uma racionalidade (in)tolerante. Nesse contexto, o risco, enquanto conceito primordial da ciência social para a compreensão da pós-modernidade e seus fenômenos, assume papel relevante no redimensionamento do contexto penal<sup>237</sup> e dos instrumentos próprios desta seara – aí incluso as garantias penais e processuais penais.

A modernidade reflexiva, conceito desenvolvido por Giddens para delimitar o que para ele seria uma radicalização da modernidade na contemporaneidade<sup>238</sup>, sendo os fenômenos recentes – como a globalização - característicos ainda dos pressupostos racionalistas e

---

<sup>233</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 116.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 120-121.

<sup>235</sup> BERGALLI, Roberto. O pensamento crítico e a criminologia. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 276.

<sup>236</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

<sup>237</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 189.

<sup>238</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 61-62.

iluministas que sustentaram a modernidade enquanto tal – daí o conceito de reflexividade como a referir-se a si própria, rejeitando então a concepção pós-moderna de superação dessa tradição moderna<sup>239</sup> -, implica, enquanto então “modernização da modernização”, um fenômeno caracterizado por uma teia complexa de conflitos e de insegurança<sup>240</sup>, de globalização do risco<sup>241</sup>, enfim.

Como refere Jock Young, numa gramática política para definir esse período transitivo no qual não se sabe bem onde se está, embora se tenha plena consciência daquilo que já não é:

O movimento para a modernidade recente é como um navio que rompeu suas amarras. Muitos tripulantes clamam por voltar à proteção familiar do porto, mas, para seu alarme, a bússola gira, o navio continua seu rumo e, ao olhar para trás, o cais já não é mais tão seguro: há momentos em que parece estar desmoronando, sua estrutura se obscurecendo e desintegrando. Estão errados os cantos de sereia que, desalentados, sérios e soberbos, tentam convencê-los de que é possível voltar<sup>242</sup>.

Neste contexto, fala-se, conforme mencionado no primeiro capítulo, de uma sociedade de risco<sup>243</sup>, eis que “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”<sup>244</sup>, o que pode também ser traduzido pela maximização dos distúrbios de qualidade de vida<sup>245</sup> que acompanham o crescimento material proporcionado – somente para alguns<sup>246</sup> - no período da globalização; vale dizer, fenômenos colaterais do processo de acumulação capitalista, como industrialização e urbanização, produzem uma gama de problemas sociais em larga escala<sup>247</sup>. Tais riscos, com efeito, constituem o caráter deste século, o qual se assume como “parteiro do medo”<sup>248</sup>, sendo certo que tais riscos diferenciam-se daqueles de outras épocas “fundamentalmente por conta da

<sup>239</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 13.

<sup>240</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (org.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 15-16.

<sup>241</sup> GIDDENS, Anthony. Op. cit., p. 137.

<sup>242</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 282.

<sup>243</sup> BECK, Ulrich. Op. cit., p. 19.

<sup>244</sup> Idem, 2011, p. 23.

<sup>245</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 283.

<sup>246</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 08.

<sup>247</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista*. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 81-82.

<sup>248</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 450.

globalidade de seu alcance - ser humano, fauna, flora etc. - e de suas causas modernas. São, enfim, riscos da modernização”<sup>249</sup>.

Essa perspectiva pós-moderna – ou de modernidade reflexiva ou tardia –, potencializadora de riscos, é caracterizada também por um realce inédito das diferenças, ocultadas ou mascaradas na modernidade, e que denunciarão as metalinguagens e metateorias modernas<sup>250</sup>, o que denota a importância da subjetividade e das (diversas) identidades neste novo paradigma – surgimento, nesse mesmo contexto, da chamada política de identidade<sup>251</sup> -, perspectiva que releva destacar mormente considerando-se que a figura do inimigo, na forma em que é estruturada do ponto de vista do Direito Penal a partir de Jakobs, pretende sustentar um modelo punitivo polar<sup>252</sup>, que se estrutura a partir de uma cisão entre cidadãos e inimigos, dicotomia tão comum à modernidade (pretensamente) superada.

Essas mudanças, com efeito, estão diretamente relacionadas, pois, às transformações do próprio capitalismo pós-fordista<sup>253</sup>, que, ao esgotar o modelo fabril de produção industrial fordista, reconfigurou as relações de produção em detrimento dos operários e trabalhadores em geral, excluídos da fábrica e absorvidos pelo desemprego estrutural<sup>254</sup>; essa transição, com efeito, pode ser expressada, segundo De Giorgi, como para um regime produtivo de excesso, ao qual corresponde a necessidade de desenvolvimento de estratégias de controle desse excesso<sup>255</sup>, para cuja consecução o controle social penal voltará seus instrumentos, valendo-se do receituário conhecido da clientela preferencial/neutralização/incapacitação seletiva<sup>256</sup>. Por isso que a transição da modernidade para a modernidade recente, para Young, significa uma

---

<sup>249</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

<sup>250</sup> HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 109.

<sup>251</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 334.

<sup>252</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

<sup>253</sup> Por pós-fordismo, compreende-se fundamentalmente as mudanças do processo produtivo capitalista, o qual, a partir do advento do capitalismo financeiro no paradigma da economia globalizada, abandona o capital industrial, o qual, doravante, “flutua” no espaço diante das conseqüentes revoluções dos meios de comunicação e transportes, deteriorando, assim, as relações de trabalho, a partir do corte ostensivo de postos de trabalho não renováveis. Ainda: “as características comuns das definições de neoliberalismo ou de pós-fordismo são (i) a territorialização da produção, (ii) a desregulamentação dos processos de trabalho, (iii) o desemprego estrutural, (iv) as privatizações e (v) a concentração do poder econômico e do poder político, tudo orientado para o desenvolvimento de uma cultura empresarial, de individualismo e consumismo e de responsabilização do pobre pela pobreza, como diz Chomsky.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 412-413).

<sup>254</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 411-412.

<sup>255</sup> GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 66-68.

<sup>256</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 336-337.

mudança da sociedade inclusiva para a sociedade excludente<sup>257</sup>, na qual “o outro desviante está em toda parte”<sup>258</sup>.

Ainda, convém também registrar que a desintegração do Estado Social, como resultado da eliminação neoliberal tanto quanto possível do papel estatal na dinâmica social, caminha pari passu com o fenômeno da globalização e do paradigma pós-fordista preponderante nas relações de produção que marcam este período contemporâneo, culminando na maximização da violência de massa, na qual o “outro” se apresenta como elemento de risco, compondo a teia da sociedade de risco<sup>259</sup>; assim, há uma relação bastante próxima entre redução do papel do Estado e o engajamento da repressão penal.<sup>260</sup>

Nesse passo, curioso notar que foi exatamente no marco do Estado Social que o sistema penal introjetou a ideia liberal de segurança como bem a ser garantido e ofertado pela esfera pública e que moldou todo o sistema penal do século XX, redirecionando-o em vista de uma política criminal preventiva, sob os auspícios do modelo ideológico da Defesa Social, modificando, também, as funções da pena, de uma perspectiva retributiva para corretiva, para o fim de ressocializar o delinquente e reintegrá-lo ao mercado de trabalho<sup>261</sup>, tendo em vista as necessidades econômicas do modo de produção industrial que marcou esse período e que não mais define os processos econômicos da contemporaneidade. Ocorre que essa demanda de segurança, ainda administrável naquele estágio inaugural da sociedade industrial em desenvolvimento, escala à medida que avança o projeto capitalista, culminando na institucionalização da insegurança na contemporaneidade<sup>262</sup>.

Essas nuances político-econômicas, portanto, trilham o caminho da insegurança ontológica que, por sua vez, projeta a incerteza e o medo sobre terceiros - o outro desviante<sup>263</sup> -, culminando na (necessidade de) exclusão das chamadas subclasses<sup>264</sup>, cuja conotação política será traduzida no discurso de hostilidade contra estrangeiros e a “gente de fora”<sup>265</sup>, hostilidade

---

<sup>257</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 23.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>259</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-40.

<sup>260</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 29.

<sup>261</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 184-186.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>263</sup> YOUNG, Jock. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>264</sup> HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 334-335.

<sup>265</sup> *Ibidem*, p. 407.

que será a base mesma da construção política do inimigo, a partir, na teoria política, de Carl Schmitt<sup>266</sup>.

Nesse contexto, o surgimento, por exemplo, da criminologia atuarial nos Estados Unidos aparece como manifestação da ideologia da globalização neoliberal por sobre o controle social, por incapacitação seletiva de grupos sociais como técnica de gestão administrativa da criminalidade, imune a quaisquer contributos criminológicos científicos, sustentando-se apenas em cálculos atuariais destinados à prognose de riscos<sup>267</sup>; trata-se, com efeito, da invasão do risco na criminologia<sup>268</sup>, a qual é modificada pela transformação da base econômica pela globalização dando ensejo a fenômenos autoritários de direita como, além da própria criminologia atuarial, também o discurso da tolerância zero e o direito penal do inimigo<sup>269</sup>, examinados a seguir; assim, “o medo e a globalização acarretarão medidas penais que serão regressivas e oportunistas”<sup>270</sup>, ou, dito de outra forma, a “sociedade tecnológica”, advinda da globalização, desloca para a margem sujeitos que são percebidos logo como “potenciais riscos pessoais e patrimoniais”.<sup>271</sup>

Para Juarez Cirino dos Santos, a globalização capitalista produz um projeto de controle social sustentado ainda e mais do que nunca no direito penal e na prisão, que agora passa a ser legitimada pela economia do risco:

O projeto de controle social do capitalismo globalizado aprofunda a desigualdade de classes no modo de produção e revitaliza a prisão como local de confinamento das novas classes perigosas – agora legitimada por prognósticos de risco fundados em características intrínsecas de grupos sociais subalternos, objetos da violência estrutural das relações de produção e da violência institucional da desigualdade formal perante a lei, porque a cidadania depende da utilidade econômica de sujeitos portadores de “capital humano” para expandir o capital. A solução tecnocrática da penalidade atuarial indica que as penas funcionam, que esse funcionamento é seletivo e pode funcionar ainda melhor, pela neutralização seletiva de grupos sociais: a) o objetivo é a eficiência da justiça penal no controle de grupos sociais perigosos, através da diferenciação da resposta penal pelo nível de periculosidade; b) a técnica da neutralização seletiva é o cálculo probabilístico, fundado na distribuição estatística do comportamento criminoso por segmentos sociais problemáticos; c) a linguagem atuarial exclui a responsabilidade individual e a correção penal, substituídas pela retórica da utilidade social: o governo dos riscos sociais se orienta por critérios estatísticos de racionalidade sistêmica.<sup>272</sup>

<sup>266</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21.

<sup>267</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 330-331.

<sup>268</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 452.

<sup>269</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 326-327.

<sup>270</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Op. Cit., p. 457.

<sup>271</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

<sup>272</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 337-338.

O positivismo criminológico, de base etiológica, próprio da modernização e vinculado ao positivismo científico biologicista<sup>273</sup> e, portanto, a uma busca pelo esquadramento do homem criminoso<sup>274</sup>, enquanto expressão de um determinismo causal<sup>275</sup> - daí as construções teóricas ligadas ao atavismo<sup>276</sup>, que não parecem diferir tanto da metodologia atuarial pós-moderna -, caracterizou-se por representar uma estrutura criminológica de direito penal do autor e uma volta ao inquisitório<sup>277</sup>, estruturando uma ideia de “inimigo ôntico”, já que sua condição hostil seria natural à sua existência<sup>278</sup>.

Assim, a ciência positivista floresce, nesse período, como ciência do controle social<sup>279</sup>, própria do contexto racionalista então em voga; ocorre que, o que se vê na contemporaneidade é a repriminização desse paradigma positivista na criminologia<sup>280</sup>, dadas as necessidades contemporâneas de contenção do risco potencializado advindo da globalização excludente: controle que se materializa pela exclusão e neutralização dos outros, os estrangeiros, inimigos, para cuja construção social a retórica do medo leva à defesa de posturas discriminatórias antigarantistas, razão pela qual Beck adverte que a ampliação dos perigos na sociedade de risco, como a atual, representa “desafios inteiramente novos à democracia”<sup>281</sup>, e Silva Sánchez indica, face a tudo isso, que o Direito Penal da globalização deverá ser menos garantista<sup>282</sup>.

Em face dessa constatação, Zaffaroni explicita a ilegitimidade do discurso da segurança, que sustenta as pretensões de maximização do controle punitivo na sociedade de risco:

Uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro e até suas últimas consequências, aspiraria a converter-se numa sociedade robotizada e, por conseguinte, despersonalizada. Certamente, esta distopia por sorte é e será falsa, porque a segurança com relação à nossa conduta futura, como se sabe, não é nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo.<sup>283</sup>

<sup>273</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista*. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 79.

<sup>274</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 89.

<sup>275</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 45.

<sup>276</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Op. Cit., p. 100.

<sup>277</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>279</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 46.

<sup>280</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Op. Cit., p. 114.

<sup>281</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 97.

<sup>282</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 97-98.

<sup>283</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 20-21.

Convém, nesse momento, explicitar melhor o fenômeno do expansionismo penal experimentado nos últimos anos por diversos países democráticos e em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, como produto das profundas mudanças representadas pela pós-modernidade e seus fenômenos correlatos - mormente a globalização e o pós-fordismo – por sobre o sistema penal, que então se orientará numa direção perigosamente maximalista, concretizando, assim, esquemas de pensamento criminológico neoconservadores e neoliberais<sup>284</sup>.

Essa relação simbiótica entre mudanças na teoria social e nas dinâmicas econômicas que traduzem uma era pós-moderna e de globalização das relações de produção e o Sistema Penal que subjaz tais mudanças enseja mesmo o que já vem se denominando “Direito Penal Pós-moderno”, o qual exprime um conjunto de posições eficientistas que propugnam que o controle social penal neste novo século, marcado pela complexização das dinâmicas criminosas, não pode se realizar no marco das garantias penais e processuais penais edificadas no paradigma liberal clássico, razão pela qual legitimar-se-ia a defesa de posturas como a ampliação dos poderes de investigação da polícia, a abreviação de processos penais, a antecipação da punibilidade e incremento de penas<sup>285</sup>. Revela-se, assim, sem máscaras, o caráter essencialmente antigarantista do movimento maximalista contemporâneo.

Para Silva Sánchez, a sociedade pós-industrial é uma sociedade de objetiva insegurança<sup>286</sup> - não obstante Loic Wacquant observar que, mais do que uma mudança efetiva de escala criminosa ou de desenvolvimento do aparato punitivo, senão a percepção aguda de insegurança que a sociedade então passará a expressar, em função das modificações do mercado de trabalho assalariado, sobre grupos marginalizados é que distinguirá o discurso contemporâneo de insegurança social generalizada<sup>287</sup> e, nessa mesma linha de raciocínio, o próprio Silva Sánchez obtempera que “a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressando de outro modo, existe uma elevadíssima ‘sensibilidade ao risco’”<sup>288</sup>, de modo que a segurança “se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”<sup>289</sup>.

<sup>284</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 763.

<sup>285</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 526-527.

<sup>286</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

<sup>287</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 29.

<sup>288</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 46.

<sup>289</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. Cit., p. 50.

Nesse sentido, ainda, e fazendo menção a todos os países desenvolvidos do mundo, com exceção do Japão<sup>290</sup>, “as evidências sugerem fortemente um liame causal entre a chegada da pós-modernidade e a crescente suscetibilidade da sociedade ao crime”<sup>291</sup>, de tal forma que “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro.”<sup>292</sup>.

A necessidade da busca de mercados de consumo estáveis – leia-se, dóceis –, cuja perseguição transnacionalizou-se com a globalização, faz com que esta almeje o estabelecimento de controles penais e sociais eficientes, o que induzirá reformas penais e teorias criminológicas de endurecimento<sup>293</sup>; assim, o que se entrevê na globalização neoliberal é a expansão do sistema penal e sua (pretensa, como escancara Zaffaroni<sup>294</sup>) relegitimação por meio do efficientismo, o qual se traduz por políticas da “Lei e da Ordem” e por uma interpretação ideológica de que a crise trata-se de uma crise de eficiência<sup>295</sup>, a recomendar então uma política repressiva de (in)tolerância zero.

Nesse contexto, o Estado penal norte-americano surge como o modelo dessa nova forma de controle penal endurecido – afinal, como lembra André Nascimento, “quem almeja entender por que o Brasil possui cada vez mais pessoas presas encontrará no exemplo dos EUA, o país que proporcionalmente mais encarcera seres humanos no planeta, similitudes perturbadoras”<sup>296</sup> –, como uma espécie de versão negativa do neoliberalismo reducionista do Estado<sup>297</sup>. Aliás, sobre o desenvolvimento dessa tendência punitivista ter-se iniciado numa época e lugar bastante demarcados, ou seja, nos Estados Unidos a partir das últimas duas décadas do século XX, não deixa de ser irônica – e melancólica – a observação segundo a qual “o país que difundiu as garantias processuais pratica hoje o inquisitório mais descarado”<sup>298</sup>.

---

<sup>290</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 229

<sup>291</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>292</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 88.

<sup>293</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 454-455.

<sup>294</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 234.

<sup>295</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 270-271.

<sup>296</sup> NASCIMENTO, André. Introdução à edição brasileira. In: GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 07.

<sup>297</sup> WACQUANT, Loic. Op. Cit., p. 104.

<sup>298</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 64.

Ocorre que esse “novo senso comum penal” desenvolvido naquele país internacionalizou-se, produzindo efeitos especialmente na América Latina<sup>299</sup>, e espalhou-se ao redor do mundo, multiplicando-se, principalmente a política da tolerância zero instituída em Nova Iorque<sup>300</sup>, a qual, segundo Lola Aniyar, tornou-se um negócio rentável mediante a criação, pelo seu idealizador, William Bratton, de “franquias” em diversos países latino-americanos<sup>301</sup>. Em verdade, a difusão de tais políticas penais maximalistas conta sempre – e, no caso da política de tolerância zero, é de se destacar o reforço desse papel de propagação da emergência penal desempenhado por “*think tankers* do Manhattan Institute, o famoso centro de campanha mundial da punição da miséria”<sup>302</sup> - com o apoio dos meios de comunicação de massa, os quais vendem a ideia de alarme social que galvaniza as massas no sentido da formação de um (falso) sentimento de solidariedade direcionada à cristalização de uma ojeriza coletiva a um suposto inimigo interno comum<sup>303</sup>; trata-se, enfim, do desenvolvimento da “criminologia antimoderna e antiliberal do outro perigoso”<sup>304</sup>.

Constituiu-se, com efeito, a política de tolerância zero - implantada em Nova York no começo dos anos 90, sob os auspícios da teoria das janelas quebradas, e tida então como a responsável pela redução dos índices criminais daquela cidade<sup>305</sup> - como uma tentativa de combater a criminalidade crescente a partir da intensificação da repressão penal por meio da punição de condutas menos graves, relacionadas à criminalidade de rua – cuja intensificação dessa particular forma de criminalidade urbana mostra-se deveras sensível para o discurso desses movimentos da Lei e da Ordem<sup>306</sup> - e vandalismos, direcionada a públicos-alvo, e sustentada no chavão “três vezes e você está fora”<sup>307</sup>; a filosofia por detrás da “pretensa” teoria das janelas quebradas ou broken windows é que “lutando passo a passo contra os pequenos

<sup>299</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 26-27.

<sup>300</sup> Ibidem, 42.

<sup>301</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 449.

<sup>302</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 340.

<sup>303</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 204-205.

<sup>304</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 389.

<sup>305</sup> WACQUANT, Loic. Dissecando a “tolerância zero”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 01 jun. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em: 13 maio 2022.

<sup>306</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

<sup>307</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 182-183.

distúrbios cotidianos é que se faz recuar as grandes patologias criminais”<sup>308</sup>. Assim, há uma colonização do eficientismo nesta quadra histórica, tributária da “solução” norte-americana da tolerância zero, vendida como resposta ao problema principal das sociedades: a segurança pública contra o inimigo representada pela criminalidade<sup>309</sup>; não à toa, “esse discurso simplificado se tornaria monopólio em torno da questão da ‘segurança’, que centraria todas as discussões do final do século XX e do começo do XXI”<sup>310</sup>.

Sobre a relação entre demandas sociais por segurança e a correlata asfixiação do campo do trabalho que induzirá os conflitos sociais que, por sua vez, retroalimentarão tais demandas – as quais por isso mesmo alimentam um círculo vicioso estrategicamente moldado pelas classes dominantes:

A canonização do “direito à segurança” é o correlato do abandono do direito ao trabalho, inscrito na Constituição, mas vilipendiado pela continuidade do desemprego em massa e pelo aumento dos assalariados em regime precário. Estes negam qualquer segurança de vida aos que a eles estão condenados e que são a cada dia mais numerosos.<sup>311</sup>

A política de tolerância zero, enquanto estratégia de repressão policial da criminalidade de rua<sup>312</sup>, objetiva a contenção social para refrear o medo dos indesejáveis, ou seja, os pobres<sup>313</sup>; e, para além de encobrir um falso discurso de efetividade, na medida em que, conforme Wacquant, ao menos seis causas independentes explicariam a redução da criminalidade em Nova Iorque naquele período<sup>314</sup>, está imbuída de ideias intolerantes<sup>315</sup> as quais, valendo-se de uma “retórica de guerra”, “assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros”<sup>316</sup>, ou seja, ao inimigo que precisa ser combatido e abatido, numa forma (pós)moderna de gestão microfísica global do poder:

Na prática, a política da tolerância zero aplica um método de repressão sistemática da pobreza, com prisões em massa de mendigos, bêbados, prostitutas, flanelinhas,

<sup>308</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 33.

<sup>309</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 272-273.

<sup>310</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 787.

<sup>311</sup> WACQUANT, Loic. Dissecando a “tolerância zero”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 01 jun. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em: 13 maio 2022.

<sup>312</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 329.

<sup>313</sup> WACQUANT, Loic. Op. cit., 2011, p. 34.

<sup>314</sup> Idem, 2002.

<sup>315</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 339-340.

<sup>316</sup> WACQUANT, Loic. Op. cit., 2011, p. 38.

grafiteiros, sem tetos e negros. Assim, a política repressivo-autoritária de segurança pública da tolerância zero existe como autêntica “limpeza de classe” das áreas urbanas, que legitima a gestão da miséria do Estado Penal, a nova forma da guerra oficial contra a população excluída e/ou marginalizada do mercado de trabalho, que deixa morrer os inúteis para expansão do capital, enquanto faz viver os portadores de capital humano, na linguagem de Foucault.<sup>317</sup>

A ideia de direito penal máximo está ligada, assim, a uma perspectiva algo irracional do exercício do poder – contradição sob a aparência de pragmatismo, nas palavras de Zaffaroni *et al.*<sup>318</sup> -, na medida em que não se vislumbram limites ou controle para sua validação; apresentasse, portanto, essa forma de direito penal, incondicionada e ilimitada, podendo ser exemplificada pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, valendo-se, então, do substancialismo penal e da inquisição processual como meios de materialização da almejada expansão da intervenção penal<sup>319</sup>; essa dinâmica punitiva pode ser percebida não só pela via legislativa, com o incremento quantitativo da intervenção penal pelas penas cominadas, como também pela via judicial, a partir do florescimento de uma tendência de reforço acusatório no processo penal, estimulada ou oportunizada tanto pela ausência de garantias quanto pela flexibilização da taxatividade dos tipos penais observada nas figuras delitivas tipificadas neste novo contexto<sup>320</sup>, cuja consequência é a concessão de um poder de disponibilidade ao julgador.

Nesse sentido, observa-se que a técnica expansionista manifesta-se, do ponto de vista dogmático, pela criminalização prévia de condutas, isto é, antes da efetiva lesão a bens jurídicos, bem como pelo estabelecimento de sanções elevadas para tais condutas “prévias”, consagrando, assim, um “Direito penal do risco”<sup>321</sup>; nesse mesmo contexto argumentativo, é possível também referir-se ao fenômeno da “normalização da emergência”, que serve ao maximalismo tanto pela construção (ideológica) de novas classes perigosas a serem combatidas quanto pela consecução de um consenso na sociedade acerca da necessidade das medidas repressivas contra aquelas classes; fala-se, então, de normalização porquanto o fenômeno aparece com cada vez mais frequência também pela perenização dos instrumentos repressivos uma vez passado o furor emergente – como ocorreu com a legislação antiterrorismo na Itália

<sup>317</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 343.

<sup>318</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 407.

<sup>319</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 91-92.

<sup>321</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76-77.

do final do século XX -, quer dizer, há a normalização das medidas de exceção e/ou restritivas da liberdade.<sup>322</sup>

Assim, pode-se mencionar, a título de curiosidade, como elementos da tendência expansionista do Direito Penal em nosso sistema tupiniquim, evidenciando, destarte, a orientação para incriminação de condutas prévias sustentadas na ideia de prevenção contra perigos (pré)supostos como objetivo máximo a ser perseguido pelo controle penal, a política de incremento da incriminação de tipos de perigo abstrato, ou seja, sem lesão efetiva ao bem jurídico ou risco concreto, de que são exemplos os tipos de porte ilegal de arma de fogo (artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003), embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/1997) e o usuário de droga (art. 28 da Lei nº 11.343/06), e, no aspecto processual, a flexibilização da presunção de inocência a partir da execução provisória da pena<sup>323</sup> e aspectos relativos aos meios de obtenção de prova inseridos pela Lei nº 12.850/2013.

A “emergência penal”, que tem um nítido caráter de exceção diante das medidas antigarantistas que promove, é caracterizada por três fases, segundo Ferrajoli - que, embora dissertando sobre o contexto italiano, tem presente que seus fundamentos, todavia, não diferem tanto daqueles que sustentam o mesmo fenômeno em todas as partes do mundo (até então) democrático, servindo para analisar do ponto de vista abstrato tal particularidade<sup>324</sup>, na medida em que “[...] não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a ‘reinterpretação’ das garantias clássicas’<sup>325</sup>: assim, fala-se, num primeiro momento, em um direito especial de polícia, caracterizado pela aprovação de legislações sob o espírito da doutrina de segurança e pelo reforço do papel de polícia do Estado; num segundo momento, chamado de fase do direito penal político especial, a magistratura assume papel de destaque na luta contra o terrorismo e a criminalidade de máfia, valendo-se de uma série de instrumentos normativos de duvidosa constitucionalidade para aplicar um receituário antigarantista no processo; finalmente, a terceira fase da emergência, chamada de direito penal diferenciado, configura-se pela cristalização das medidas excepcionais dos períodos anteriores, as quais então

---

<sup>322</sup> GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 103.

<sup>323</sup> WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, fev. 2018, p. 383.

<sup>324</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 656-659.

<sup>325</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

se espraiam pela legislação ordinária e tomam de assalto a própria praxes dos órgãos do sistema de justiça, normalizando-se.

Pode-se dizer então que, mais do que uma força simbólica – entendida, esta, como a utilização do direito penal como cortina de fumaça cujo objetivo é gerar um falso sentimento de resposta e cuja efetividade ficaria apenas num plano simbólico, isto é, não real<sup>326</sup> -, o expansionismo penal tem suas raízes no modelo social que vem se configurando desde o final do século XX e na mudança das expectativas da sociedade sobre o Direito Penal, que enxerga neste o responsável por satisfazer o impulso de mais proteção<sup>327</sup>; daí falar-se em “papel ascendente de uma política penal voltada para a prisão e a punição, discernível nas sociedades mais avançadas durante as últimas décadas do século XX e desde então”<sup>328</sup>.

A emergência do efficientismo penal – corolário do neoliberalismo capitalista - passa, então, a ser o movimento dominante em termos de controle penal, reabilitando a prisão – para o que conta com o discurso midiático a criar consenso e aceitação na população, a partir da construção ideológica de bodes expiatórios - como instrumento preferencial de exercício desse controle, não obstante sua ilegitimidade estar pronunciada desde o século XX; quer dizer, o efficientismo penal busca, a partir do tripé punitivo – Estado-mercado-mídia – consolidar a sociedade punitiva, deslocando o tónus da resposta penal da ressocialização para a neutralização, da prevenção especial positiva à prevenção especial negativa<sup>329</sup>; trata-se, com efeito, da “substituição da ressocialização pela incapacitação seletiva da época globalização”<sup>330</sup>.

Desta feita, o pensamento econômico, marco neoliberal, coloniza também o direito penal e o controle social, de modo que o gerencialismo passa a ocupar o espaço do controle penal, dando ensejo a que “a vetusta linguagem da causalidade social foi substituída por um novo léxico (de ‘fatores de risco’, ‘estruturas de incentivo’, ‘oferta e procura’, ‘estoque e fluxo de mercadorias’, ‘custo do crime’, ‘precificação da pena’) que traduz formas econômicas de

---

<sup>326</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77-79.

<sup>327</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 29-30.

<sup>328</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 161.

<sup>329</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 314-317.

<sup>330</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 337.

cálculo para o campo criminológico”<sup>331</sup>; enfim, trata-se, com efeito, da “emergência do *prisonfare* para neutralização/incapacitação seletiva de marginalizados sociais”<sup>332</sup>.

Todavia, o uso das estatísticas – definidas, na perspectiva da criminologia radical, como produto da luta de classes nas sociedades capitalistas<sup>333</sup> - e da metodologia econômica na criminologia parecem ser infensos à explicação de fenômenos há muito percebidos pela criminologia e utilizados para combater as tendências criminológicas liberais e positivistas – repristinadas, como se viu, no paradigma maximalista contemporâneo -, como a cifra negra e dourada da criminalidade<sup>334</sup>, daí falar-se no significado ideológico da criminologia tradicional<sup>335</sup>, repaginada sob uma vertente administrativista e a serviço das novas demandas econômicas do capitalismo global pós-fordista, o que está a ensejar, a propósito de demonstrar a ilegitimidade desse discurso criminológico, seja realizada a adequada crítica, a partir dos aportes da criminologia crítica de Alessandro Baratta, a ser trabalhada no próximo subcapítulo desta dissertação.

Dentre as causas do expansionismo penal atrás trabalhadas, está a (necessidade de) formulação do “Direito Penal da globalização”, por meio do qual se institui um direito penal maximalista face à necessidade de responder à criminalidade de modo eficiente – leia-se, punitivista -, ou seja, mediante a criação de instrumentos adequados para responder ao problema central desse paradigma que é a insegurança, pessoal e coletiva – criminalidade organizada etc.<sup>336</sup> Nesse sentido, parece haver uma lógica circular que parte da globalização como dinâmica de maximização dos problemas criminais diante de seus efeitos colaterais e, por outro lado, esses problemas são retroalimentados por demandas sociais – meticulosamente articuladas via terrorismo midiático - de segurança que impõem ao sistema um reforço punitivo.

Essa dinâmica circular sustentada sobre o medo que, como vimos, conta com os meios de comunicação de massa como aliados preferenciais na luta ideológica de difusão do discurso punitivo, não poderia ser materializada sem a globalização e a revolução tecnológica que a

---

<sup>331</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 396.

<sup>332</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 335.

<sup>333</sup> Idem, 2018, p. 13-14.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>336</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 29 e 98-100.

precedeu, a qual tornou possível a difusão desse discurso, autoritário e antiliberal, em escala global.<sup>337</sup>

Esse processo, com efeito, produz uma mudança na percepção do fenômeno criminoso na pós-modernidade, o que explica a (ir)racionalidade maximalista neste momento histórico:

[...] o crime – juntamente com os correlatos comportamentos da “subclasse”, tais como abuso de drogas, gravidez precoce, mães solteiras e dependência previdenciária – passaram a funcionar como legitimação retórica para políticas econômicas e sociais que efetivamente puniam os pobres, bem como para o desenvolvimento de um Estado marcadamente disciplinador. No discurso político daquele período, justificativas sociais para o problema do crime seriam completamente desacreditadas. Tais justificativas, como se dizia, negavam a responsabilidade individual, exculpavam as falhas morais, mitigavam as punições, encorajavam o mau comportamento e eram emblemáticas de tudo aquilo que havia de equivocado no previdenciário. O crime veio a ser visto como um problema de indisciplina, de falta de autocontrole ou de controle social, algo próprio de indivíduos perversos que precisavam ser detidos e que mereciam ser punidos. Em vez de indicar necessidade e privação, o crime era o resultado de culturas ou personalidades antissociais e da escolha racional do indivíduo, em face da lassidão na aplicação da lei e de regimes punitivos lenientes.<sup>338</sup>

Divisa-se, assim, uma íntima relação entre neoliberalismo, retórica do medo e políticas penais maximalistas, como a política de tolerância zero<sup>339</sup>, analisada acima, mesmo porque “o medo do delito tem uma função bem conhecida: legitimar a função repressiva e aumentar os recursos outorgados à polícia”<sup>340</sup>; daí a passagem, na contemporaneidade, para uma criminologia administrativa de gestão da criminalidade engajada primordialmente na redução de riscos e na neutralização seletiva dos autores desses riscos<sup>341</sup>.

É possível perceber, então, em aproximação com o que foi dito acima acerca da pretensão de reativação de um modelo criminológico dual (positivismo criminológico) na pós-modernidade, não obstante a superação desse paradigma não apenas pela Filosofia – giro ontológico-linguístico – como também no bojo da própria Criminologia, a partir dos impulsos das teorias conflituais e da criminologia crítica<sup>342</sup>, que o aumento da criminalidade, associado ao medo e à insegurança enquanto agendas do século XXI, cria uma nostalgia da segurança do passado, pressionando o sistema político por soluções rápidas a fim de resgatar esse paraíso

<sup>337</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 53.

<sup>338</sup> GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 220.

<sup>339</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 342-343.

<sup>340</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 251.

<sup>341</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 327.

<sup>342</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 361.

perdido<sup>343</sup>: eis a tempestade perfeita a tornar palatável o discurso maximalista e, logo, antigarantista em pleno Estado Democrático de Direito no Brasil.

Ou seja, “esta insegurança ontológica tem como resposta a necessidade de encontrar definições seguras de normas, frequentemente associada a uma nostalgia: o desejo de retornar as fronteiras do comportamento a um passado de civilidade e previsibilidade”<sup>344</sup>; eis a receita que resgata o modelo de punibilidade da prevenção e de imputação da “periculosidade”, no caso, das classes marginalizadas e segregadas, o qual será operacionalizado sob o signo da prevenção de riscos, o que ao mesmo tempo rompe com o projeto disciplinar da modernidade capitalista, por não ser mais necessário o disciplinamento de corpos para o modo de produção típico daquele marco, e inaugura uma nova forma de controle e de vigilância, sustentados na segregação urbana e na contenção carcerária do excesso<sup>345</sup>.

Assim, Alejandro Alagia nota o reaparecimento de um “positivismo perigosista”:

[...] A verdadeira novidade na segunda metade do século XX é o reaparecimento, por onde menos se esperava, do positivismo perigosista. É a própria doutrina penal que reintroduz a ideia de perigo como fundamento e causa do tratamento punitivo. E não o faz como prognóstico de periculosidade baseado em critérios criminológicos; a fonte é exclusivamente normativa. Uma conduta humana, apenas por transgredir uma norma penal, produz uma falta ao dever de submissão expressiva de infidelidade à autoridade e, por conseguinte, um perigo para a sociedade que encontra no tratamento punitivo uma retribuição necessária para conjurá-lo. *Um programa irrealizável de estado perigoso sem delito para habilitar o tratamento punitivo se reativa em outra programação criminalizante, baseando-se na ideia de delito como infidelidade ao dever de submissão.*<sup>346</sup>(grifos conforme o original)

Para a consecução de tal projeto, com efeito, a construção político-jurídica da ideia de inimigo será central para legitimação junto às massas e, não por acaso, portanto, “o poder planetário fabrica inimigos e emergência – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade”<sup>347</sup>. Assim, o maximalismo e o expansionismo penal direcionam a racionalidade punitiva para o outsider – estrangeiro ou estranho<sup>348</sup> -, o (novo) inimigo no século XXI; a globalização e todas as mudanças políticas, sociais e econômicas por ela representada conjugam-se com o fenômeno – por ela desencadeado – da criminalidade de massa, a qual,

<sup>343</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 180.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 190-191.

<sup>345</sup> GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 29-30.

<sup>346</sup> ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 281.

<sup>347</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 16.

<sup>348</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 310.

plasmando-se no contexto de uma sociedade de risco, “determina que o ‘outro’ se mostre muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um risco, o que constitui a outra dimensão (não tecnológica) de nossa ‘sociedade do risco’”<sup>349</sup>. Ou seja, a sociedade de risco produz o inimigo e, sobre a sua construção político-jurídica - associada à disseminação cultural ideológica do risco que este representa, na forma de marginalização e estereotipização a partir dos meios de comunicação de massa -, busca a legitimação do maximalismo penal.

Toda construção discursiva do inimigo, fundamental para a legitimação do poder punitivo máximo nos sistemas jurídicos contemporâneos, é dotada de uma determinada forma ideológica, isso porque, como explica Warat, “contemporaneamente, o mito vai se identificando com a ideologia política”<sup>350</sup>, e isso quer dizer que o mito possui uma função social de estabilização e socialização, na medida em que projeta um discurso simbólico cuja função é escamotear a realidade, de modo a interditar quaisquer contestações dos pressupostos desse discurso. Esse processo mítico-ideológico, com efeito, aplica-se ao direito na forma de fetiche: “esta função de harmonização, esse ritual simbólico aparece no direito mediante a constituição de conceitos fetichistas tais como ‘direito natural’, ‘dever jurídico’, ‘ato antijurídico’ etc [...]”<sup>351</sup>. Assim, pode-se perceber a construção da ideia de inimigo no direito também como expressão de um conceito fetichista, vale dizer, que encobre camadas de discurso não reveladas, sendo sua função ideológica propriamente a manutenção da obstrução da realidade.

Zaffaroni parece assim também enxergar a construção do inimigo algo mítica, ao afirmar que “toda identificação do inimigo se baseia em um mito” e que “os mitos mais grosseiros se impõem porque existe sempre uma relação inversa entre o grau de irracionalidade e brutalidade do poder repressivo e o nível de elaboração do discurso que procura legitimá-lo”<sup>352</sup>; daí a importância do mito para os discursos de intolerância e de maximização do poder punitivo no contexto da sociedade de risco globalizada, na medida em que, projetando toda a carga emocional coletiva, ideológica e estrategicamente cultivada pelas instâncias de poder – governo, mercado e mídia – por sobre a figura mítica de terceiros indesejados, os inimigos, o discurso desobriga-se de justificação, uma vez que o mito dispensa explicação, facilitando a

---

<sup>349</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 40.

<sup>350</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 104.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>352</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 58-59.

cristalização do sentimento de insegurança e a correlata personificação da sua causa na figura do inimigo<sup>353</sup>, o que convém àqueles que se beneficiam de tal discurso.

Assim, “o medo aparece pelas mãos de um novo protagonista da vida planetária: o inimigo”<sup>354</sup>, o qual passa a ser o protagonista das agendas expansionistas<sup>355</sup> e que, em nossa sociedade, assume personalidades bem marcadas: o imigrante/ estrangeiro<sup>356</sup>, o pobre<sup>357</sup>, o terrorista<sup>358</sup>, enfim, todos os indesejáveis econômica e socialmente. Dessa forma, é correto afirmar que se institucionaliza uma ecologia do medo responsável por segmentar a multidão enquanto estratégia de controle do excesso negativo<sup>359</sup> nas metrópoles pós-fordistas, retroalimentando, na medida mesma dessa segmentação, a construção social do inimigo perigoso<sup>360</sup>, produto do meio periférico – a reprimir, assim, certa criminologia etiológica.

A teoria do direito penal do inimigo, anteriormente mencionada nesta pesquisa e formulada por Gunther Jakobs, estrutura-se numa racionalidade dual – tão familiar à modernidade e incompatível, exatamente nesse ponto do duplo sistema de imputação, diga-se desde já, com o Estado Democrático de Direito e com as garantias<sup>361</sup> – por meio da qual se separa dois tipos de agentes sujeitos ao sistema penal: o cidadão (amigo), submetido à pena como afirmação da validade da norma, e o inimigo, sujeito à custódia de segurança, como prevenção ao fato futuro<sup>362</sup>.

---

<sup>353</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 209.

<sup>354</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 458.

<sup>355</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 13.

<sup>356</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Op. Cit., p. 463.

<sup>357</sup> WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2011, p. 38.

<sup>358</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 65.

<sup>359</sup> Por excesso negativo compreende-se a disfunção característica do pós-fordismo responsável por inviabilizar o acesso ao trabalho a uma massa de trabalhadores, acesso este que constituía a base do *welfare state* que se consolidou nos países centrais, no qual o capital excedia a força de trabalho, diferentemente do capitalismo globalizado, no qual a força de trabalho é que excede os meios de produção, o que produz profundas consequências no plano material: “[...] podemos falar aqui de um excesso negativo, evidenciando, por um lado, os efeitos da exclusão, da violência do poder e do controle que este excesso determina sobre a força de trabalho e, por outro, o fato de que, neste processo, o domínio do capital resulta potencialmente negado. Isto é, este domínio se revela em toda a sua estranheza, violência e opressão para com a força de trabalho social.” (GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 72-73)

<sup>360</sup> GIORGI, Alessandro de. Op. Cit., p. 107.

<sup>361</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 350.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 345.

A figura do inimigo proposta por Jakobs revestirá adequadamente – leia-se, ideologicamente<sup>363</sup> - a conduta do chamado terrorista, compreendido como aquele que “rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”<sup>364</sup>. Todavia, como lembra Zaffaroni, a discriminação entre amigos e inimigos ou entre iguais e estranhos é uma constante dos sistemas de controle punitivo, derivada da seletividade estrutural destes<sup>365</sup>, percepção que, todavia, será desnudada apenas pela perspectiva crítica da criminologia, mormente a teoria do etiquetamento, com a qual o movimento expansionista que sustenta o modelo de direito penal do inimigo antagoniza em toda a extensão; além disso, importante registrar que a construção teórica do inimigo remonta ao direito romano – ainda que se possa identificar a dicotomia amigo/inimigo numa matriz religiosa, em Santo Agostinho<sup>366</sup> -, sendo trabalhada, na ciência política, por Carl Schmitt<sup>367</sup>, para quem o conceito de inimigo serve para identificar, no plano do direito internacional, estados de paz e de guerra, vale dizer, a guerra haverá de ser legítima na medida em que for desferida contra inimigos<sup>368</sup>.

Percebe-se, assim, que, desde Carl Schmitt, o conceito de inimigo tem uma profunda conotação jurídico-política ideológica, o que confirma a perspectiva mítica em que o conceito é aqui sugerido e trabalhado, antes mencionada. Mais: sendo o conceito político de inimigo, na forma em que edificado por Carl Schmitt, próprio para uma retórica de guerra, fica evidenciada sua incongruência para o paradigma do Estado Democrático de Direito que caracteriza o sistema jurídico contemporâneo dos países ocidentais, e em particular, para os fins desta pesquisa, o Brasil, conforme dissertado no capítulo anterior, isto é, o direito penal do inimigo não pode servir à democracia. Por isso sua rejeição imanente ao garantismo e às garantias.

Para Silva Sánchez, o direito penal do inimigo representaria propriamente uma terceira velocidade do Direito Penal<sup>369</sup>, na medida em que se apresentaria como um fenômeno híbrido, conjugando o elemento punitivo que distingue a primeira velocidade, vale dizer, a pena de prisão que então justificaria a adoção de todas as garantias individuais e processuais, com a

---

<sup>363</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 98.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>365</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 81.

<sup>366</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 75.

<sup>367</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>368</sup> SCHMITT, Carl. *Concepto de lo político*. Tradução de Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart e Cia, 1963, p. 141.

<sup>369</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 193-197.

característica de flexibilização do direito penal de segunda velocidade, a qual se justificaria pela ausência, em tais casos, de aflição de pena de prisão; quer dizer, o direito penal do inimigo seria uma conjugação excepcional de flexibilização de garantias com pena de prisão, o que mostrarse-ia ilegítimo – no entanto, sua difusão tem encontrado campo fértil de propagação, mormente nos países periféricos do Terceiro Mundo<sup>370</sup>.

Assim, o direito penal do inimigo propugna o combate ao outro perigoso<sup>371</sup>, concentrando sua racionalidade sobre as características deste outro não pessoa – e só por isso, ou seja, por negar a dimensão humana, tal sistema já se mostra incompatível com o Estado de Direito e, claro, com as garantias<sup>372</sup> -, visando à eliminação do risco<sup>373</sup> representado pelo inimigo – cuja constituição desse status passa a gerar efeitos simbólicos, como representativo do mal, isentando seus idealizadores de legitimá-lo discursivamente, nos modelos de um direito penal simbólico<sup>374</sup> -, o qual, por não aderir ao contrato com o Estado, não merece contar com as garantias outorgadas por este mesmo Estado.

Portanto, há uma perfeita sincronia entre direito penal do inimigo e direito penal do autor, o qual é revitalizado pela teoria de Jakobs ao conceber uma cisão da imputação a partir de caracteres ontológicos do sujeito, para cuja execução será inevitável a assunção de preferências ideológicas por parte da autoridade<sup>375</sup>; essa relação é também destacada de forma expressa por Manuel Cancio Meliá, para quem “o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor”<sup>376</sup>.

A inclusão da ideia de risco, ínsita à perspectiva do direito penal do inimigo, já que aplica o modelo de imputação despersonalizado àquele contra o qual se deve prevenir contra condutas futuras, e, mais amplamente, a todas as propostas maximalistas e expansivas do direito penal, retoma a ideia de periculosidade própria do positivismo biológico e, como tal, ilegítimo face à evolução da criminologia<sup>377</sup>:

Fora dessas formas tradicionais e puras, surgiu, nas últimas décadas, um novo direito do autor através da ideia do delito como risco desaprovado normativamente. Condutas

<sup>370</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 354.

<sup>371</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95.

<sup>372</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

<sup>373</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 38.

<sup>374</sup> ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 798-804.

<sup>375</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 349.

<sup>376</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Op. Cit., p. 101.

<sup>377</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 352.

não lesivas para ninguém, porém, pelo simples fato de resultar expressivas de um risco são consideradas consumidoras de uma lesão à norma penal. Essa doutrina deduz daí que a essência do delito é uma tentativa, ou que estes se consumam na violação subjetiva de um dever de lealdade. A generalização da ideia de risco para formar o julgamento de injusto penal que habilita a pena não é senão uma nova versão normativa da velha periculosidade médico-policial. Nesse caso, o delito não é sintoma de uma inferioridade ou estado perigoso de natureza psicofísica; vislumbra-se em seu lugar um estado motivacional fantasmagórico de *inimizade de autor* com a ordem social, inobservável à criminologia e às ciências sociais em geral.<sup>378</sup>

Assim, ao tempo em que a teoria do direito penal do inimigo ou, mais amplamente, todas as perspectivas de direito penal máximo mostram-se ilegítimas, na medida em que não encontram sustentação teórica, científica e social, sendo fruto, portanto, de um discurso jurídico mítico comprometido com a manutenção do status quo ditado pelo paradigma da globalização capitalista pós-fordista, importa destacar que a medida de avaliação para definição de um sistema penal máximo ou mínimo – este adequado então ao Estado Democrático de Direito porque preserva garantias – é exatamente a maior ou menor vinculação garantista, seja do ponto de vista interno do sistema, seja da quantidade ou qualidade das incriminações e penas<sup>379</sup>; não por outro motivo Luigi Ferrajoli é taxativo ao caracterizar o direito penal expansionista produzido na Itália como essencialmente antigarantista, porquanto incompatível com o Estado de Direito<sup>380</sup>.

A construção ideológica do inimigo, que antagoniza na sua essência com o próprio sistema de garantias – do contrário, não haveria que se falar em cidadão versus inimigo e nem se apregoaria, no bojo das posturas maximalistas, sua flexibilização por serem “excessivamente rígidas”<sup>381</sup>-, reproduz uma racionalidade maniqueísta que se apresenta contraditória ao padrão tolerante e fraterno do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>382</sup>, para cuja superação mostra-se inevitável a defesa intransigente das garantias e do garantismo.

Por isso, ademais, que a política da tolerância zero se notabilizou principalmente pela defesa da flexibilização de garantias, apresentadas como “obstáculos para redução da

<sup>378</sup> ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 303

<sup>379</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 655.

<sup>381</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

<sup>382</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? *Meu site jurídico*, São Paulo, 6 maio 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/06/relativizacao-das-garantias-penais-ou-quem-tem-medo-garantismo-penal/>. Acesso em: 18 out. 2020.

criminalidade e/ou da violência urbana”<sup>383</sup>, bem como que os sistemas de controle social sustentados na previsibilidade de riscos (criminologia atuarial ou criminologia administrativa) são incompatíveis com a democracia e com o Estado Democrático de Direito<sup>384</sup>.

Tendo presente que o garantismo representa uma filosofia do direito penal e uma teoria (crítica) do direito penal cujos postulados dirigem-se tanto para uma crítica interna quanto externa do sistema penal<sup>385</sup>, bem como que apresenta uma inegável defesa do sistema penal minimalista<sup>386</sup>, sua aproximação com a Criminologia Crítica e com a democracia constitucional<sup>387</sup> - a propósito de conjugar uma teoria adequada ao tratamento das garantias penais e processuais penais nos contornos do Constitucionalismo Contemporâneo - parece ser intuitiva.

Em assim sendo, sua relevância teórica para a compreensão e interpretação do modelo de Direito e de Estado constituído no Brasil a partir da Constituição de 1988 é inegável, já que, consagrando o sistema brasileiro as garantias fundamentais como cláusulas pétreas e estabelecidas de forma expressa em rol extenso e não taxativo, a importação da teoria garantista exatamente neste período de redemocratização pretendeu conferir ao sistema jurídico uma sofisticada tecnologia de defesa da intangibilidade de tais garantias<sup>388</sup>, sobretudo as referentes ao direito de liberdade<sup>389</sup>, ou seja, à perspectiva do garantismo negativo.

Nessa linha de raciocínio, Streck destaca, embora ressaltando a filiação filosófica distinta entre sua tese e a de Ferrajoli, conforme já discutido no capítulo anterior, a importância que o garantismo dedica à constituição enquanto palco de uma mudança paradigmática na evolução do constitucionalismo representado pelo advento das constituições do segundo pós-guerra, que introjetam em seu texto as garantias fundamentais as quais passam, então, a condicionar a própria atividade legislativa num sentido também material<sup>390</sup>.

---

<sup>383</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 340-341.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 332-333.

<sup>385</sup> SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 88.

<sup>386</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 232.

<sup>387</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). *Sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 23.

<sup>388</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Direito.UnB*. Brasília, v. 04, n. 1, jan./abr. 2020, p. 106.

<sup>389</sup> TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca, v. 5, n. 1, 2012, p. 06.

<sup>390</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 59-60.

Desse modo, assumindo, como de fato se faz nesta pesquisa, conforme anunciado desde o princípio, a Crítica Hermenêutica do Direito trabalhada por Streck como condição de possibilidade para a adequada interpretação, compreensão e aplicação hermenêutica do Direito e, assim, das garantias (penais e processuais penais), e sendo essa condição sustentada numa concepção substancialista do direito, lastreada na teoria do direito como integridade de Dworkin, infere-se uma relação desta forma – constitucionalmente adequada - de compreender o Direito com o garantismo, já que também este visa conter arbitrariedades, inclusive judiciais: “a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, dispõe de efetiva natureza contenciosa em relação às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho”<sup>391</sup>.

Portanto, o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, de caráter principialista, acolhe o garantismo enquanto teoria da democracia, ainda que vá um pouco além dele face ao papel que, desde uma compreensão hermenêutico-filosófica, atribui-se aos princípios (constitucionais) – que, como já se disse, não são a mesma coisa dos velhos princípios gerais de direito -, de resgate do mundo prático e, portanto, de desvelamento do sentido das coisas – o ser dos entes -, no entanto, tais princípios desempenham um importante papel para as garantias, na medida em que se manifestam como o modo de compreendê-las (corretamente), funcionando como fechamento hermenêutico<sup>392</sup> de molde a evitar o decisionismo, o qual fragiliza a democracia e, logo, as garantias. Em síntese, tanto a Crítica Hermenêutica do Direito quanto o garantismo combatem a subjetividade judicial a propósito da defesa da democracia e da autonomia do Direito.

Portanto, o “constituir o novo”, representando pelo Constitucionalismo Contemporâneo recepcionado pela Constituição brasileira de 1988<sup>393</sup>, implica compreender as garantias e o garantismo, na medida em que, acolhido que foi pela nossa Constituição, o garantismo pode representar importante mecanismo de reconstrução das promessas da modernidade<sup>394</sup>, mormente porque o elevado grau de autonomia que o Direito granjeou nesta fase do constitucionalismo (brasileiro), da qual depende as próprias possibilidades da democracia no

---

<sup>391</sup> COERÊNCIA E INTEGRIDADE. In: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 44.

<sup>392</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo-RS, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 43.

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>394</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 349.

Estado Democrático de Direito, é um ponto de contato que une as teorias garantista de Ferrajoli e hermenêutica de Streck – marco teórico da pesquisa – além de Dworkin<sup>395</sup>.

Portanto, o garantismo, enquanto teoria da democracia constitucional, recepcionado pelo Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, é condição de possibilidade de realização do projeto constituinte transformador e, enquanto teoria do direito penal adequada a uma perspectiva minimalista, é avessa aos expansionismos penais antigarantistas.

Parte-se, agora, então, para um delineamento dos contornos do Sistema Penal garantista do Estado Democrático de Direito do Brasil contemporâneo, para o qual, se, por um lado, vedase o excesso maximalista a partir da defesa das garantias, de outro, resguarda-se um mínimo de intervenção enquanto vedação de proteção deficiente: eis o sistema de dupla face a ser a seguir examinado.

## 2.2 A dupla face do direito penal: entre proibição de excesso e de proteção deficiente

O caminho até aqui percorrido, de explicitação da ilegitimidade do discurso penal expansionista no paradigma do Estado Democrático de Direito do Brasil contemporâneo, a partir da demonstração do viés antigarantista dessa postura e, logo, inadequada a um Sistema Penal que, assentado nos marcos do Constitucionalismo Contemporâneo, assuma a defesa das garantias – numa perspectiva principiológica, como visto no primeiro capítulo – como parâmetro de verificação da materialidade constitucional desse sistema – e, portanto, da sua própria legitimidade –, não pode estar completo sem analisar, então, quais são os parâmetros desse sistema penal, posto que saber o que ele não é não leva, todavia, à conclusão do que ele seja.

Assim, sabe-se que a Constituição, além de nos proteger dos excessos – delineados no subcapítulo anterior sob o signo do maximalismo penal –, função consagrada no constitucionalismo desde o paradigma do Estado liberal e que conforma uma concepção garantista clássica (negativa), porém limitada sob o ponto de vista do paradigma do Estado Democrático (e Social) de Direito, não obstante seja muitas vezes percebida (ainda) como a única função de proteção a ser desempenhada pelo Estado<sup>396</sup>, é complementada pela noção de que a Constituição também nos garante uma proteção (penal) eficiente, na medida em que a segurança, como decorrência mesma dos processos sociais, políticos e econômicos globais

---

<sup>395</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 553.

<sup>396</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 162.

contemporâneos discutidos anteriormente nesta pesquisa, atinentes à maximização de riscos e à correlata demanda por proteção, passa a figurar como direito fundamental<sup>397</sup> de destacada envergadura jurídica.

Ocorre que, como vimos, essa distribuição da tutela penal ocorre de forma distorcida, principalmente em regiões periféricas como a América Latina, em que a ideia de inimigo – protótipo do esquema expansionista – expande-se para representar todos os suspeitos de serem infratores<sup>398</sup>, marcadamente aqueles pertencentes às classes subalternas, configurando o que Lola Aniyar de Castro denomina de sistema penal aparente ao tempo em que mantém encoberto o sistema penal subterrâneo, abundante em condutas lesivas de importantes interesses sociais não criminalizadas<sup>399</sup>. Ou seja, o excesso ilegítimo vale só para o inimigo; aos amigos, a impunidade, a qual é muitas vezes mascarada no discurso por meio de uma cínica defesa garantista, cuja teoria padeceria então, em *terrae brasilis*, segundo alguns autores, de uma certa banalização e fetichização<sup>400</sup>.

Para a completa compreensão dos contornos desse Sistema Penal contemporâneo, é necessário entender as razões da crise de legitimidade por que ele passa atualmente – para precisar o que ele efetivamente é -, bem como desvelar o que ele deveria ser, segundo a hermenêutica constitucional que revela o projeto de resgate das promessas incumpridas da modernidade no Constitucionalismo Contemporâneo.

Assim, as mudanças sociais têm suscitado não só a expansão do Direito Penal num sentido quantitativo e qualitativo, mas, pior, o surgimento de um Direito Penal de traços não democráticos<sup>401</sup>, ou seja, de restrição de garantias; essa crise deve-se, conforme também já tivemos a oportunidade de mencionar, ao aumento e mudança da natureza da criminalidade na contemporaneidade, a qual é respondida, a partir de uma simbolização da resposta penal, com o incremento exponencial da punição – apenas sobre alguns, os de sempre, claro –, estratégia que, todavia, não logra diminuir a criminalidade, ao contrário; assim, o Direito Penal no Brasil

---

<sup>397</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 245.

<sup>398</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 164.

<sup>399</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 128.

<sup>400</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010, p. 187.

<sup>401</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun. 2013, p. 66.

é percebido como uma técnica de estigmatização, por submeter o seu peso apenas sobre algumas pessoas selecionadas<sup>402</sup>.

A globalização, com efeito, debilita o Estado Democrático de Direito no sentido de gerar uma crise de efetividade da Constituição face aos direitos fundamentais, ao reduzir a dimensão política e a capacidade de atuação dos entes estatais, fragilizando a condição que estes det(inham)êm de garantir e efetivar direitos fundamentais individuais, sociais, econômicos e culturais<sup>403</sup>; corolário desse processo desagregador, o aumento e a complexização da criminalidade – que se volta contra também interesses transindividuais, problemática a que Ferrajoli<sup>404</sup> denomina de “questão criminal”, ou seja, a mudança da natureza da criminalidade, redundando numa “dupla falência”: da crise de efetividade e de garantias, pressionando os agentes públicos a responder simbolicamente com mais repressão. Surge, então, o conflito de se saber como compatibilizar as garantias com esse tipo de criminalidade para cujo combate os meios tradicionais não se mostram eficientes<sup>405</sup>, ou, sob outra ótica, como estruturar um modelo garantista no paradigma do Estado de Direito Contemporâneo, o qual é fundamentalmente incompatível com o modelo de direito penal do inimigo<sup>406</sup>. A questão, no fundo, é saber como garantir eficiência sem recair em discursos e práticas de exceção. Enfim, como se enredar um Sistema Penal constitucionalmente adequado, ou seja, garantista.

[...] O maior problema está, isso sim, na forma como a ciência penal tem reagido a esta realidade ou, mais precisamente, na forma como princípios e garantias penais têm sido tão facilmente descartados, sob o simples argumento de otimizar o combate à criminalidade. E principalmente quando isso ocorre não no âmbito de Estados totalitários – como é de se esperar -, mas no seio de Estados democráticos de Direito e em que pese o atual estágio de desenvolvimento dos princípios e direitos fundamentais.<sup>407</sup>

A Constituição, assumindo então o garantismo como proposta de democracia constitucional que leva os direitos a sério, na medida em que prevê instrumentos para salvaguardar os direitos fundamentais tanto numa perspectiva positiva quanto negativa<sup>408</sup>, não

<sup>402</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 135.

<sup>403</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 164-165.

<sup>404</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

<sup>405</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>406</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 159.

<sup>407</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jun. 2013, p. 68.

<sup>408</sup> IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 3, n. 1, jan./jun. 2011, p. 40.

é e nem pode ser expansionista; tal assertiva, aliás, leva a que Zaffaroni - que, importa destacar, assume, não obstante sua tese da deslegitimação do sistema penal, um ponto de vista garantista para sua proposta de reconstrução da dogmática jurídico-penal<sup>409</sup> - aponte como redundância falar-se em Estado de direito e garantias, porquanto aquele só o é como tal na medida em que seu direito penal seja de garantias<sup>410</sup>; por isso que a legitimação do poder punitivo baseada no garantismo acompanha o desenvolvimento do direito penal moderno desde o Iluminismo<sup>411</sup>, razão pela qual é correto afirmar que deve haver um vínculo necessário entre dogmática e garantismo, de tal modo que este se estruture como teoria do direito (penal) capaz de viabilizar o substrato material que a criminologia (crítica) oferta à política criminal como dever ser do direito penal no próprio direito penal<sup>412</sup>, quer dizer, o garantismo implica uma crítica ao direito formulada dentro do próprio sistema penal, em vista de aperfeiçoá-lo num sentido de respeito e realização dos direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, há um vínculo teórico indissociável entre criminologia crítica, direito penal e garantismo, do qual se extrai as condições de possibilidade de estruturação de um Sistema Penal adequado – legítimo – nos marcos do Estado Democrático de Direito, construção indispensável para realizar o que aqui se chama de dupla face do direito penal, que será mais à frente explicitada, sem recair na defesa de um garantismo unidimensional ou, se se quiser, um abolicionismo penal, o qual é igualmente incompatível, na perspectiva garantista, com a realização material da Constituição<sup>413</sup>, vale dizer, esta propugna por um direito penal proporcional, que não é excessivo, mas é (precisar ser) eficiente na tutela dos direitos fundamentais individuais e (inclusive) sociais.

Isso porque, nos marcos do realismo marginal de Zaffaroni, que interpreta as garantias como limites máximos para controle da irracionalidade (violência) do direito penal, segundo o padrão da “mínima violência/máxima realização” pelo qual se medirá o grau de violência tolerada e, em contraponto, a maior satisfação tanto possível de determinado princípio penal<sup>414</sup>,

---

<sup>409</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 738.

<sup>410</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 173.

<sup>411</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 187.

<sup>412</sup> SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 90

<sup>413</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 367.

<sup>414</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 235-236.

o sistema penal é sempre ilegítimo, na medida em que a seletividade e a violência, entre outras, são características iminentes a todo sistema penal já experimentado na História<sup>415</sup>.

O sistema punitivo deve, então, ostentar um caráter fragmentário e residual num Estado Social de Direito, sem descuidar da tutela de nenhuma das necessidades dos cidadãos, logo, o único direito penal legítimo neste marco será o direito penal mínimo; nesse contexto, a criminologia (crítica) contribui para um redimensionamento do garantismo penal – o qual, no projeto de Zaffaroni, converter-se-ia na zona de intersecção entre direito ou ciência penal e criminologia crítica<sup>416</sup> -, enquanto teoria jurídica adequada a este modelo, a partir principalmente de sua assimilação não apenas sob o viés negativo – por garantismo negativo, rememore-se, entenda-se a proteção de interesses preponderantemente individuais, orientados à contenção do excesso do Estado<sup>417</sup> -, mas especialmente a sua dimensão substantiva, enquanto importante instrumento de proteção dos direitos humanos<sup>418</sup>.

Isso significa, dito de outro modo, ampliar a perspectiva do garantismo para além da dimensão penal, no sentido de interpretá-lo como política integral de proteção dos direitos humanos, além de defini-lo não apenas como limitação do poder punitivo, mas, também, na sua dimensão positiva: responder às necessidades de asseguramento de todos os direitos fundamentais, aí inclusos os econômicos, culturais e sociais, além de garantir proteção contra agressões criminais de terceiros<sup>419</sup>. Trata-se, com efeito, do redirecionamento que o garantismo enquanto teoria normativa da democracia propõe para a teoria do direito.

Não por outro motivo, “o campo do criticismo, edificado pelas mãos da Criminologia, atinge o domínio do Direito penal dogmático e da Política criminal, dando origem a um Direito penal crítico, cuja síntese será(ão) o(s) garantismo(s), edificado(s) a partir da deslegitimação do controle penal”<sup>420</sup>, ou seja, o garantismo é a incorporação da criminologia crítica nos campos do direito penal e da política criminal; por isso é que Baratta falará de um novo modelo integrado de Ciência Penal<sup>421</sup>, por meio do qual a relação entre ciência social e discurso jurídico

---

<sup>415</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

<sup>416</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 125.

<sup>417</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 230.

<sup>418</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Julio Cesar Fairs, 2004, p. 151

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 191-192.

<sup>420</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 96

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 97.

assume uma posição de condicionamento, na qual a crítica social passa a ser incorporada ao discurso penal, o qual, concebendo a ciência do Direito como técnica jurídica destinada a realizar os postulados de uma política criminal democrática, harmonizar-se-ia com a perspectiva de transformação das relações sociais, primado da relegitimação do sistema penal<sup>422</sup>.

Refutando-se, então, uma relação entre criminologia – que, insista-se, só pode ser, nos marcos do Estado Democrático de Direito, crítica (e a teoria crítica, na análise jurídico-penal, é bom frisar, leva à desconstrução do direito penal e da criminologia<sup>423</sup>) – e direito penal ditada pela subordinação daquela em face deste<sup>424</sup>, própria de um positivismo criminológico já ultrapassado<sup>425</sup>, passando a consubstanciar uma relação ciência-objeto<sup>426</sup>, os princípios constitucionais penais e processuais penais, compreendidos como garantias em face do poder punitivo – e que, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito com a qual se trabalha nesta pesquisa, (re)introduzem o mundo prático no Direito<sup>427</sup> -, deverão funcionar como guia hermenêutico de molde a materializar a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundado na culpabilidade, enfim, um direito penal mínimo e garantista<sup>428</sup>.

O garantismo “implica uma atividade de crítica externa – desde a filosofia ético-política – ou interna – desde a teoria jurídica – dos sistemas penais existentes”<sup>429</sup>. A temática dos direitos fundamentais – “direitos humanos constitucionalizados” - aparece, então, nesta discussão, já que estabelecem o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas<sup>430</sup>, ou seja, o minimalismo garantista materializa-se tendo a tutela do direitos fundamentais como baliza da legitimidade da intervenção penal estatal, que não pode ser então excessiva, mas será ao mesmo tempo necessária, já que evita a prevalência da vingança privada

---

<sup>422</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 156.

<sup>423</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 76.

<sup>424</sup> RAMÍREZ, Juan Bustos. A criminologia. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 45.

<sup>425</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 351.

<sup>426</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 119.

<sup>427</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 489.

<sup>428</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 50.

<sup>429</sup> SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 89.

<sup>430</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 19.

que igualmente atentaria contra a proteção dos direitos fundamentais; compreende-se o garantismo, então, como máxima eficácia da proteção dos direitos humanos<sup>431</sup>.

Assim, apresenta-se o garantismo como uma das principais teorias aptas a explicar o fenômeno das mudanças no constitucionalismo advindas a partir do segundo pós-guerra<sup>432</sup>, tendo presente que o constitucionalismo desenvolveu-se nos modelos inglês, francês e americano sob o signo da garantia de direitos fundamentais (individuais)<sup>433</sup>; para Ferrajoli, os direitos fundamentais das constituições do segundo pós-guerra atuam como fontes tanto de legitimação como de deslegitimação do sistema penal<sup>434</sup>, assim é que os princípios constitucionais – que deverão ser considerados sempre como “abertos” ou “inacabados”, no sentido de que poderão fazer avançar o discurso penal continuamente mais na direção garantista em vista da redução do grau de violência que é sempre ínsito ao sistema penal<sup>435</sup> - assumem papel de destaque, já que o Estado deixa a função de inimigo dos direitos fundamentais e passa a assumir o papel de amigo, ou seja, de defesa num sentido positivo – dever de proteção contra agressão de terceiros e de garantia de prestações sociais, culturais e econômicas; e tal mudança paradigmática no âmbito da teoria do Estado e da Constituição impacta também o Direito Penal<sup>436</sup>.

Ou seja, se o garantismo desloca o papel do Direito Penal<sup>437</sup>, antes voltado unicamente para a prevenção de crimes, passando, com efeito, a atuar como técnica de contenção da violência estatal<sup>438</sup>, assume ele uma defesa – minimalista – do próprio direito penal - visto, aqui, como uma alternativa progressista<sup>439</sup>, especialmente face ao contexto contemporâneo de fúria punitiva<sup>440</sup>, conforme delineado nas páginas passadas -, de modo que a defesa de um grau mínimo de direito penal será traduzida no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo como proibição de proteção deficiente, ou seja, a discussão será retomada a partir dos deveres

<sup>431</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 238.

<sup>432</sup> TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. Franca, v. 5, n. 1, p. 19, 2012.

<sup>433</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 01-02

<sup>434</sup> TRINDADE, André Karam. Op. Cit., p. 17.

<sup>435</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 237.

<sup>436</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, p. 52.

<sup>437</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Direito.UnB*. Brasília, v. 04, n. 1, jan/abr 2020, p. 108.

<sup>438</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83-84.

<sup>439</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 732.

<sup>440</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 135.

de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e o papel de uma teoria garantista – que, exercendo um enfoque crítico do direito, é sempre resistente às políticas orientadas sob o signo “da lei e da ordem”, interpondo-se como instrumento de defesa intransigente dos direitos humanos e da democracia<sup>441</sup> - do Estado, da Constituição e do Direito Penal “afinada às exigências de proporcionalidade”<sup>442</sup>, em consonância, portanto, com a teoria dos direitos fundamentais.

Antes de aprofundar nessa perspectiva dos direitos fundamentais que levará à problematização da medida adequada do sistema penal no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, que, conforme já se assentou, não é máximo nem inexistente – abolicionista -, mas, sim, mínimo e sustentado numa dupla face, é preciso tecer maiores considerações sobre a dinâmica criminológica que permite essa compreensão alargada – não no sentido expansionista e/ou punitivista, mas constitucionalmente adequada - do garantismo que sustentará a legitimação contemporânea do sistema penal, que é justamente a imbricação ou quebra da incomunicabilidade<sup>443</sup> entre garantismo e a criminologia crítica – considerando-se esta, na forma em que trabalhada por Alessandro Baratta, como dotada de uma vocação totalizadora, isto é, compreensiva de uma série de temas e perspectivas teóricas diversas, inclusive o garantismo<sup>444</sup>, o que pressupõe um revisitar do olhar para as teorias criminológicas antecedentes.

Sem a pretensão de traçar um mosaico detalhado de cada corrente criminológica, partindo, por exemplo, dos clássicos, passando pelos positivistas até chegar às diversas teorias sociológicas e às conflituais que ensejarão a construção, dentre outras, da teoria da reação social (labeling approach) e das teorias críticas<sup>445</sup> – estas, particularmente a trabalhada por Baratta, a que interessa para os fins dessa argumentação -, pode-se dizer que as diversas teorias criminológicas que se debruçam sobre o crime, o criminoso e os processos de atribuição de tais status a um e outro, divergem, em síntese, sobre o critério de definição de tais fenômenos:

O conceito de comportamento criminoso produzido por essas abstrações pode ser definido de mais de uma maneira, e o modo diferente como esse objetivo histórico é determinado por essas definições está na base da divergência das várias teorias criminológicas.

---

<sup>441</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78-79.

<sup>442</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 170.

<sup>443</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 98.

<sup>444</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 374.

<sup>445</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 132.

O comportamento criminoso pode ser definido sob o ponto de vista: a) das causas eficientes, biológicas ou psicológicas, que determinam o comportamento (próprias do positivismo biológico), ou das causas sociológicas ou ambientais, que condicionam o comportamento (próprias do positivismo sociológico); b) das causas formais caracterizadas pelas definições legais de crime (originárias das teorias clássicas e assumidas pelo positivismo jurídico); c) das percepções e atitudes do sujeito desse comportamento, ao nível da experiência subjetiva concreta do sujeito (definidas pelas teorias fenomenológicas e naturalistas da criminalidade); d) da reação social dos aparelhos de controle social e dos processos de rotulação e estigmatização, e sua influência no comportamento futuro do sujeito (elaborada pelas teorias rotuladoras ou interacionistas); e) da natureza de classe da definição e repressão seletivas do comportamento criminoso, reveladas pela significação política ou conteúdo ideológico do controle social nas formações sociais divididas em classes (teorias radicais fundadas nas categorias do materialismo histórico).<sup>446</sup>

Então, é possível afirmar que a criminologia contemporânea – evidentemente que não se considera aqui, de um ponto de vista estritamente científico, as posturas expansionistas como espécies em sentido estrito de concepções criminológicas robustas, porque carentes de uma adequada demonstração científica e metodológica dos pressupostos que adotam ou em que tais pressupostos já se encontram de há muito superados, as quais são encaradas, por isso mesmo, sob uma roupagem meramente ideológica ou simbólica, como “propostas científicas ingênuas que produzem efeitos políticos perversos”<sup>447</sup> - observa o fenômeno do desvio como produto do processo de atribuição dessa etiqueta, concentrando seu objeto de análise nos aparatos de controle responsáveis por agenciar esse processo atributivo.

Desse modo, as diferentes teorias criminológicas contemporâneas têm em comum a análise e a crítica da dimensão política da criminalidade<sup>448</sup>; todavia, é com a passagem do paradigma etiológico para o paradigma da reação social – no qual o crime é percebido como produto de um processo de etiquetamento que constitui mecanismos, formais e informais, de definição e de reação social<sup>449</sup> -, a partir da introdução do labeling approach, que foi possível o surgimento posterior da criminologia crítica, que dará a este paradigma uma dimensão mais profunda<sup>450</sup>, questionando a própria base estrutural econômica da sociedade responsável, em última instância, pelos processos de reação social; ou seja, a criminologia crítica, que tem o seu marco teórico a partir da obra de Taylor, Walter e Yong – *Criminologia crítica* -, surge

<sup>446</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista*. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 33-34.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 352.

<sup>448</sup> RAMÍREZ, Juan Bustos. A criminologia. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 40.

<sup>449</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 210-211

<sup>450</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 51-52.

propugnando a sustentação do novo paradigma – do controle – na perspectiva do conflito, diluindo os conceitos de criminalização a partir de uma análise materialista histórica<sup>451</sup>, vale dizer, demonstra que os processos de criminalização são direcionados primordialmente à contenção e marginalização de grupos vulneráveis numa sociedade capitalista de classes, conforme o interesse das classes ocupantes do alto da pirâmide social.

Se a obra que marca o início da crítica criminológica foi aquela citada no parágrafo anterior, publicada na década de 70, oriunda do chamado grupo inglês – conquanto, para Shecaira, esse marco, de resto indiferente para a pesquisa, deve ser estabelecido a partir da obra seminal de Rusche e Kirchheimer, *Punição e estrutura social*, publicada em 1939<sup>452</sup>, e, ainda, para Anitua, entre os primeiros criminólogos críticos deveriam ser mencionados os norte-americanos William Chambliss, Richard Quinney e Austin Turk<sup>453</sup> -, grupo então que, conjuntamente com os criminólogos dos Estados Unidos, inicia o movimento de crítica à criminologia etiológica, criando a “nova criminologia”<sup>454</sup>, é fato que a “escola de Bolonha”, na Itália, grupo do qual Alessandro Baratta fazia parte, dará a este movimento crítico contornos próprios, ao propugnar, com base numa leitura marxista do controle social, por uma política criminal da classe trabalhadora, orientada por uma criminologia alternativa, que rompe com os conceitos objetivos da criminologia tradicional<sup>455</sup>:

[...] Admitindo a centralidade da classe trabalhadora como força política capaz de edificar o socialismo, a Criminologia Radical reavalia o significado e destaca a importância crescente das minorias oprimidas pela condição de classe (a população das prisões), de raça (negros, índios etc.), de sexo ou de idade para a execução daquele projeto político<sup>456</sup>.

Concentrando-se, pois, desde a perspectiva do labeling approach – o qual introduz o conceito de criminalização e, assim, supera as teorias criminológicas ditas consensuais<sup>457</sup> e abre caminho para os movimentos radicais que originaram a nova criminologia ou criminologia crítica ou, ainda, criminologia radical<sup>458</sup> -, na análise dos sistemas penais enquanto produtores

<sup>451</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.

<sup>452</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 284.

<sup>453</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 658.

<sup>454</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 285.

<sup>455</sup> BERGALLI, Roberto. Criminologia: propostas críticas concretas. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 354.

<sup>456</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 08.

<sup>457</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 283.

<sup>458</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 41-42.

da criminalidade, a criminologia crítica trabalhada por Baratta – influenciada, ainda, naturalmente, pela Escola de Frankfurt, que inspirou o termo “criminologia crítica”<sup>459</sup>, e a sua teoria crítica sobre a cultura e a ideologia<sup>460</sup>, relação, aliás, que fará alguns autores denominá-la de criminologia pós-moderna<sup>461</sup> ou criminologia crítica pós-moderna<sup>462</sup> - intenta ressignificar a violência e os direitos humanos num projeto humanista emancipatório<sup>463</sup>, colocando-se como alternativa teórica à criminologia liberal então em crise<sup>464</sup>.

Para Baratta, com efeito, a criminologia liberal é tributária da ideologia da defesa social<sup>465</sup>, que, a pretexto de justificar e racionalizar o direito penal, condiciona-o em uma abordagem ahistórica e abstrata<sup>466</sup>, e pode ser descrita a partir de seus princípios estruturais, os quais demonstram a sua exata delimitação teórica: princípio de legitimidade, princípio do bem e do mal, princípio de culpabilidade, princípio da finalidade ou da prevenção, princípio de igualdade e princípio do interesse social e do delito natural<sup>467</sup>, trabalhando, ademais, com as categorias e definições de criminalidade ofertadas pelo direito penal como se tal fosse uma realidade ontológica<sup>468</sup>.

Essa teoria/ideologia da defesa social fundamenta a construção sobre a teoria do crime e da pena sobre a qual opera a criminologia tradicional/liberal, hoje rechaçadas pelas (diversas) perspectivas sociológico-criminais sobre o crime<sup>469</sup>; assim, se o labelling desloca o objeto de estudo da criminologia, do delinquente para as instâncias que criam e administram a delinquência<sup>470</sup>, a criminologia radical orienta-se para a base econômica da sociedade e a correspondente posição social dos sujeitos que ela projeta, identificando no sistema de justiça criminal e nas demais estruturas de classe da sociedade o locus de produção do status de criminoso e da categoria criminalidade, os quais obedecem, então, a uma lógica ideológica de reprodução do sistema de produção.<sup>471</sup>

<sup>459</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 657.

<sup>460</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 311.

<sup>461</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 83.

<sup>462</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. Op. Cit., p. 315.

<sup>463</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 74-75.

<sup>464</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>465</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 149-150.

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>467</sup> *Ibidem*, p. 41-43.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>469</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 262.

<sup>470</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. Op. cit., p. 588.

<sup>471</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 15.

Aliás, por isso fala-se em política criminal alternativa advinda da assunção da crítica criminológica, na medida em que o processo de criminalização representa, a partir dessa perspectiva, um poderoso mecanismo de reprodução das relações capitalistas (desiguais), de modo que uma sociedade democrática igualitária pressupõe a superação de um tal sistema penal desigual<sup>472</sup>; não se podendo esquecer que, conforme diz Baratta, “[...] em uma política criminal alternativa, o momento penal não pode ter senão um papel relativo e, em certos casos, ‘provisório’”<sup>473</sup>, ou seja, a compreensão crítica do sistema de controle social leva à proposta de relativização do sistema penal, investindo-se em propostas e políticas de intervenção extrapenal consistentes em asseguramento de direitos sociais, econômicos e culturais e, primordialmente, na formulação de uma política criminal das classes subalternas que almeje a superação do sistema de produção capitalista e a correlata sociedade de classes.

Importa destacar que se assume nesta pesquisa os conceitos de criminologia crítica, nova criminologia e criminologia radical como demonstrativos de uma mesma realidade teórica conceitual, embora cada qual seja dotada de uma certa especificidade cuja diluição fugiria aos objetivos da pesquisa; assim, convém registrar que as três denominações compõem o que Lola Aniyar chama de “ciência negativa, isto é, não-positiva”, ou seja, “da antítese que representa, no instante de seu nascimento, marcado por sua oposição à criminologia positivista, foi desenvolvendo o que poderia ser o corpo de síntese de uma nova teoria”<sup>474</sup>.

Desse modo, a criminologia crítica, de base marxista, pretende constituir-se como a “economia política do crime”, constituída por uma “teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização”<sup>475</sup>. Caracterizando-se por um deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições estruturais sociais, do enfoque cognitivo das causas do crime para os mecanismos de construção da realidade social do crime, pela definição da criminalidade como status atribuído a certos sujeitos mediante dupla seleção: dos bens a serem tutelados e dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização<sup>476</sup>; a criminologia crítica de Baratta pode ser descrita, ainda, como portadora das seguintes propostas básicas: refutação da definição normativa das causas criminais; rechaço da teoria da reação social, diante da sua incapacidade de analisar e criticar a estrutura econômica

---

<sup>472</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021, p. 282.

<sup>473</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 220.

<sup>474</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 119.

<sup>475</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 265.

<sup>476</sup> Ibidem, p. 266.

enquanto geratriz dos processos de etiquetamento; rechaço dos realistas de esquerda; oposição ao abolicionismo, eis que defende intervenções socialmente necessárias; e reivindicação do método interdisciplinar para a análise criminológica.<sup>477</sup>

Enfim, o projeto de Baratta de alternativa ao discurso jurídico-penal a partir da criação de um novo modelo integrado de direito penal e criminologia<sup>478</sup> não se apresenta contra o direito penal, mas, pelo contrário, constitui-se em uma defesa vigorosa da sua posição na democracia, a partir das garantias constitucionais como centros gravitacionais de toda a dogmática jurídico-penal; trata-se, com efeito, de uma defesa do direito penal em três sentidos:

Defesa, antes de tudo, do direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de direito. Defesa, em segundo lugar, em face do próprio direito penal, no que signifique contenção e redução de seu campo de intervenção tradicional e, sobretudo, de seus efeitos negativos e dos custos sociais que pesam, particularmente, sobre as camadas mais débeis e marginalizadas do proletariado, e que contribuem, desta forma, para dividi-lo e para debilitá-lo material e politicamente. Defesa, finalmente, *através* do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma resposta legítima ante a falta de alternativas para resolver os problemas sociais, no marco de um modelo integrado.<sup>479</sup>

Portanto, nítida é a assunção (crítica) do direito penal pela criminologia crítica, por meio justamente das garantias penais de cujo respeito e efetivação dependerão as condições de possibilidade da legitimação do sistema penal.

Vale dizer, embora divise, a criminologia crítica, a superação do sistema penal como uma “utopia concreta”<sup>480</sup>, afirma-se que o direito penal, relativizado ou, se se quiser, minimizado, pode desempenhar um papel importante na sociedade democrática igualitária almejada, projetada a partir do ponto de vista das classes subalternas; nesse aspecto, Lola Aniyar afirma que “Baratta confessa, de maneira tangencial, seu coração abolicionista, mas se acolhe no garantismo e no minimalismo por razões práticas”<sup>481</sup>; dito de outro modo, o projeto da criminologia crítica de Baratta, integrando sociologia do desvio, política e direito, dá um passo além ao resgatar o direito penal e a ciência penal a partir dos direitos humanos (garantias), os quais fundamentarão a intervenção penal num duplo sentido: negativo – limitação da

<sup>477</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 374-375.

<sup>478</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 726.

<sup>479</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 221.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>481</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 375.

intervenção penal – e positivo – definição do objeto da tutela penal<sup>482</sup>; a partir dessa dupla concepção dos direitos humanos – importantíssima para a formulação contemporânea de um sistema penal adequado ao Estado Democrático de Direito, o qual, como já se disse, não é e nem pode ser abolicionista -, Baratta formulará sua teoria do direito penal mínimo, na qual ofertará uma gama de princípios a balizar a intervenção penal positiva e negativa<sup>483</sup>, tendo como norte os direitos humanos na perspectiva da teoria garantista do direito penal.

Importante registrar, ainda, que esse movimento criminológico crítico ganhou especial adesão e desenvolvimento na América Latina, região periférica em relação aos países centrais que, no entanto, nunca foi marginal no sentido do pensamento criminológico<sup>484</sup>; nesse sentido, o surgimento de uma nova criminologia – crítica, de libertação – na América Latina a partir dos anos 70, caracterizou-se por um “impulso desestruturador” em relação às formas tradicionais de fazer criminologia, tais como a positivista e a defensiva<sup>485</sup>, mas também a liberal<sup>486</sup>. O impulso que a criminologia crítica recebeu na América Latina, no final dos anos 70 e durante os anos 80, deveu-se particularmente ao contexto socioeconômico de extrema vulnerabilidade dos despossuídos – para o que a análise materialista empreendida pela criminologia crítica apresentava uma interessante fonte para estruturação de um projeto teórico emancipatório -, bem como em função das ditaduras opressoras que grassavam no continente no período.<sup>487</sup>

Assim é que, se o surgimento da criminologia tradicional na América Latina, no século XIX, esteve ligado ao aspecto de dependência econômica e cultural<sup>488</sup>, visando ao atendimento dos interesses das classes locais dominantes<sup>489</sup> – leia-se, burguesia nacional em ascensão -, pelo que se fez valer uma política (criminal) da lei e da ordem para que a América Latina se incorporasse ao sistema econômico internacional<sup>490</sup>, o traço distintivo dessa nova criminologia (crítica) será que ela deverá construir-se “em e para cada sociedade”, por isso é que se fala, em nosso continente, que essa é uma criminologia “latino-americana”, ou seja, “feita na América Latina e para a América Latina”: “[..] aquela que tentou ser construída graças a uma pesquisa

<sup>482</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 727-728.

<sup>483</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 299-300.

<sup>484</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. Op. cit., p. 674.

<sup>485</sup> SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 54-55.

<sup>486</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>487</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.

<sup>488</sup> DEL OMO, Rosa. *A américa latina e sua criminologia*. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 158.

<sup>489</sup> Ibidem, p. 162-163.

<sup>490</sup> Ibidem, p. 165.

fundada em premissas muito distintas (o materialismo histórico, a filosofia crítica, por exemplo, e que por certo tampouco são de origem latino-americana), sobre a realidade sociopolítica concreta do continente.”<sup>491</sup>

Com efeito, Alessandro Baratta foi o criminólogo europeu que mais influenciou a criminologia latino-americana<sup>492</sup> - daí a relevância da sua discussão numa pesquisa de traço criminológico crítica que se propõe a re(discutir) o Sistema Penal de *terrae brasilis* à luz da Crítica Hermenêutica do Direito - e esta apresenta em destaque uma marcante crítica cultural<sup>493</sup>, tributária da própria dependência cultural europeia.

Com efeito, o projeto do realismo marginal de Zaffaroni, já anteriormente mencionado, concebido para estabelecer a crítica da ilegitimidade do discurso penal a partir da América Latina, prevê um reforço do direito penal mínimo nesta região – perspectiva defendida também por Baratta, que tinha conhecimento de pesquisas sobre a América Latina a partir dos contributos de Zaffaroni acerca das condições “pré-beccarianas” deste canto do mundo e considerando outrossim a violação sistemática dos princípios penais liberais (garantias) em todos os países da região<sup>494</sup> -, cuja peculiar situação de subdesenvolvimento crônico caracteriza-se por uma agressão perene aos direitos humanos<sup>495</sup>; o desenvolvimento da criminologia da reação social na América Latina tornou sobremodo perceptível o quão falso o discurso jurídico-penal se apresenta, diante da violência operacional do sistema penal constata da exaustivamente nesta região<sup>496</sup>, reforçando, assim, a tese do realismo marginal.

Portanto, a criminologia crítica latino-americano ou criminologia da libertação tem o seu lugar na história do desenvolvimento da criminologia, com autênticas e relevantes contribuições científicas, recolhidas a partir das matrizes europeias e norte-americanas, e que têm o mérito de realizar a adaptação daqueles constructos segundo as especificidades e a realidade – marginal – da nossa região, vale dizer, apontar para a deslegitimação – destacada na América Latina, como diz Zaffaroni - do controle penal na perspectiva dos direitos humanos e da democracia<sup>497</sup>.

---

<sup>491</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 21.

<sup>492</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>493</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 314.

<sup>494</sup> Ibidem, p. 400.

<sup>495</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 73.

<sup>496</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 35.

<sup>497</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 117.

Isso posto, é preciso avançar no caminho aqui percorrido para demonstrar como a perspectiva ora trabalhada, de imbricação entre criminologia crítica e garantismo, irá se conectar com a estruturação de um sistema penal adequado ao Estado Democrático de Direito e, particularmente, ao contexto brasileiro. E, para o cumprimento desse desiderato, a discussão sobre o papel e as formas de tutela dos direitos fundamentais é um passo necessário a trilhar, o qual já se iniciou acima. Como se disse, o garantismo confunde-se com o minimalismo, já que a teoria garantista do direito penal compromete-se com um sistema minimalista – ainda que legitimado, para Ferrajoli, por razões utilitárias, como prevenção a reações violentas contra o delito na ausência do direito penal<sup>498</sup> - e, nessa medida, rejeita tanto os maximalismos quanto os abolicionismos.

Nessa esteira, a proteção de direitos fundamentais também se faz a partir da garantia de um mínimo penal, o que é compreendido como proteção positiva de direitos fundamentais<sup>499</sup>, vale dizer, ao direito penal também são depositadas expectativas constitucionais de tutela penal de determinados bens e interesses – mormente aqueles afetos aos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, na medida em que o paradigma garantista-individualista do Estado liberal está ultrapassado frente às novas gerações de direitos fundamentais que caracterizam o modelo de Estado Democrático de Direito, de modo que se faz necessário estender a proteção penal também a tais direitos fundamentais, daí falar-se em garantismo integral<sup>500</sup> –, o que representa uma mudança da perspectiva garantista oriunda da tradição iluminista que, conforme Ferrajoli, moldou as garantias penais e processuais desde o período anterior ao nascimento do Estado de direito moderno<sup>501</sup>.

Zaffaroni também está de acordo com essa posição minimalista do direito penal, afastando-se da tradição unidimensional iluminista clássica que inspirou o garantismo, a qual deve apoiar-se então, hoje, num sentido positivo do garantismo: “na nossa opinião, a proposta na qual deve apoiar-se um direito penal mínimo não é o velho argumento iluminista e, sim, o argumento de que o direito penal, como programação da operacionalidade do órgão judiciário, deve permanecer e, inclusive, ampliar seu âmbito [...]”<sup>502</sup>

<sup>498</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 35.

<sup>499</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, p. 79.

<sup>500</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010, p. 192.

<sup>501</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 186.

<sup>502</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. cit.*, p. 106-107.

E ocorre que, desde uma perspectiva criminológico-crítica, a leitura do garantismo em uma dupla dimensão de proteção de direitos fundamentais, negativa e positiva, encontra guarida no projeto integrado de ciência penal proposto por Alessandro Baratta para legitimar o direito penal (garantista) na democracia:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente en sentido negativo, como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino, también y sobre todo, como *garantismo positivo*. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar *derechos de prestación de protección*, en particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas.<sup>503</sup> (grifos conforme o original)

Assim, se o direito penal num Estado (Democrático) de Direito tem a função de controlar e limitar a violência estatal<sup>504</sup>, já que não se pode falar de Estado de Direito sem contenção do poder punitivo – na ausência da qual já não se está mais num regime democrático –, a criminologia crítica intenciona resgatar a dupla vertente garantista do direito, vale dizer, pretende promover, pela crítica, tanto a proteção dos interesses difusos via intervenção penal na esfera individual para salvaguardá-los quanto uma depuração e descriminalização de condutas, bem como estímulo a estratégias extrapenais de controle<sup>505</sup>.

Isso significa que, nesta quadra da história, a criminologia crítica permite que se outorgue às garantias uma função instrumentalizadora de asseguramento dos direitos fundamentais sociais<sup>506</sup>; todavia, essa função positiva encontra-se limitada, já que o direito penal mínimo – medida, vale repetir, de um sistema penal garantista – vislumbrado pela criminologia crítica italiana, mormente aquela trabalhada por Alessandro Baratta, reconhece algumas condutas socialmente danosas – em resumo, as que afetam os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais –, demandando, portanto, que o controle penal para a salvaguarda destes seja exercitado e efetivo<sup>507</sup>.

<sup>503</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*: compilación in memoriam. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 191-192.

<sup>504</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172.

<sup>505</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 119.

<sup>506</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>507</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 361-362.

O que importa destacar é que, neste projeto da criminologia crítica, o referencial material para incriminação haverá de ser a Constituição – daí falar-se num “Direito Penal da Constituição”<sup>508</sup>. Liga-se, portanto, garantismo e criminologia crítica, a partir da concepção segundo a qual as intervenções penais mínimas – necessárias para um direito penal da constituição – devem ser realizadas no marco das garantias que o sistema penal outorga<sup>509</sup>, ou, dito de outro modo, o direito penal mínimo é uma proposta de política criminal alternativa na perspectiva da criminologia crítica, baseada numa rigorosa afirmação das garantias jurídico-penais<sup>510</sup>, as quais devem se concretizar tanto na perspectiva negativa quanto na positiva.

Não se desconhece, no entanto, que há correntes – minoritárias – que, destoando da linha até aqui demonstrada, percebem esse movimento de legitimação positiva do direito penal no Estado Democrático de Direito, sustentado na criminologia crítica, como expansionista e, logo, ilegítimo; argumenta-se, para tanto, que o maximalismo ganha força no Constitucionalismo Contemporâneo ao demandar-se, no bojo deste, a criminalização crescente de condutas para proteção de bens jurídicos, fenômeno a que denomina-se de Constituição Penal dirigente<sup>511</sup>, a qual representaria a ineficácia da chamada Constituição Penal de garantias, já que não mais lograria conter o poder punitivo<sup>512</sup>, razão pela qual se afirma, enfocando o contexto das consequências colaterais jurídico-penais da globalização capitalista já discutidas nesta pesquisa, que “partindo-se da anterior constatação de que o paradigma do direito penal globalizado é o delito econômico organizado, em um sentido de política criminal, a tendência será acenar aos imputados com menos garantias pelo enorme potencial perigoso que contêm”<sup>513</sup>.

Ainda segundo essa perspectiva argumentativa, a criminologia crítica teria diluído as fronteiras entre esquerda e direita punitiva ao abraçar pautas “hipercriminalizadoras”<sup>514</sup>: “ao intentar realizar justiça social através do sistema penal, a criminologia radical incorreu em falácia idêntica àquela que anteriormente era objeto de sua crítica, produzindo igualmente inversão ideológica do discurso dos direitos humanos”<sup>515</sup>, cuja responsabilidade pela

---

<sup>508</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 365-366.

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 367.

<sup>510</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 348-349.

<sup>511</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 190-191.

<sup>512</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>513</sup> SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, p. 139.

<sup>514</sup> CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p. 242.

<sup>515</sup> *Ibidem*, p. 243.

debilitação do discurso penal, então, seria dos movimentos sociais ligados aos direitos humanos, que teriam uma confessada tentativa pelo recurso punitivo retribucionista<sup>516</sup>.

Nada obstante tais críticas, o que releva destacar neste momento é que a validade do garantismo nos marcos do Estado Democrático de Direito, comprometido, pois, com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e não apenas, portanto, aos referentes às liberdades individuais, fica condicionada à sua reconstrução a partir da dupla dimensão que o constitui, positiva e negativamente, para o que se faz necessária a construção de uma adequada compreensão, interpretação e aplicação – na linha, de resto, da Crítica Hermenêutica do Direito - do princípio da proporcionalidade.<sup>517</sup>

Equivale dizer que a proteção dos direitos fundamentais, e em particular, a tutela penal – diante da relevância da tutela jurídico-penal enquanto importante mecanismo de efetivação da proteção dos direitos fundamentais, sendo a área do Direito, inclusive, aquela na qual se desenvolveu a própria teoria dos deveres de proteção dos direitos fundamentais a partir do desdobramento do princípio da proporcionalidade<sup>518</sup> -, deverá projetar-se em uma dupla face: vedação de excesso e também de proteção deficiente.

Se o maximalismo pode ser concebido como uma resposta que contém a vedação à proteção deficiente a qualquer custo, ele está errado – constitucional e hermenêuticamente falando -, já que as garantias continuam a representar um dique de contenção ao abuso estatal, na sua vertente negativa; do mesmo modo, o garantismo unidimensional, voltando apenas à desvalorização do direito penal enquanto instrumento democrático de tutela de bens jurídicos, no que se aproximaria de uma perspectiva abolicionista, igualmente é equivocado, porque a Constituição impõe uma tutela penal (mínima) eficiente. Dito de outro modo: quaisquer das duas perspectivas de proteção dos direitos fundamentais, isoladamente atendidas, constituem uma ação ilegítima, posto que a proteção dos direitos fundamentais no marco do Estado Democrático de Direito há de ser completa, integral. Há de se encontrar, portanto, um ponto de equilíbrio ou, como quer Baratta, um referente material<sup>519</sup>, o qual deve ser a Constituição<sup>520</sup>.

A origem da teoria da “outra face” do princípio da proporcionalidade – que, conforme Sarlet, carece ainda de melhor aprofundamento dogmático, seja por ter surgido há menos

---

<sup>516</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 243.

<sup>517</sup> MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, dez. 2010, p. 192.

<sup>518</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 177.

<sup>519</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004, p. 173.

<sup>520</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 366.

tempo, seja, por outro lado, por sofrer ainda resistência doutrinária<sup>521</sup> - deve-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual, decidindo, em 1975, sobre a necessidade de conferir-se proteção jurídico-penal à vida intrauterina – a discussão então cingia-se sobre a descriminalização do aborto em determinadas circunstâncias -, assentou que: “nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento”<sup>522</sup>.

Assim, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais a partir do constitucionalismo advindo do segundo pós-guerra, caracterizado pela emergência de um Estado Social requalificado pela materialidade conferida à Constituição, desdobrou-se na compreensão de que os direitos fundamentais – de segunda e terceira gerações – implicam uma obrigação de proteção prestacional por parte do Estado, por meio da qual o legislador estaria vinculado a realizar positivamente tais direitos, mediante a promoção de legislação social, bem como, no aspecto penal, por meio de mandados de criminalização. Esse dever de proteção, então, impõe ao Estado uma “presença mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida”<sup>523</sup>, daí o desdobramento da noção de proporcionalidade não apenas como vedação de excesso – dimensão que se relaciona às liberdades individuais -, mas também como vedação de proteção deficiente: o Estado tem o dever de proteger adequadamente os direitos fundamentais, para o que se deve valer inclusive do direito penal<sup>524</sup>.

Numa segunda decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Federal alemão – também sobre o aborto<sup>525</sup> - reconheceu-se expressamente a vedação de proteção deficiente (Untermassvebot) como decorrência do dever constitucional de proteção dos direitos fundamentais, por meio do qual se vincularia os poderes públicos em atitudes positivas de proteção de tais direitos<sup>526</sup>.

---

<sup>521</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 180.

<sup>522</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 244.

<sup>523</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, dez. 2019, p. 317.

<sup>524</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, p. 84-85.

<sup>525</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 178.

<sup>526</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. Op. cit., p. 87.

Essa construção do desdobramento do dever de proteção dos direitos fundamentais a partir da dupla face do princípio da proporcionalidade é tributária da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por meio da qual se verifica serem os direitos fundamentais dotados também de uma estrutura objetiva – direitos de proteção face aos direitos de defesa característicos da estrutura subjetiva dos direitos fundamentais - a fornecer diretrizes e vínculos positivos aos demais órgãos públicos: legislativo, judiciário e executivo; para além de garantias negativas, os direitos fundamentais implicam a obrigação de prestação positiva<sup>527</sup>.

A teoria dos deveres de proteção na dimensão jurídico-objetiva impõe, assim, um dever geral de efetivação dessa proteção pelo Estado, traduzido na obrigação de zelar preventivamente pela proteção desses direitos fundamentais, não apenas em face do Estado, mas também de particulares<sup>528</sup>; nessa linha de raciocínio, poderia divisar-se deveres de proteção inscritos na Constituição brasileira de 1988, os quais, na perspectiva aqui comentada, enunciam deveres de proteção positiva ao legislador, como, por exemplo, no art. 5º, atinentes à garantia de efetivação da proteção do direito à segurança, proteção do consumidor, as diversas formas de proteção ao trabalho discriminadas no art. 7º, entre outras<sup>529</sup>.

O princípio da proporcionalidade, com efeito, baliza a partir da qual se dilui a chamada dupla face da proteção dos direitos fundamentais em vedação do excesso e da proteção deficiente, encontra previsão implícita na Constituição brasileira<sup>530</sup>, podendo ser observado também, no plano jurídico-penal, em diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, tais como aqueles que se referem às penas (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição e art. 59 do Código Penal)<sup>531</sup>, e, conforme Bonavides<sup>532</sup>, ancora-se no Direito Constitucional a partir do advento dos direitos fundamentais, assumindo, então, lugar de destaque no âmbito da teoria constitucional.

As transformações do Estado no século XX e o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito no segundo pós-guerra representaram um *plus* normativo pelo qual o Direito assume uma função transformadora<sup>533</sup>; nesse contexto, surgem os direitos de segunda e

---

<sup>527</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 171.

<sup>528</sup> *Ibidem*, p. 175-176.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>530</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, dez. 2019, p. 312.

<sup>531</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>532</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 395.

<sup>533</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 240.

terceira dimensões, os quais modificam a forma de intervenção do Estado, a quem é atribuída agora a obrigação de proteger todos estes, e não somente os direitos individuais próprios do paradigma do Estado liberal<sup>534</sup>; para a realização desse dever de proteção neste novo paradigma da teoria do Estado, valer-se-á do princípio da proporcionalidade enquanto critério de aferição tanto para a limitação de direitos fundamentais (vedação de excesso), quanto para efetivação do dever de proteção do Estado (vedação de proteção deficiente)<sup>535</sup>.

Embora haja aceso debate doutrinário acerca da conceituação e alcance desse princípio da vedação de proteção deficiente como outra face da intervenção penal garantista e constitucionalmente adequada – análise que foge aos limites desta pesquisa -, o que importa destacar é que a dupla face do direito penal enquanto perspectiva adequada para legitimar o sistema penal no Estado Democrático de Direito tem sua origem na diluição desse princípio a partir, conforme visto, da construção jurisprudencial conferida pelo Tribunal Constitucional alemão; pode-se afirmar, então, que a dimensão da proibição do excesso no direito penal estaria vinculada ao garantismo negativo, que tutela as liberdades individuais clássicas iluministas e conforma o direito penal tradicional, ao passo que a dimensão da vedação da proteção deficiente, lado “B” da proporcionalidade, realizaria um garantismo positivo, próprio para a nova fase do Estado Democrático de Direito<sup>536</sup>, que deve garantir também a proteção dos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações – daí a observação de que a estrutura do princípio da proporcionalidade caminha para superar a perspectiva unidimensional do garantismo negativo em direção a um garantismo positivo<sup>537</sup>.

Ocorre, ademais, que - e a advertência é relevante para os termos desta pesquisa, que trabalha com a Crítica Hermenêutica do Direito que concebe os princípios constitucionais como resgate do mundo prático no Direito, e, nesse sentido, funcionam como fechamento interpretativo e não abertura – referido princípio não pode ser dotado de uma suposta plenipotenciariade principiológica, como a abarcar soluções para todos os casos em que não se encontram respostas nas regras<sup>538</sup> - o que estaria a repristinar uma metafísica no Direito já superada pelo advento da invasão da linguagem na filosofia e desta no direito.

---

<sup>534</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 241.

<sup>535</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 178.

<sup>536</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, p. 81-82.

<sup>537</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 279-280.

<sup>538</sup> Idem, 2014b, p. 174.

Assim, sua adequada compreensão há de ser realizada numa perspectiva de coerência e integridade do direito, sob pena de convolar-se em standard retórico – característica de todas as tentativas de objetivação do princípio da proporcionalidade, inspiradas numa pretensão positivista de domínio do mundo prático a partir de um modelo de regras<sup>539</sup> - para sustentar decisionismos<sup>540</sup>, crítica, aliás, que perpassa todo o caminhar dessa pesquisa e que visa demonstrar como esse processo degrada em especial as garantias penais:

Em outras palavras, isso quer dizer que, isolado, o enunciado “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” *carece de significatividade*. O sentido da proporcionalidade se manifestará de dois modos: ou a lei contraria a Constituição porque o Estado se excedeu, ocasião em que se estará diante da proibição de excesso (*Übermassverbot*) ou a lei poderá ser inconstitucional porque o Estado protegeu de forma insuficiente determinado direito, hipótese que se poderá invocar a *Untermassverbot*.<sup>541</sup> (grifos conforme o original)

Percebe-se, então, que a dupla face do princípio da proporcionalidade serve para regar – no sentido hermenêutico-filosófico – o princípio e, nesse contexto, servir à sua adequada compreensão, interpretação e aplicação; com efeito, e ainda nessa linha, a proporcionalidade não será legítima se aplicada como sinônimo de equidade, “proporcionalidade será, assim, o nome a ser dado à necessidade de coerência e integridade de qualquer decisão”<sup>542</sup>, e, considerando que essa coerência e integridade, desde uma perspectiva hermenêutica, somente pode ser aferida no caso concreto – “não há textos sem normas; não há normas sem fatos. Não há interpretação sem relação social. É no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepetível”<sup>543</sup> -, a dupla face representará a forma por meio da qual será possível dar a resposta correta de proteção não excessiva e eficiente dos direitos fundamentais num determinado caso.

A proibição de proteção deficiente, vertente, portanto, do princípio da proporcionalidade especialmente aplicável, na discussão ora travada, para o âmbito penal<sup>544</sup>, pode ser conceituada, segundo Streck, citando Bernal Pulido, como “um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação se pode determinar se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção”<sup>545</sup>, ou seja,

<sup>539</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 263.

<sup>540</sup> Idem, 2014b, p. 175.

<sup>541</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>542</sup> Idem, 2019b, p. 279.

<sup>543</sup> Idem, 2017, p. 322.

<sup>544</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, dez. 2019, p. 314.

<sup>545</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2019b, p. 280.

comporta-se como um critério de aferição da violação dos deveres de proteção<sup>546</sup>, aos quais o Estado está obrigado a atender e tutelar no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo; tal construção, assim, leva a que, no âmbito do controle de constitucionalidade penal, e visando à tutela positiva de determinado direito fundamental, possa se reconhecer a inconstitucionalidade por proteção deficiente de determinado direito fundamental social, quando o Estado abre mão – ilegitimamente, por assim dizer - do direito penal para tanto<sup>547</sup>; em outras palavras, a violação do dever de proteção penal eficiente acarreta uma inconstitucionalidade por omissão<sup>548</sup>.

Conforme se viu, o garantismo penal, projetado, desde a construção de Ferrajoli, numa perspectiva negativa – conquista da modernidade<sup>549</sup> -, ou seja, de proteção apenas contra o excesso do Estado no que pertine às liberdades públicas subjetivas – o que leva a teoria a ser acusada muitas vezes de conferir tutela (ou, mais propriamente, uma não tutela penal) apenas às elites econômicas, o que poderia ser verificado, no Brasil, pela descriminalização dos delitos contra a ordem tributária<sup>550</sup>, como a confirmar a clássica tese de Edwin Sutherland, para quem “pessoas da classe socioeconômica mais alta são mais poderosas politicamente e financeiramente e escapam da prisão e da condenação em maior escala que pessoas que carecem deste poder”<sup>551</sup> -, o que pode ser entendido, como já se disse, como uma visão unilateral e voltada apenas à dimensão da proteção contra o excesso<sup>552</sup> – e não obstante se possa objetar que a própria concepção de vinculação material do poder, ao lado da formal, a qual corresponderia à dimensão dos direitos sociais e econômicos, propugnada pela teoria garantista de Ferrajoli, pudesse indicar que a tutela garantista não se restringiria à dimensão negativa, o que vem mesmo anunciado por Bobbio desde o prefácio<sup>553</sup> de *Direito e razão*, o que autoriza afirmar-se que “no próprio garantismo penal encontra-se fundamento para o princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente da sociedade, seja no tocante à necessária

---

<sup>546</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 178.

<sup>547</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 246.

<sup>548</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, dez. 2019, p. 318.

<sup>549</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2004, p. 234.

<sup>550</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., 169-170.

<sup>551</sup> SUTHERLAND, Edwin. H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 32.

<sup>552</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit, 2004, p. 242.

<sup>553</sup> BOBBIO, Norberto. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 09.

criminalização de conduta que a atingem, seja quanto à razoabilidade da reprimenda a ser imposta ao criminoso”<sup>554</sup>, o que pode suscitar quicá o problema da “incompletude” do garantismo tal qual compreendido no nosso país<sup>555</sup> -, fato é que essa visão unidimensional sustenta um paradigma ultrapassado do Direito Penal, o qual, a propósito de ser também conservado por ainda apresentar-se como relevante nos marcos de um Estado (que é também) de Direito, necessita sobretudo ser superado; fala-se, aqui, da transposição do paradigma liberal-individualista-iluminista do direito penal, engendrado para o combate de condutas lesivas ao indivíduo e ao seu patrimônio, em direção ao paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo que é o Estado Democrático de Direito envolto numa verdadeira revolução copernicana que redimensionou o papel do Direito na democracia<sup>556</sup>, a determinar também a tutela jurídico-penal de direitos transindividuais, coletivos e difusos.

Daí que se faz necessária a construção de uma política criminal e de um garantismo proporcionais<sup>557</sup>, enfim, de um sistema penal (constitucionalmente) proporcional – ou, na linha da criminologia crítica aqui trabalhada, que também sustenta uma perspectiva positiva do garantismo, como já se viu, já que propugna por uma política integral de proteção dos direitos humanos<sup>558</sup> - e, nessa medida, adequado ao paradigma (garantista) da democracia constitucional atual, que, reconhecendo a tradição da vedação de excesso no direito penal como contribuição histórica do iluminismo liberal e do garantismo, a ela faz acoplar a proibição de proteção de deficiente enquanto expressão da dimensão pós-positivista<sup>559</sup> do princípio da proporcionalidade no campo da tutela penal dos direitos fundamentais, princípio do qual depende, em tempos pós-modernos em que se vive sob a penumbra da sociedade de risco, a própria sobrevivência do garantismo e do Estado Democrático (e proporcional) de Direito, eis que atrelados “ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas aos princípios

---

<sup>554</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, dez. 2019, p. 323-324.

<sup>555</sup> *Ibidem*, p. 321.

<sup>556</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 226.

<sup>557</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 164.

<sup>558</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.*, p. 241.

<sup>559</sup> ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, *Op. cit.*, p. 314-315.

superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador”<sup>560</sup>.

Esta nova face do Estado e do Direito decorre também – e fundamentalmente – do fato de que a Constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que o princípio da proporcionalidade (Ubermassverbot e Untermassverbot). Ela contém, ensina Ferreira da Cunha, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estatal – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão-Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também em face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra).<sup>561</sup>

Todavia, o redimensionamento positivo do garantismo, no sentido aqui empregado, ou seja, de validação a partir de uma interpretação dos direitos fundamentais enquanto reconstitutivos da coerência e integridade no Direito, para o que se impõe compreender o princípio da proporcionalidade, no direito e no sistema penal, como vedação de excesso e de proteção deficiente, não pode servir de álibi retórico para a legitimação de posturas como o chamado “garantismo integral”<sup>562</sup> que, a pretexto de se aproximar da perspectiva da vedação da proteção deficiente<sup>563</sup>, pratica na verdade um desvirtuamento dos pressupostos garantistas clássicos<sup>564</sup>; o que se propugna para o sistema penal, de outro lado, é uma intervenção

<sup>560</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, jan./jun. 2006, p. 191.

<sup>561</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 244.

<sup>562</sup> Para um conceito e aprofundamento do chamado garantismo integral, o qual, desde a perspectiva garantista e hermenêutico-filosófica aqui defendida, deste se afasta, já que filiado às teorias procedurais da argumentação, valendo-se da ponderação como critério de racionalidade para interpretação dos problemas afetos aos conflitos entre direitos fundamentais, o que levará à defesa, por exemplo, da flexibilização de garantias como a presunção de inocência e, não por acaso, foi usado na chamada “operação Lava-jato” para legitimar seus métodos (RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Direito.UnB*. Brasília, v. 04, n. 1, jan/abr 2020, p. 112-113), consultar: FISCHER, Douglas. O que é garantismo integral?. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/77>. Acesso em: 20. maio. 2022.

<sup>563</sup> RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Direito.UnB*. Brasília, v. 04, n. 1, jan/abr 2020, p. 111.

<sup>564</sup> *Ibidem*, p. 116.

minimamente necessária para a consecução das promessas da modernidade <sup>565</sup> cujo compromisso está na base do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Portanto, do conflito direto entre duas frentes – maximalismo e minimalismo garantista - no campo de batalha pela prevalência de um modelo de sistema penal que atenda ao projeto social projetado constitucionalmente, o Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, calcado no projeto constitucional de 1988, dirigente e compromissório, parece ter inegavelmente feito opção pelo segundo, enquanto modelo suscetível à filtragem constitucional pelo critério da dupla face e, ao mesmo tempo, legítimo do ponto de vista da crítica criminológica – definida, aqui, como condição de possibilidade da legitimidade do sistema penal na democracia -, a qual elege o garantismo em suas duas vertentes como adequado a um direito penal mínimo necessário aos desafios que se interpõem à realização do projeto civilizatório-constitucional no paradigma da pós-modernidade, marcada pelo risco e pelo medo, bem como por demandas de novas tutelas no campo penal – interesses transindividuais, coletivos e difusos.

O sistema penal constitucionalmente adequado, assim, manifesta-se a partir da estruturação da dupla face do direito penal dentro de parâmetros bem definidos em polícias criminais proporcionais que retirem sua legitimidade da materialidade da Constituição, vale dizer, do vínculo político-jurídico que ao tempo em que almeja conter claramente os excessos – inafastáveis, conforme Zaffaroni – do direito penal, propugna por um mínimo de tutela jurídico-penal como condição de possibilidade da proteção de determinados direitos fundamentais.

Enfim, uma política criminal constitucionalmente adequada ao Brasil contemporâneo é/ deve ser avessa aos modelos expansionistas e isso é o que molda as garantias penais numa direção – negativa e positiva – legítima.

---

<sup>565</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, jan./jun. 2004, p. 234.

### 3 E QUANDO AS GARANTIAS SE AFIGURAM COMO RELATIVIZADORAS DE GARANTIAS?

Não obstante ter se identificado o problema da pesquisa nos capítulos anteriores, ou seja, de que há a permanência de um discurso penal ilegítimo no Direito brasileiro – ilegítimo por afrontar garantias constitucionais de forma sub-reptícia -, tributário de racionalidades e matrizes filosóficas ultrapassadas, seja pela invasão da Filosofia pela Linguagem – não assimilada ainda pelo Direito de *terrae brasilis* - quanto pelo advento do Estado Democrático de Direito, assim como ter-se logrado demonstrar, no segundo capítulo, que a resposta constitucionalmente adequada ao déficit de compreensão do Sistema Penal passa pela acolhida do modelo garantista – penetrado, vale a ressalva, pela compreensão principiológica das garantias penais e da própria Constituição -, e pela crítica criminológica dos impulsos maximalistas contemporâneos, demonstrar-se-á, neste capítulo derradeiro, que o desafio no Brasil é ainda mais grave, na medida em que a identificação do problema e mesmo dos meios para resolvê-lo não são o bastante para assegurar a legitimidade da resposta correta no Direito em nosso sistema.

Isso porque – e tal discussão encampará este terceiro capítulo – padecemos no Brasil de um déficit epistemológico que envolve grande parte da dogmática jurídica e da jurisprudência - o senso comum teórico dos juristas de que fala Warat, mencionado no primeiro capítulo<sup>566</sup> -, que, exatamente por rejeitar todos os avanços do constitucionalismo democrático, mostra-se incapaz de compreender o *plus* normativo de que se vê revestido o Direito – e, obviamente, o Direito e, mais amplamente, o Sistema Penal – nesta fase contemporânea – daí falar-se em “constrangimento epistemológico” ou “censuras significativas”<sup>567</sup> como condição indispensável para a doutrina de um país (que se quer ser) democrático.

Por conta dessa problemática de incompatibilidade paradigmática, constata-se a presença contemporânea de discursos estandardizados – questão própria do senso comum que em si mesma tangenciará esse momento da pesquisa a partir da discussão da súmula nº 716 do STF – que conformam um metadiscurso antigarantista, na medida em que, na verdade, tais standards (súmulas, vinculantes ou não, entre outros) interditam o autêntico sentido hermenêutico das garantias penais e processuais penais: trata-se da questão da entificação do ser, que aprisiona o desvelar do sentido daquele. Violamos garantias a pretexto de dizer que as

---

<sup>566</sup> Vide página 62-63.

<sup>567</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 24-25.

asseguramos. E este capítulo final demonstrará, a partir da exemplificação da referida súmula, como esse processo discursivo ilegítimo marcadamente presente no direito de *terrae brasilis* se delinea.

Para tanto, antes da crítica ao modo de compreensão de um conceito, no caso, o tratamento dado pela jurisprudência do STF acerca da garantia constitucional da razoável duração do processo, faz-se necessário compreendê-lo (adequadamente, vale o destaque), tarefa a que se devotará a primeira parte deste capítulo, tendo como parâmetro teórico de análise a inserção dessa garantia no contexto mais amplo da discussão acerca do direito de acesso à justiça, particularmente sob o viés dos novos enfoques de acesso à justiça trabalhados por Mauro Cappelletti.

Elege-se, assim, uma garantia processual penal – de resto, própria a todo o sistema processual –, a garantia constitucional da razoável duração do processo, plasmada no texto da Constituição de 1988 em seu art. 5º, inciso LXXVIII, a propósito de ilustrar o modo como ela (não) é (adequadamente) compreendida em *terrae brasilis*, e a própria súmula evidencia-o, conforme será demonstrado. Realizar-se-á, com efeito, uma anamnese de seu conceito, conforme o marco teórico de Mauro Cappelletti, a fim de que, compreendido o sentido da referida garantia a partir da fenomenologia hermenêutica – metodologia desta pesquisa –, valendo-se, assim, da reconstrução, na fusão dos horizontes, da história institucional do instituto – direito como integridade –, seja possível estabelecer a crítica da sua inefetividade no Brasil.

Realizada essa delimitação teórica, parte-se, então, no subcapítulo derradeiro, para a demonstração de que essa garantia não é adequadamente efetivada no Direito brasileiro, evidenciando um perigoso sintoma de violação de garantias que é conseqüência da inefetividade da Constituição em *terrae brasilis*; tal fenômeno será expresso a partir da problematização da súmula nº 716 do STF, a qual, na sua ingênua – e tão em voga em nosso sistema – tentativa de congelamento de sentidos sob o pretexto de argumentos eficientistas, impede o desvelar da compreensão constitucionalmente adequada da garantia, que, se acaso realizada, encaminharia para revelar todo o potencial histórico-normativo (hermenêutico) do instituto, o que não se coadunaria com estratégias diversionistas como a que se plasma no texto da referida súmula, a qual, em verdade, não efetiva o direito a um processo em tempo razoável e, pior, acomoda-o a partir de soluções intrassistêmicas heterodoxas, interditando, com isso, o necessário debate que há(veria) de ser realizado.

Nesse contexto conclusivo, terá lugar a discussão sobre fenômenos demonstrativos do estado da arte da nossa jurisprudência – que, por sua vez, condiciona nossa doutrina ao invés de ser condicionada por esta, eis que a dogmática jurídica se submerge frente a um realismo-

ceticista<sup>568</sup> - na sua recusa em deixar-se atravessar pela mudança paradigmática representada pelo Constitucionalismo Contemporâneo, como demonstram a estandardização e o senso comum teórico, sustentados por uma (ainda) racionalidade positivista, assim como a apresentação da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck enquanto proposta de superação desse déficit de compreensão em vista de uma postura hermenêutica que efetivamente realize o projeto constitucional em toda a sua dimensão normativo-principiológica.

O argumento que norteará toda a discussão das garantias penais e processuais penais em *terrae brasilis* é o da existência de uma crise da sua compreensão no Brasil, para a qual, a par de estar vinculada aos fenômenos gerais já discutidos anteriormente sobre o apego da doutrina e da jurisprudência nacional a paradigmas filosóficos ultrapassados (metafísica clássica e moderna) e também a insistência desses mesmos atores do sistema jurídico nacional num positivismo refratário às mudanças do Constitucionalismo Contemporâneo, contribui também uma série de decisões tribunalísticas que, a partir de uma “elasticidade semântica” *ad hoc*, rompem com o modelo de processo penal garantista e acusatório consagrado na Constituição<sup>569</sup>.

Com efeito, o contexto de exacerbação punitiva experimentado nos últimos anos no Brasil, e simbolizado principalmente pela chamada “operação lava-jato” – embora a raiz do problema seja anterior a este contexto, vale a ressalva, que pode ser entendido então como consequência mesma da baixa constitucionalidade aqui delatada -, fez com que setores do sistema de justiça produzissem decisões e estabilizassem entendimentos de exceção e que fragilizaram sobremaneira as garantias processuais democráticas<sup>570</sup>.

O sistema de garantias processuais penais tem seu núcleo normativo extraído do princípio acusatório<sup>571</sup>, construção que permite que a discussão hermenêutica das garantias caminhe pela questão dos paradigmas filosóficos que determinam a compreensão, uma vez que “discutir o ‘sistema acusatório’ é mais do que falar de garantias. É discutir paradigmas. E, mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas. Para tanto, é preciso entender que o ‘sistema inquisitório’ está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade, isto é, do esquema sujeito-objeto”<sup>572</sup>.

---

<sup>568</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 16.

<sup>569</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Nota à 2ª edição. In: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

<sup>570</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 15-16.

<sup>571</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>572</sup> *Ibidem*, p. 55.

Discutir, portanto, as garantias processuais penais significa compor, neste plano jurídico-processual-penal, o pano de fundo da moralidade cuja introjeção no Direito constitui o grande salto qualitativo que significou o Constitucionalismo Contemporâneo; ademais, problematizá-las é também jogar luz sobre as condições de legitimação sob as quais se assenta o poder punitivo do Estado e o discurso penal, os quais dependem, no atual paradigma, de uma construção principiológica<sup>573</sup>; não é possível, enfim, pensar a democracia e sua relação com o direito sem uma adequada compreensão das garantias penais e processuais penais que resgatem o papel dos princípios e que outorguem às garantias um autêntico sentido histórico-civilizatório de contenção e racionalização do poder e de efetivação dos ideais de uma vida boa.

### 3.1 O direito fundamental à razoável duração do processo a partir de Mauro Cappelletti

Problematizar o processo implica em, primeiro, compreendê-lo, haja vista que o pressuposto ínsito à ideia de agilização e efficientização do processo – aqui, fala-se do processo judicial, jurídico, meio de realização, grosso modo, da tutela jurídica – é ser ele útil para um determinado fim. Ocorre que, e importa deixar isso claro, não obstante parecer até desnecessário ante o referencial teórico hermenêutico que campeia essa pesquisa, a compreensão que aqui se pretende empreender não admite encarar o processo como um objeto dado, ao qual um sujeito solipsista irá significá-lo conforme sua subjetividade assujeitadora, visão esta tributária de uma racionalidade ditada antropocentricamente, desde Descartes, e pela qual há uma apropriação do mundo das coisas pela razão assujeitadora do sujeito moderno, que conforma uma relação de conhecimento sujeito-objeto<sup>574</sup>.

Nessa arquitetura moderna, o conhecimento passa a ser governado pelo mito da razão - razão instrumental ou pragmática, na crítica de Horkheimer<sup>575</sup>, quem inaugura a teoria crítica da modernidade -, enunciadora de uma cosmovisão antropocêntrica que inverte a polaridade natureza-homem – relação objeto-objeto - para homem natureza<sup>576</sup>; trata-se, enfim, da razão prática, idealizada por Kant<sup>577</sup>.

---

<sup>573</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 139.

<sup>574</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 73.

<sup>575</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 32.

<sup>576</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>577</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 489.

Diferentemente, isto é, considerando-se que a fenomenologia hermenêutica supera o monadologismo do sujeito solipsista<sup>578</sup>, processo, aqui, será compreendido e trabalhado como um contexto de significância, vale dizer, será problematizado na medida mesma em que, intersubjetivamente, a sua compreensão dependerá e será condicionada pelas posições e concepções de sentido daquele que com ele estabelece uma relação; processo é, pois, um ente cujo sentido – e utilidade – será dado pela relação de significância preestabelecida com o seu intérprete e, no paradigma do Estado Democrático de Direito, processo há de ser instrumento de garantia e, nesse contexto, compreende-se-o como processo garantista – o único possível do ponto de vista democrático.

Todo processo de conhecimento envolve graus de complexidade e peculiaridades próprias da natureza do ente a ser compreendido; tratando-se de processo jurídico e, mais particularmente aos fins desta pesquisa, do processo jurídico-penal, esse grau de complexidade refere-se à própria ideia de crime e de como comprová-lo juridicamente – ou, o mais importante, de como demonstrar, sem prejuízo das formas que representam a legitimidade desse processo de conhecimento, que alguém praticou um fato criminoso e, portanto, faz jus à sanção estatal;

Logo, pode-se dizer que o tempo e a temporalidade são elementos centrais do processo jurídico/judicial; não por acaso, diz-se que o tempo é o elemento que controla toda a máquina judiciária<sup>579</sup>, não podendo, ademais, apresentar-se como um conceito construído abstratamente – para a hermenêutica, como já se disse, não existem conceitos sem coisas, o que significa que não se pode medi-lo, problematizá-lo, senão a partir de um referente -, e a complexidade se dá exatamente aqui: o que é um tempo razoável para o processo judicial?

Eis o grau de dificuldade da problemática e que deve ser considerada para a resposta – invariavelmente casuística e concreta. Daí já se antevê – e essa crítica será feita no próximo e derradeiro subcapítulo – o equívoco hermenêutico de se pretender outorgar balizas objetivas para a solução de problemas hermenêuticos no âmbito do processo judicial a partir de enunciados assertóricos, tais como as súmulas (vinculantes ou não).

Não é por outro motivo que no nascedouro do Estado Moderno Beccaria já advertia para o problema em uma discussão infundável e histórica sobre o delito e suas penas ou de como gerenciar a resposta penal de forma racional, concebendo-se a racionalidade como instrumento de atingimento de fins socialmente úteis. Evidencia-se, portanto, que até os dias de hoje não se

---

<sup>578</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 19.

<sup>579</sup> TORRES, Juliana. O direito fundamental à razoável duração do processo na constituição federal brasileira. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, 2007, p. 296.

sabe como lidar adequadamente com questões jurídicas problemáticas tão antigas e ao mesmo tempo tão relevantes, ou seja, passados mais de três séculos, a mesma questão bate a nossa porta como problema emergencial – afinal, vivemos numa era pós-moderna em que a ideia de tempo e velocidade se apresentam de modo totalmente distinto do paradigma anterior.

Se quisermos ir mais longe, pode-se dizer que desde a ética aristotélica do justo meio como virtude<sup>580</sup> há uma busca para a adequada equacionalização, a justa medida, entre dois polos equidistantes numa determinada relação de conhecimento. Em síntese, a busca do justo meio acompanha a filosofia desde a Antiguidade e é interessante notar como os problemas jurídico-políticos da contemporaneidade espelham, sob os mais diversos vieses, esse dilema não resolvido ao longo dos séculos.

Tempo adequado do processo, portanto, é aquele suficiente para conhecer o objeto de conhecimento e esse conhecimento não pode ser precipitado, sob pena de falhar em suas conclusões, porém, não deve ser também demasiado, posto que poderá remanescer inócuo. Daí falar-se contemporaneamente em risco<sup>581</sup> do processo. Todavia, processo não pode ser risco, mas, sim, meio de afastar-se dos riscos; processo é/ deve ser instrumento de garantia, garantia de um conhecimento adequado e ditado por um caminho legítimo, o qual somente é atingível num tempo adequado.

Aliás, a tópica do risco, presente no discurso jurídico contemporâneo – conforme se pode notar no capítulo anterior, a propósito dos discursos maximalistas no sistema penal e, portanto, antigarantistas, sustentados em pressões advindas do paradigma da sociedade do risco -, afeta sobremaneira também o espaço do processo penal, na medida em que há uma pressão crescente por atribuir à jurisdição penal responsabilidade pela concretização da segurança, cujo consectário lógico é a flexibilização de garantias fundamentais<sup>582</sup>, vistas equivocadamente, neste contexto, como antitéticas ao objetivo de busca pela segurança.

---

<sup>580</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 140.

<sup>581</sup> Fredie Dider Jr., por exemplo, comentando a respeito das tutelas de urgência, menciona que o risco da efetividade do processo “é um dos males do tempo do processo” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12 ed, volume 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 643.

<sup>582</sup> MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 151, jan. 2019, p. 190.

É nesse sentido que se pode falar que o direito penal deixa de cumprir sua tradicional tarefa de proteção de bens jurídicos, vindo a desempenhar uma “função psicanalítica”, consistente na estabilização das expectativas sociais.<sup>583</sup>

Tal a relevância do signo risco para o processo e o direito que pode ele mesmo reconfigurar toda a concepção da decisão jurídica:

A noção de risco é um valor discursivo que pode conduzir uma possível resignificação do sentido da decisão jurídica, especialmente porque ela permite desconectar a decisão tanto dos seus valores modernistas da segurança e da legitimidade, quanto dos valores medievais, presentes nos discursos jurídicos modernos, como as noções de comunidade, de consenso e de moralidade. No lugar disso, a perspectiva do risco permite conectar a decisão à organização, na forma de uma articulação seletiva entre referências voltadas ao passado e referências voltadas ao futuro.<sup>584</sup>

Portanto, a relação tempo e Direito, fundamental para a compreensão dos problemas do processo, é histórica e permanente, tratando-se, com efeito, de compreender a conexão entre “a temperança, que é a sabedoria do tempo, e a justiça, que é a sabedoria do direito”<sup>585</sup>; em verdade, tempo, hoje, é poder, já que “o verdadeiro detentor do poder é aquele que está em condições de impor aos demais o seu ritmo, a sua dinâmica, a sua própria temporalidade”<sup>586</sup>, sendo tal fato perceptível, no âmbito da teoria social, no próprio paradigma da sociedade do cansaço, informada por Byung-Chul Han, para quem a crescente sobrecarga de trabalho, característica do nosso tempo, muda a noção de tempo e atenção, de modo que a sobrecarga de atenção exigida do sujeito do desempenho, que detém um tempo cada vez menor para a realização de suas tarefas e daí a necessidade de aguçamento dessa (hiper)atenção, configura um estado de “guerra consigo mesmo”, na medida em que as causas desse fenômeno não estão sob o controle da disposição individual<sup>587</sup>.

Em outras palavras, “a expressão ‘compressão tempo/espço’ encerra a multifacetada transformação em curso dos parâmetros da condição humana”<sup>588</sup>, tudo a indicar que, de fato, a temporalidade é elemento central para as ciências sociais contemporâneas, enquanto fator de

<sup>583</sup> FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Direito Penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 145, jul. 2018, p. 576.

<sup>584</sup> LUZ, Cícero Krupp da; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na forma da decisão jurídica. *Conped Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, jul./dez. 2016, p. 332.

<sup>585</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru-SP: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005, p. 12.

<sup>586</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76.

<sup>587</sup> HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 31-33.

<sup>588</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 08.

definição de inúmeros aspectos sociais, políticos e econômicos – e também jurídicos; enfim, na pós-modernidade, mercantilizamos a experiência, isto é, “já não compramos mais objetos; em última análise, nós compramos (o tempo de) nossas próprias vidas”<sup>589</sup>.

No plano do processo jurídico/ judicial, a temporalidade projeta-se na forma de uma dicotomia entre direito à segurança jurídica, o qual pressupõe a observância do devido processo e, logo, das suas garantias e, principalmente, dos prazos que estas implicam, e direito à efetividade do processo, compreendida como a possibilidade de o bem da vida pretendido ser efetivamente atingido ao final; a síntese dessa complexa relação dicotômica conforma o chamado processo justo e em tempo adequado.<sup>590</sup>

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, no qual os direitos fundamentais e a principiologia constitucional ganham relevo, essa preocupação temporal com o processo surge como temática de primeira ordem, na medida em que a compressão de tais direitos fundamentais pelo fator tempo da prestação jurisdicional é percebido como decorrente de déficits estruturais do aparelho judiciário<sup>591</sup>, sendo certo que, se por um lado a demora onera sempre mais a parte que tem razão na causa<sup>592</sup>, por outro, há um efeito psicológico da perspectiva oposta, ou seja, na não demora do processo, consistente no fato de que aquele que perde a causa tem o seu conformismo atenuado se a batalha não se prolonga no tempo<sup>593</sup>. Pode-se dizer, assim, que a natureza dos direitos em litígio, nesta quadra da história, envolvendo questões de família, indenizações, além, diríamos, dos interesses coletivos, torna insuportável, do ponto de vista material, um processo demorado<sup>594</sup>, motivos, entre outros, pelos quais a duração do processo e a lentidão da justiça se tornaram temas preferenciais da sociologia jurídica<sup>595</sup>.

---

<sup>589</sup> ZIZEK, Slavoj. *A coragem da desesperança: crônicas de um ano em que agimos perigosamente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2019, p. 45.

<sup>590</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85-86.

<sup>591</sup> VIANA, Adriana Grandinetti. *A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social*. 2007. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, p. 74.

<sup>592</sup> RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A ordem cronológica de conclusão para julgamento no novo cpc: razoável duração do processo e minoração do tratamento privilegiado. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 520.

<sup>593</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002, p. 324.

<sup>594</sup> VIANA, Adriana Grandinetti. Op. Cit., p. 75.

<sup>595</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 147.

No âmbito do direito penal, com efeito, a relação tempo/ direito agudiza-se especialmente:

No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que *a pena é tempo e o tempo é pena*. Pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo; no segundo, o tempo do perdão e da prescrição. [...] O tempo, mais do que o espaço, é o verdadeiro significante da pena.<sup>596</sup> (grifos conforme o original)

O tempo célere, no entanto, não é sinônimo do tempo razoável reclamado pelo processo na contemporaneidade; se a morosidade do processo é comprometedora da materialidade constitucional, também o é o processo célere que solapa as garantias formais; assim, o critério de razoabilidade a presidir tal relação haverá de ser aquele adequado à complexidade da compreensão de cada caso e a partir das peculiaridades concretas deste; duração razoável deve ser traduzida, na facticidade do caso concreto, por aquele tempo necessário à realização eficiente do direito material com observância do devido processo legal<sup>597</sup>.

Em síntese, a duração não pode ser nem tão ampla e nem tão exígua<sup>598</sup>. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com efeito, já advertiam sobre os riscos de que as reformas que visassem a maximizar o acesso à justiça, louváveis por si sós, pudessem passar por cima das garantias a pretexto de realizar um suposto interesse maior de celeridade: “em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a ‘vender nossa alma’”<sup>599</sup>; isto é, “nem sempre a realização de um processo devido e legal, nos moldes constitucionais, poderá implicar uma solução rápida”<sup>600</sup>; nesse sentido, também Canotilho observava que a proteção jurídica em tempo razoável, corolário do acesso à justiça, não poderia ser confundida com “justiça acelerada”<sup>601</sup>.

O equilíbrio dessa relação-tensão há de ser ofertado pela ideia de processo justo, ou seja, de combate da morosidade judicial e do “tempo morto” dos processos em secretarias e gabinetes

<sup>596</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 75.

<sup>597</sup> RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul-RS, v. 1, n. 51, jan./abr. 2017, p. 116-117.

<sup>598</sup> TORRES, Juliana. O direito fundamental à razoável duração do processo na constituição federal brasileira. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, 2007, p. 301.

<sup>599</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 163-164.

<sup>600</sup> RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A ordem cronológica de conclusão para julgamento no novo cpc: razoável duração do processo e minoração do tratamento privilegiado. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 520-521.

<sup>601</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 499.

sem perder de vista, todavia, as garantias processuais, demandando, igualmente, uma atuação leal das partes<sup>602</sup>; é o que pode ser chamado de processo sem dilações indevidas, o que significa que “não pode haver a aceleração dos procedimentos, diminuindo-se as garantias processuais constitucionais. Nem agilização por amor ao ágil, simplesmente. Mais importante que ser ágil é ser, o processo, efetivo, eficaz, dizendo os direitos das partes em tempo que, não devendo ser longo, não pode ser açodado”<sup>603</sup>.

Se o direito a um processo razoável não significa nem processo célere que atropela garantias nem muito menos um processo moroso, que retiraria densidade dos direitos e utilidade da tutela reivindicada em juízo, sua adequada delimitação haverá, sempre, e tal foi dito acima, de depender da análise do caso concreto; isso, entretanto, não significa dizer que tal direito/garantia seja carente de uma referência no sistema jurídico. Ora, conforme se vem delineando ao longo dessa pesquisa, a transformação pela qual o Direito passa no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo consiste justamente na sua vinculação necessária ao projeto da Constituição material – a ser concretizada pela jurisdição, se for necessário -, de modo que a interpretação adequada do direito à razoável duração do processo haverá advir da própria Constituição, a partir de um resgate, na fusão de horizontes, da história institucional do instituto em determinado caso concreto. Fala-se, aqui, de uma compreensão fenomenológico-hermenêutica da garantia.

A fenomenologia hermenêutica demonstrou a relevância da temporalidade para a compreensão do ente, na medida em que Heidegger revela que não há acesso ao ser fora da temporalidade, ou seja, ser é tempo, vivência, mundialidade, de modo que o encontro do intérprete com a tradição é marcado pela temporalidade que permite instaurar um horizonte mais amplo<sup>604</sup>, o que significa dizer que a noção de tempo, para além de critérios objetivos ou subjetivos, há de ser colhida na própria ontologia hermenêutica que desvela a sua condição de possibilidade de acesso ao mundo. Não há como problematizar o tempo do processo sem compreender que o acesso ao próprio processo enquanto ente é ditado pela temporalidade.

Foi no bojo então do movimento de codificação dos direitos humanos que essa garantia do direito fundamental à razoável duração do processo passou a ser inserida em tratados, pactos

---

<sup>602</sup> GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul-RS, v. 2, n. 52, maio/set. 2017, p. 106-107.

<sup>603</sup> NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 223.

<sup>604</sup> ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer! *Revista Natureza Humana*, São Paulo, vol. 14, n. 2, jul./dez. 2012, p. 21.

e convenções internacionais e, também, nas constituições nacionais<sup>605</sup>, tendo como seu marco inicial, como direito fundamental ao processo célere, o art. 6º, §1º, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950<sup>606</sup>; nesse contexto, a introdução do §3º no art. 5º da Constituição<sup>607</sup>, por meio do qual os direitos humanos passaram a integrar o “bloco de constitucionalidade”, e, como tal, a servirem de referencial de validade para o controle de constitucionalidade<sup>608</sup>, representou sensível avanço para a concretização de tais direitos.

No entanto, essa garantia passa a integrar a sistemática constitucional brasileira, vigente desde 1988 e que significou “o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, com o caminho a ser feito ao andar”<sup>609</sup>, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004<sup>610</sup>, conhecida como a Reforma do Judiciário, cujos pilares que a inspiraram, segundo Kildare, foram o acesso amplo à Justiça, a celeridade na prestação jurisdicional e a independência da magistratura<sup>611</sup>. Essa emenda – que, importante destacar, até por força do dispositivo que ela mesma acrescentou (§3º do art. 5º da Constituição), não representou necessariamente inovação, já que a garantia do processo em tempo razoável já se encontrava prevista no direito brasileiro pelo Pacto de São José da Costa Rica<sup>612</sup> - incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, com a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

<sup>605</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 16, n. 1, jan./jun. 2015, p. 139.

<sup>606</sup> TORRES, Juliana. O direito fundamental à razoável duração do processo na constituição federal brasileira. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, 2007, p. 294.

<sup>607</sup> §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL. Constituição [(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 jun. 2022.)

<sup>608</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 826-827.

<sup>609</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, jul./set. 2003, p. 26.

<sup>610</sup> NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 209.

<sup>611</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1.197.

<sup>612</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. Op. cit., p. 139.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação<sup>613</sup>.

Para além da importância que teve em nosso sistema constitucional a previsão expressa da garantia da razoável duração do processo no texto constitucional – direito fundamental ao redor do qual convergem todos outros princípios e garantias fundamentais<sup>614</sup> -, e deixando de lado eventual aspecto de que referida garantia encontrava já guarida em nosso direito pela via do sistema internacional de direitos humanos, particularmente o Pacto de São José da Costa Rica, há autores que entendem que esse direito já poderia ser subsumido a partir da garantia do direito de ação, prevista desde 1988 no inciso XXXV da Constituição<sup>615</sup>; o fato é que a garantia encontra, hoje, previsão tanto no âmbito do sistema europeu quanto no americano de proteção dos direitos humanos, sendo certo que “o recurso deve ser decidido em ‘curto prazo’, segundo a CEDH, e ‘sem demora’, nos termos do CADH”<sup>616</sup>; nesse contexto, para o sistema europeu, a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é uma justiça inacessível<sup>617</sup>; e o Pacto de São José da Costa Rica, ao prever a garantia do processo célere, já compreendia então que a demora da prestação jurisdicional era um problema que acarretava efeitos deletérios e precisava, então, ser combatida pelos estados<sup>618</sup>.

Desenvolveu-se, assim, no plano da jurisprudência do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a tese dos três critérios a serem avaliados para julgar se, num determinado caso concreto, há violação do dever de duração razoável do processo, o qual tem uma conotação nitidamente casuística, sendo eles: a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes ou seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional<sup>619</sup>; essa teoria, com efeito, tem sua sede de inspiração na tese, igualmente fruto da construção tribunalística do sistema europeu, da

---

<sup>613</sup> BRASIL. Constituição [(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 jun. 2022.

<sup>614</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 16, n. 1, jan./jun. 2015, p. 132.

<sup>615</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, dez. 2011, p. 59-60.

<sup>616</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 69.

<sup>617</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 20-21.

<sup>618</sup> CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 973.

<sup>619</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempetividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002, p. 327.

“doutrina dos sete critérios” para avaliação da prisão cautelar<sup>620</sup>, vindo a consagrar-se, no direito brasileiro, nessa mesma linha, a doutrina do não prazo<sup>621</sup>, ou seja, a violação da garantia há de ser examinada no caso concreto, não havendo previsão de prazos ou outros elementos aptos a fixar a priori algum parâmetro para aferição desse critério de razoabilidade temporal.

Assim, para a efetividade, no plano material, dessa garantia protegida da melhor forma no âmbito jurídico internacional e nacional, seriam necessárias medidas concretas, posto tratar-se de uma garantia positiva, de segunda geração, ou seja, que demanda do Estado uma conduta no sentido de prestação; nesse sentido, pode-se destacar, como tais ações necessárias, a necessidade de estimulação de uma consciência jurídica sensível a tal garantia, a reorganização judiciária, o fornecimento de meios e recursos para o funcionamento do aparelho jurisdicional, e até a imposição de sanções a quem violar dolosa ou culposamente esse direito<sup>622</sup>.

Ora, como se viu no capítulo primeiro, a marca da diferença, no Direito, da passagem do Estado Liberal para o Estado Social foi exatamente o ônus assumido por este último – e pelo Direito – de efetivar positivamente os direitos sociais, econômicos e culturais<sup>623</sup>, ou seja, “a adjetivação pelo social pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas”<sup>624</sup>, sendo que, então, a ideia de acesso à justiça requalifica-se, no Estado-Providência, enquanto pressuposto de todos os demais direitos fundamentais, autorizando, assim, a sua reconfiguração como direito à justiça social<sup>625</sup>.

Portanto, e tratando aqui do Estado Social, o reconhecimento das chamadas “garantias institucionais” pode ser caracterizado como uma das maiores novidades do constitucionalismo do início do século XX, destinadas a proteger os direitos sociais – garantias, portanto, de prestação – e que, no Brasil, estão inclusas sob o signo das “garantias constitucionais”<sup>626</sup>. Assim, é sob as garantias constitucionais – que, então, exercem (também) uma função instrumental - que se realizam os direitos fundamentais individuais e principalmente sociais, vinculando positivamente o Estado, interação jurídico-política na qual se encontra inclusa a garantia da razoável duração do processo. Daí a densidade das garantias e, particularmente, da garantia de que aqui se trata:

---

<sup>620</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80-81.

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>622</sup> NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jul./dez. 2006, p. 227.

<sup>623</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 79.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>625</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999, p. 146-147.

<sup>626</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 537.

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas. De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.<sup>627</sup>

Nesse sentido, se as garantias têm uma função constitutiva no paradigma do Estado Democrático e Social de Direito, com isso querendo dizer que servem elas à concretização das promessas incumpridas da modernidade, projeto de resgate assumido pela Constituição do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>628</sup>, não se pode deixar de tratar, aqui, do papel dos princípios constitucionais, na medida em que são eles os marcos que permitem a compreensão da história institucional do Direito, expressando o momento hermenêutico do Direito<sup>629</sup>; com efeito, os princípios atuam como alicerces do sistema jurídico e garantidores de coerência e integridade, figurando como elementos instituidores da regra, pois esta sempre traz um princípio<sup>630</sup>, o que irá conferir objetividade à interpretação – note-se a relevância disso quando se está a tratar de direito à razoável duração do processo em que o critério de razoabilidade só pode ser definido no caso concreto, o que em hipótese alguma pode ser entendido como licença para subjetivismos e discricionariedade -, na medida em que há um resgate do mundo prático a partir dos princípios<sup>631</sup>.

E isso significa “talvez a maior conquista do Direito pós- Auschwitz, institucionalizando, pelos princípios, a moral no Direito”<sup>632</sup>. Portanto - e isso já foi dito anteriormente, mas sua ênfase nunca é demais quando se tem como pano de fundo a problemática de uma doutrina que não doutrina, o que justifica a crise de “baixa constitucionalidade”<sup>633</sup> ou inefetividade que está na base da discussão da ilegitimidade do Direito tal qual interpretado, compreendido e aplicado em *terrae brasilis* -, a normatividade dos princípios, traço distintivo do seu conceito no Estado Democrático de Direito<sup>634</sup>, passa a ser

<sup>627</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 532.

<sup>628</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo-RS, v. 24, n. 1, jan./jun. 2010, p. 53.

<sup>629</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 15.

<sup>630</sup> SILVA FILHO, Edson Vieira da. Op. cit., p. 43.

<sup>631</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>632</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 17.

<sup>633</sup> Idem, 2017, p. 280.

<sup>634</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 257.

reconhecida no paradigma pós-positivista<sup>635</sup>, ou seja, os princípios agora são normas jurídicas vinculantes<sup>636</sup>.

Nesse passo, para compreender o espaço do Direito Constitucional e a própria concepção do Estado Democrático de Direito neste novo paradigma, fez-se necessário o aporte de ferramentas teóricas que conferissem e valorizassem a normatividade dos princípios na realidade constitucional brasileira, eis que surgida esta num contexto em que o Direito Constitucional ainda não gozava de grande prestígio face ao predomínio da racionalidade positivista oitocentista<sup>637</sup> - realidade ainda vivida entre nós; daí que, num Estado de Direito garantista – e o garantismo jurídico insere-se nesse esforço teórico de revalorização da democracia no Estado de Direito contemporâneo -, a parametricidade constitucional envolve também o conteúdo da lei, para o que os princípios jurídicos apresentam-se como essenciais, eis que “o resgate dos princípios de justiça externos e a incorporação deles nos níveis mais altos do ordenamento jurídico visam à busca de limites e vínculos ao poder; quanto maior e mais qualitativa for tal incorporação, maior e mais qualitativo será o grau de justiça externa do ordenamento”<sup>638</sup>.

O vínculo estabelecido entre teoria do Estado e democracia constitucional permite então o florescimento da concepção de proteção dos direitos humanos compreendidos enquanto liberdades e créditos<sup>639</sup> – a exigirem, nessa segunda perspectiva, ação estatal positiva -, o que também enobrece, na dimensão do método hermenêutico concretista de Konrad Hesse, a dimensão normativa dos princípios, enquanto vetores de sentido da interpretação constitucional<sup>640</sup> - o que não quer dizer conceber os princípios como axiologia, “positivação de valores”, porquanto, nesse caso, serviriam apenas como argumento retórico para a prática de decisionismos<sup>641</sup> -, indicando que “para a doutrina contemporânea, a Constituição, tomada como norma, deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais. Fala-se, então,

---

<sup>635</sup> SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; LUPETTI, Bárbara; IORIO FILHO, Rafael Mário. Uma análise empírica sobre o uso dos princípios, interpretação jurídica e decisão judicial. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, jul./dez. 2015, p. 403.

<sup>636</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 12.

<sup>637</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 357.

<sup>638</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). Sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 41-42.

<sup>639</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin Op. Cit., p. 24.

<sup>640</sup> Ibidem, p. 30-31.

<sup>641</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 09.

de um Direito Constitucional principiológico que toma a sério os direitos fundamentais, conferindo peso à função garantista da jurisdição constitucional”<sup>642</sup>.

Daí falar-se em constitucionalização de todos os demais ramos do Direito, que, a partir dessa revolução copernicana por que passa o Direito Constitucional e a teoria do Estado, são interpretados, a partir dos princípios constitucionais, sob novo alcance de sentido<sup>643</sup>, sendo então o direito processual (penal), por exemplo, percebido ineditamente como um direito de fundo constitucional<sup>644</sup>. No entanto, tais princípios não se encontram fora do ordenamento jurídico, como se coubesse ao intérprete captá-los por uma operação de ordem política, moral ou outra, mas, ao contrário, são descobertos – no sentido de retirar-lhes o véu - no interior do próprio sistema, cuja sede é o que Eros Grau chama de direito pressuposto<sup>645</sup>, ou seja, a dimensão das relações sociais; os princípios jurídicos subjazem, portanto, o ordenamento jurídico.

Enfim, trata-se de efetivar um discurso sobre os princípios que vincula toda a ordem jurídica infraconstitucional e todos os operadores do direito, espalhando-se para todo o discurso jurídico, o que dará a exata medida – adequada à Constituição – da principiologia garantista constitucional, oportunizando o desvelar das respostas corretas aos problemas da prática do direito, no caso, a adequada conformação do direito à razoável duração do processo:

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.<sup>646</sup>

É por isso que a compreensão adequada da garantia da razoável duração do processo – ou seja, afinada ao paradigma do Estado Democrático de Direito cuja instauração representou um plus normativo para o Direito, transformando-o - somente pode ter lugar no âmbito de uma teoria materialista da Constituição. E é nesse contexto que exsurge a contribuição de Mauro Cappelletti, que, concentrando-se particularmente na função jurisdicional e a partir de uma

<sup>642</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 358.

<sup>643</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, jul./set. 2003, p. 27.

<sup>644</sup> PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36.

<sup>645</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83.

<sup>646</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 32.

concepção substancialista do Direito e da Constituição<sup>647</sup> - cuja oposição à tese procedimentalista, lembre-se, gira em torno do papel da Justiça Constitucional<sup>648</sup>, sendo certo que o substancialismo enxerga o direito como uma possibilidade de transformação da sociedade, comprometendo conteudisticamente a jurisdição constitucional, vale dizer, o Judiciário passa a ter a atribuição de velar pela implementação dos direitos fundamentais-sociais<sup>649</sup> -, teoriza acerca do acesso à justiça e suas inovações na contemporaneidade, proposta que se conjuga com aquela aqui empreendida, é dizer, de propor uma adequada interpretação, compreensão e aplicação das garantias penais a partir de um horizonte autêntico constitucional.

Nesse contexto, a proposta de Mauro Cappelletti de enfatizar a função jurisdicional converge com o fenômeno da própria expansão mesma dessa atividade no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, a partir da introjeção de novas tarefas para o Direito – e, logo, para o órgão encarregado da sua interpretação e aplicação. Essa expansão foi necessária, num primeiro momento, para acompanhar o agigantamento dos demais poderes, conseqüência do (anterior) paradigma do Estado de Bem-estar Social<sup>650</sup>. Interessante divisar, aqui, uma aproximação com a ideia de Jeremy Waldron sobre a desvalorização da legislação, nesta quadra histórica, em favor da jurisprudência, fenômeno que estaria ligado à ausência de uma teoria normativa da legislação, o que contribuiria para a incompreensão por parte das próprias autoridades judicantes acerca de seu papel, bem como ao conceito negativo de legislação de que se vale a jurisprudência como subterfúgio – segundo este autor - para justificar a revisão judicial<sup>651</sup>.

Em outra aproximação que se pode fazer com a ideia do fortalecimento da jurisdição de Cappelletti, é possível distinguir esse mesmo processo de deslocamento do centro de gravidade do sistema político-jurídico em direção à jurisdição a partir da crise do modelo de sistema de governo representativo dominante desde o início do século XX, identificado por Bernard Manin como sendo o de “democracia de partido” – sucessor do modelo parlamentarista e precedido

---

<sup>647</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

<sup>648</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75.

<sup>649</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun., 2015, p. 108-109.

<sup>650</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. cit., p. 132-133.

<sup>651</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 07-72.

pela chamada “democracia do público” -, cuja saturação explicaria o distanciamento entre governo (representativo) e sociedade na cotidianidade das práticas políticas<sup>652</sup>.

Segundo Streck, o elemento configurador do paradigma do Estado Democrático de Direito é justamente a redução dos limites de conformação do Poder Legislativo<sup>653</sup> – “no paradigma garantista do estado constitucional de direito, mostra-se de fundamental importância uma diferente compreensão da dimensão substancial da democracia”<sup>654</sup> -, o qual doravante há de observar determinados parâmetros constitucionais dotados de força normativa, daí que – e isso é de veras importante para o que se está tratando aqui – “a morte da tradicional tese da separação de poderes implica, a toda evidência, o abandono da tese do juiz como o ‘exegeta-boca-da-lei’ e dos tribunais constitucionais como legisladores negativos”<sup>655</sup>. Essa vinculação (à Constituição) do poder político é de tal maneira relevante que há mesmo propostas que advogam a aplicação da tese do direito como integridade, de Ronald Dworkin, ao momento legislativo, ou seja, uma “integridade legislativa” que se daria a partir da adoção da Crítica Hermenêutica do Direito já em face do processo legislativo<sup>656</sup>, tudo para buscar eliminar quaisquer focos de discricionariedade do poder político – seja ele legislativo ou judiciário.

A novidade neste novo paradigma do Estado Democrático de Direito não é propriamente o controle da normatividade, já conhecida sob o aspecto formal desde o início da República, mas, sim, sua intensidade, ou seja, a materialidade constitucional<sup>657</sup>. Esse fenômeno pode ser descrito, também, como sendo a mudança do Poder Judiciário com a nova fase do constitucionalismo, advinda da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a posterior positivação dos direitos sociais pelas constituições, definida pela transição de um poder de garantidor da legalidade estrita para atuar como complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade<sup>658</sup>, de modo que não há democracia sem judiciário independente e concretizador de direitos fundamentais, e, principalmente, fiador da

---

<sup>652</sup> MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução de Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 29, out. 1995, p. 7.

<sup>653</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 703.

<sup>654</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). Sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 75.

<sup>655</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 761.

<sup>656</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun., 2015, p. 120.

<sup>657</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 359.

<sup>658</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 201-202.

manutenção do sistema de pesos e contrapesos, ou seja, deve ele tutelar o equilíbrio entre os poderes face ao crescimento das outras esferas de poder em decorrência do avanço das demandas por prestações públicas (Big government; Welfare state), e, paralelamente, tutelar também os direitos fundamentais face ao avanço dos poderes paraestatais<sup>659</sup> - mormente no paradigma da globalização capitalista, visto nos capítulos anteriores.

A teoria do Poder Judiciário como garantidor da Constituição – judicial review -, como visto, teve início com o constitucionalismo norte-americano<sup>660</sup>, fenômeno de importância singular do ponto de vista histórico e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, já que “as proclamações (nacionais ou supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declamações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais”<sup>661</sup>. Nessa quadra contemporânea, portanto, do Direito como instrumento de transformação social, ele, “antes objeto exterior ao sujeito cognoscente, agora é linguagem, uma linguagem que o atravessa”<sup>662</sup>. E a principal preocupação da teoria do direito neste novo paradigma deve ser o controle da interpretação, face justamente ao crescimento da jurisdição em face da legislação<sup>663</sup>, e as tensões de legitimidade – democracia versus validade - que esse fenômeno acarreta.

Pode-se dizer, então, que:

[...] em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário (e à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino muito apropriadamente denomina de “comunitarista”, onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também “resgatar a força do Direito”, cometendo à jurisdição a tarefa de guardião dos valores materiais positivados na Constituição<sup>664</sup>.

Se a função jurisdicional recebe uma atenção inédita neste novo paradigma, o que justificará a elevação do acesso à justiça à dignidade constitucional, esse processo traz a reboque a discussão acerca da legitimidade da jurisdição, face aos problemas discricionários

<sup>659</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 107.

<sup>660</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forsense, 2019, p. 42.

<sup>661</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>662</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 360.

<sup>663</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 20.

<sup>664</sup> Idem, 2003, p. 261.

que então passam a ser cada vez mais percebidos – embora não adequadamente tratados, pois, acredita-se superar o positivismo pelas teorias da argumentação, recaindo novamente na arbitrariedade, fenômeno ainda pior nas práticas tribunalísticas de *terrae brasilis*, que não conhecem a fundo sequer os meandros do método de Robert Alexy<sup>665</sup>. Jurisdição, com efeito, não confunde-se com discricionariedade, ou, para Cappelletti, discricionariedade – ínsita à atividade jurisdicional – não pode convolar-se em arbitrariedade, esta sim, inadmissível<sup>666</sup>; a atividade interpretativa, para o autor italiano, com efeito, será sempre criativa – o que significa admitir-se algum grau de discricionariedade -, o que não confere, todavia, liberdade ampla ao juiz, na medida em que as constituições conferem uma limitação material a tais discricionariedades<sup>667</sup>.

A questão, com efeito, é menos a existência ou não de criatividade e mais o seu grau<sup>668</sup>, visto que haveria uma distinção quantitativa entre a discricionariedade do legislador e do juiz: “o legislador se depara com conformações materiais usualmente menos frequentes e menos precisas que aquelas com as quais se vê o magistrado”<sup>669</sup>. Vê-se, assim, coerentemente à própria expansão da jurisdição na teoria do Estado contemporânea, em decorrência do novo momento vivenciado pelo Direito, que Cappelletti aproxima o momento jurisdicional ao momento legislativo: “do ponto de vista substancial, portanto, não é diversa a ‘natureza’ dos dois processos, o legislativo e o jurisdicional. Ambos constituem processos de criação do direito”<sup>670</sup>.

Para Cappelletti, essa criatividade judicial inevitável dever-se-ia ao advento contemporâneo da necessidade de interpretar e aplicar direitos fundamentais, os quais, na sua perspectiva, seriam apresentados nos documentos jurídicos como cláusulas abertas, fazendo com que o grau de criatividade da jurisdição constitucional fosse mais elevado do que no âmbito da jurisdição ordinária, de modo que essas “novas áreas do fenômeno jurídico” representaram importantes implicações às atividades judiciais<sup>671</sup>.

---

<sup>665</sup> STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neconstitucionalismo”. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 13 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>666</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23-24.

<sup>667</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-131.

<sup>668</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 21.

<sup>669</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op.cit., p. 132.

<sup>670</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 27.

<sup>671</sup> Ibidem, p. 41.

Trata-se, portanto, do risco da arbitrariedade do Judiciário<sup>672</sup> – e esse fenômeno, conforme vimos, é combatido pela hermenêutica jurídica fenomenológica aqui trabalhada, embora essa preocupação não esteja presente em Mauro Cappelletti, que se vale dessas referências à atividade judicial apenas para justificar politicamente a relevância da centralidade que o acesso à justiça ganhou no Estado contemporâneo e é nessa medida que tal construção importa para este texto; o Judiciário, assim, precisou fazer uma escolha de gigantismo na perspectiva de resguardar os direitos fundamentais, é dizer, tornou-se o terceiro gigante – eis que o marco do Estado Social fez engrandecer os outros poderes igualmente, conforme já dissemos -, para o fim de poder “controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”<sup>673</sup>.

O problema, então, da interpretação – igualmente não problematizado por Cappelletti desde uma perspectiva hermenêutica e sob os auspícios de uma preocupação democrática de um direito construído legitimamente – passa a ocupar o centro da tensão contemporânea acerca do papel e da legitimidade da função jurisdicional, fenômeno que está na base das questões de acesso à justiça.

Nessa proposta de análise, citam-se, como aproximação à ideia de limitação da arbitrariedade judicial, os “diálogos institucionais” no bojo da interpretação constitucional - compreendidos numa perspectiva dialógica, conforme propõem Christine Bateup, Cass Sunstein e Jeremy Waldron<sup>674</sup> -, os quais consubstanciam as interações existentes entre os Poderes da República nesse processo interpretativo: Executivo, Legislativo e Judiciário, caracterizando-se pela inexistência de prerrogativa interpretativa/aplicativa do direito em última instância por qualquer destes, razão pela qual se afasta da concepção de um Judiciário ativista<sup>675</sup>, ou seja, o Poder Judiciário não encerra o diálogo, de modo que a noção de “última palavra” é ultrapassada e precisa ser superada no alvorecer de uma maturidade democrática marcada pelo paradigma da “sociedade aberta dos intérpretes”, no qual os espaços de diálogos institucional e social necessitam qualificar-se a fim de ganhar prevalência e afirmação, suscitando a formação, de outro lado, de um autêntico juiz dialógico<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 135.

<sup>673</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 46-47.

<sup>674</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011, p. 108-111.

<sup>675</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 129.

Mencione-se, por fim, nessa mesma linha de raciocínio, Habermas, para quem o aspecto democrático do direito incide na possibilidade do diálogo e da comunicação dos participantes, de sua participação construtiva no processo deliberativo. Por isso, sob o paradigma da política deliberativa, o autor alemão propõe, a partir da teoria do discurso, um modelo de constituição social comunicativa, permeada de pontes de interação e comunicação entre os diversos sujeitos, de cujo fluxo se justifica e legitima o direito, o qual atuaria como elemento mitigador de problemas, propondo, destarte, uma leitura procedimentalista da democracia a partir dessa relação comunicativa<sup>677</sup> – leitura que não é a que subjaz esta pesquisa, que se afirma substancialista a partir do marco teórico de Streck.

Para além dessas propostas de incremento da interpretação constitucional pela via da sua abertura à participação cidadã – legitimação pelo procedimento –, o que releva destacar nesta pesquisa é que há uma complexidade inerente aos textos linguísticos que impelem, portanto, ao auxílio da hermenêutica a qual, concebida sob o ponto de vista filosófico, compreenderá a norma sob o viés da virada linguística, ou seja, não há separação entre norma e intérprete enquanto instâncias metafísicas independentes<sup>678</sup>.

Isso significa que o problema – não percebido, portanto, pelas teorias argumentativas que encaram o Direito e os princípios constitucionais, no contexto neoconstitucionalista, como o palco privilegiado da ponderação de interesses para resolução de casos “difíceis”, tornando-o refratário a uma jurisprudência dos valores reprimada, que não sobrevive a uma crítica da produção democrática do Direito, reclamada no novo paradigma – é não perceber que não se pode analisar o Direito, a jurisdição e a interpretação jurídica sob uma racionalidade assujeitadora, como se estivéssemos ainda sob a égide de um sujeito absoluto, detentor do sentido da norma.

O ganho representado pela intersubjetividade a partir da invasão da Filosofia pela linguagem – linguistic turn - e a relação de conhecimento ditada então na forma sujeito-sujeito, evidencia que não há um texto ao qual se atribui sentido criativo ou discricionário; o texto, desde sempre, já diz algo ao intérprete, está inserido na mundialidade da própria relação entre ambos. O desafio da interpretação jurídica no paradigma do Estado Contemporâneo está, com efeito, em reconstruir, sob o horizonte constitucional, e no plano da hermenêutica jurídica

---

<sup>677</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Volume 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 11-12.

<sup>678</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 750.

fenomenológica, esse sentido constitucional desde já e sempre atribuído; interpretação não é/ pode ser reprodução, mas produção intersubjetiva de sentido.

A garantia de acesso à justiça, desdobrada em nosso Direito, como se viu, como direito fundamental à razoável duração do processo, há de ser compreendida então a partir desse referencial hermenêutico-fenomenológico, associado à concepção de direito como integridade, ou seja, nos termos do que Lenio Streck denomina de Crítica Hermenêutica do Direito; referida garantia apresenta-se, assim, como fundamental para a materialidade e concretização da Constituição – denotando, igualmente, desnecessário repetir, a relevância assumida pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, por isso mesmo denominada, por Canotilho<sup>679</sup>, de “garantia de acesso aos tribunais” -, já que se constitui no “Direito a ter direitos”<sup>680</sup>; trata-se, com efeito, do direito fundamental mais nuclear do sistema jurídico, tal como apresentado por Mauro Cappelletti<sup>681</sup>, que reveste o Poder Judiciário de um caráter democrático não reproduzido nos demais poderes, já que é este o mais acessível à população<sup>682</sup>.

O autor italiano observa que o direito de acesso à justiça desdobra-se em duas finalidades precípua do ordenamento jurídico: garantir a acessibilidade ampla a todos os cidadãos e produzir resultados individual e socialmente justos, daí que a nova abordagem de acesso à justiça, por ele propugnada, visando o reforço sobretudo do primeiro aspecto, da acessibilidade da justiça aos cidadãos, rompe com a crença tradicional de confiabilidade no sistema de justiça e orienta a ação política em busca de reformas efetivas do aparato judiciário e processual<sup>683</sup>. Essa concepção de acesso à justiça ampara-se na constatação de que não basta apenas garantir o acesso ao tribunal – como era o pensamento clássico acerca do direito de ação, aliás, bastante congruente com o paradigma do Estado Liberal que propugnava por uma atitude ausenteísta na esfera dos direitos fundamentais, o qual evoluiu para assentar, modernamente,

---

<sup>679</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 499.

<sup>680</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 16, n. 1, jan./jun. 2015, p. 132.

<sup>681</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>683</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 08.

que apenas o direito de acesso não basta<sup>684</sup> -, mas é necessário assegurar também – mediante políticas concretas e eficazes - a regularidade do processo e o seu tempo razoável<sup>685</sup>.

O marco legal do acesso igualitário à justiça foi o Código Austríaco de 1895, primeiro instrumento normativo a prever esse direito expressamente<sup>686</sup>, ganhando impulso, com efeito, exatamente na esteira do desenvolvimento do Estado de Bem-estar Social, ou seja, no bojo dos novos direitos individuais e sociais, apresentando-se, então, como se disse, como o mais básico dos direitos fundamentais, por ser o pressuposto de todos os outros, quer dizer, não há sistema jurídico que pretenda garantir os direitos sociais senão sem que se reconheça e efetive o direito de acesso à justiça<sup>687</sup>.

Sua conceituação – o modo de reivindicar seu cumprimento -, com efeito, é vaga e complexa<sup>688</sup>, conforme referido alhures, sendo aconselhável relegá-la ao julgador – como o faz o direito brasileiro<sup>689</sup> -, que deverá concretizá-lo a partir dos elementos do caso concreto, sendo certo que o direito comparado é plêiade de exemplos da dificuldade em estabelecer um parâmetro objetivo de definição da razoabilidade da duração do processo e mesmo de verificá-lo no caso concreto<sup>690</sup>, sendo pacífico, todavia, que o elemento temporal não pode ser utilizado como único critério de aferição<sup>691</sup>.

Assim, Cappelletti destacará, dentre as três soluções de acesso à justiça que floresceram na teoria jurídica nos últimos anos – reforço na assistência judiciária, otimização da representação processual na defesa de direitos e interesses difusos, especialmente nas áreas do direito ambiental e direito do consumidor e, finalmente, o “enfoque de acesso à justiça”<sup>692</sup> – a última, também conhecida como “novo enfoque de acesso à justiça” ou “terceira onda”, como sendo representativa de uma posição compreensiva das demais e mais abrangente a fim de

---

<sup>684</sup> VIANA, Adriana Grandinetti. *A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social*. 2007. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, p. 56-57.

<sup>685</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, 2002, p. 342.

<sup>686</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 11-12.

<sup>688</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>689</sup> RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul-RS, v. 1, n. 51, jan./abr. 2017, p. 116.

<sup>690</sup> VIANA, Adriana Grandinetti. *Op. Cit.*, p. 10.

<sup>691</sup> CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 974.

<sup>692</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 31.

abarcam um conjunto de soluções e reformas institucionais aptas a atacar eficazmente o problema das barreiras de acesso à justiça.

Em síntese, trata-se de uma abordagem que centra sua atenção “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”<sup>693</sup> :

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual<sup>694</sup>.

Nesse particular, a simplificação e especialização de procedimentos – entre nós, pode-se mencionar, coerentemente com essa visão, que “a oficialização dos cartórios do foro judicial (Justiça Comum estadual) constitui providência urgente. Aliás, providência determinada pela própria Constituição (art. 31 do ADCT)<sup>695</sup>” - é um foco de concentração das reformas, bem como o estímulo econômico, visando a tornar factível o acesso por parte das classes mais vulneráveis, as “pessoas comuns”<sup>696</sup>; daí a reforma das pequenas causas<sup>697</sup>, a redução de custas e da duração do litígio<sup>698</sup>, a eliminação de formalidades desnecessárias dos procedimentos judiciais<sup>699</sup>, entre outras.

A importância, portanto, do aspecto processual – e daí a relevância da temporalidade, na medida em que “é necessário questionar: que jurisdição é essa que, quando ouve responde tardiamente a tal ponto de sua resposta/ decisão chegar ‘a destempo’ e já não responder de maneira adequada ao conflito social”<sup>700</sup>-, é que não basta efetivar novos direitos na legislação sem um adequado ajustamento do direito processual a fim de torná-lo acessível às pessoas a quem beneficiam tais direitos, assim, “verificou-se ser necessário mais do que a criação de cortes especializadas; é preciso também cogitar de novos enfoques do processo civil”<sup>701</sup>.

<sup>693</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 68.

<sup>694</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>695</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 188-189.

<sup>696</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 93-94.

<sup>697</sup> Ibidem, p. 97-98.

<sup>698</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>699</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit, p. 188.

<sup>700</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, dez. 2011, p. 58.

<sup>701</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 94.

Isto é, a dimensão do acesso à justiça, a par de ser central para o sistema jurídico concretizador do Estado Democrático de Direito, há de ser compreendida – hermeneuticamente – numa visão sistêmica de horizonte amplo, englobando diversos aspectos, inclusive e principalmente a temporalidade, mas todos convergindo para o objetivo de tornar concretos os direitos fundamentais:

Não basta haver Judiciário, é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial, é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa, é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso efetivo à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue provocar a tutela jurisdicional.<sup>702</sup>

Tendo presente, então, a centralidade da garantia aqui problematizada para o desenvolvimento da realização dos direitos fundamentais e da própria efetivação da jurisdição – função estatal requalificada pelo Constitucionalismo Contemporâneo -, garantia que, inclusive, dá ensejo à formulação de princípios próprios a determinados ramos do direito - os quais, na verdade, não passam de adequação concreta do princípio ou, se se quiser, regramento da norma no caso concreto, já que o princípio se realiza, se “cotidianiza”<sup>703</sup>, é na regra -, como, por exemplo, a tese do “princípio constitucional implícito da razoável duração da prisão cautelar”<sup>704</sup> -, e, por outro lado, não perdendo de vista que, conforme exaustivamente indicado, não é possível conferir critério de abstração genérico a fim de balizar a razoabilidade temporal dessa garantia, há de se saber como proceder a fim de dar concretude à garantia nas práticas concretas do direito de *terrae brasilis*, porque tal incumbência é um ônus democrático inafastável e impositivo em nosso sistema jurídico-constitucional.

Do ponto de vista hermenêutico, com efeito, é impossível tal controle prévio “de abrangência de situações concretas”<sup>705</sup>, já que, nos termos da hermenêutica filosófica, a atribuição de sentido das coisas se faz sempre em determinado tempo histórico concreto (mundialidade), não se podendo resumir em raciocínios universalizantes e metafísicos que pretendem estabelecer uma distinção estrutural entre fato e direito<sup>706</sup>. Portanto, faz-se necessário um compromisso ético do jurista a fim de que se logre compreender o sentido “ontológico-

<sup>702</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 187.

<sup>703</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 22.

<sup>704</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 82.

<sup>705</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 728.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 731.

existencial” da Constituição, abandonando-se o sentido “ôntico-existencial” vigente, compreensão característica da dogmática – dogmática tão aferrada aos enunciados assertóricos que congelam o direito -, a fim de que se permita o atingimento das condições de possibilidade para uma teoria constitucional que aponte o caminho (hermenêutico) adequado para a compreensão da Constituição e das garantias fundamentais<sup>707</sup>.

“Deixar vir o novo à presença: esse é o desafio”<sup>708</sup>, compreender adequadamente a Constituição, o que significa concretizá-la, especialmente os direitos sociais – os quais, para Bonavides, “não se interpretam, concretizam-se”<sup>709</sup>. A delimitação do sentido dos princípios – das garantias penais e da garantia da razoável duração do processo etc. – depende sempre, finalmente, do contexto, ou seja, do caso concreto, da realidade história<sup>710</sup>, enfim, da realidade vivida.

O processo penal brasileiro, não obstante a previsão do art. 5º, inciso LXXVIII, está engessado e não tem condições de cumprir a garantia da razoável duração do processo<sup>711</sup> e isso é um problema (grave) que não pode ser resolvido ou dissimulado por raciocínios dogmáticos pragmaticistas; se, com efeito, “um capítulo a ser escrito no processo penal brasileiro é o direito de ser julgado num prazo razoável, num processo sem dilações indevidas, mas também sem atropelos”<sup>712</sup>, é chegado o momento de enfrentá-lo adequadamente – leia-se, à luz da Constituição e tendo como premissa fundamental a necessidade de cumprir o conteúdo principiológico constitucional na sua inteireza.

É preciso, enfim, superar a crise de (in)compreensão para desvelar o sentido institucional e histórico da garantia da razoável duração do processo, sob pena de continuarmos a padecer da baixa constitucionalidade que nos atormenta desde sempre – e nos joga, doutrina e jurisprudência, nos braços da Filosofia da consciência do positivismo, não obstante os mais de trinta anos de Estado Democrático de Direito em *terrae brasilis* – e tudo o que isso significa.

---

<sup>707</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 821.

<sup>708</sup> Idem, 2002, p. 259.

<sup>709</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 572.

<sup>710</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 19.

<sup>711</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

<sup>712</sup> Ibidem, p. 92-93.

### 3.2 A súmula nº 716 do STF e a garantia da razoável duração do processo: formulação de um metadiscurso antigarantista e a compreensão adequada do problema à luz da Crítica Hermenêutica do Direito

Neste momento da pesquisa, buscar-se-á relacionar a súmula nº 716 do STF – que trata do direito à progressão de regime, instituto típico de execução penal, para presos provisórios - com a garantia da razoável duração do processo, a fim de apresentar aquela como exemplo concreto de estandardização do direito em *terrae brasilis* que conforma um sintoma de que as garantias penais não são adequadamente compreendidas, interpretadas e aplicadas no Brasil, ou seja, a partir do horizonte autêntico constitucional, e, portanto, pode-se dizer sejam sistematicamente violadas no Brasil – se compreender, do ponto de vista hermenêutico, significa desvelar o ser do ente e, com isso, conhecê-lo autenticamente em toda sua dimensão histórico-factual, não compreender corresponde a não conhecer, e se não se conhece as garantias processuais penais em seu ser, fatalmente se as viola.

A leitura da referida súmula a partir da Crítica Hermenêutica do Direito – e, logo, de um horizonte autêntico que não se harmoniza com um discurso que minimiza o direito à razoável duração do processo penal ofertando compensações de ordem intrassistemática -, a propósito de denunciar a sintomática e paradoxal violação de garantias que se verifica no Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil, implica em que se propugne pela sua necessária revisão, na medida em que se compreende (autenticamente, isto é, a partir do horizonte autêntico que é aquele iluminado pela Constituição) ser ela instrumento de um metadiscurso antigarantista que labora para interditar o necessário debate – constrangimento epistemológico - sobre a violação da garantia da razoável duração do processo penal que permeia a discussão jurídico-constitucional encoberta na referida súmula – o que evidenciará o atingimento do objetivo geral dessa pesquisa.

Parte-se, então, da garantia da razoável duração do processo, na forma em que se desenvolveu a sua compreensão no subcapítulo anterior, ou seja, como uma garantia de acesso à justiça que implica a busca por um adequado equilíbrio entre o necessário respeito às garantias formais e a efetividade do processo, construção que somente pode ser evidenciada na análise do caso concreto, porque “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A

compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”<sup>713</sup>, para, em seguida, demonstrar que essa garantia, como as garantias em gerais, não são levadas a sério em *terrae brasilis* em função de uma crise de compreensão do horizonte constitucional que as conforma, em cujas práticas cotidianas do direito insiste-se em enxergar o novo com o olhar do velho.

Essa crise de compreensão explica também fenômenos como a estandardização que congela ou entifica os sentidos dos entes a partir de enunciados assertóricos com pretensões universalizantes e o senso comum teórico dos juristas, que gera uma doutrina que não doutrina; para corroborar essa argumentação, exemplifica-se o déficit de compreensão da garantia da razoável duração do processo na estruturação da súmula nº 716 do STF, que absolutamente não garante o direito ao processo em tempo justo; a proposta, então, é ler a referida súmula - e a garantia em questão - a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, permitindo-se o desvelar do sentido autêntico da garantia e o resgate da integridade do Direito como condição de possibilidade da sua compreensão em particular e a das garantias em geral, a fim de torná-las efetivas.

É preciso compreender em definitivo e já tardiamente que a Constituição de 1988 representa um marco histórico do novo direito constitucional<sup>714</sup>, uma mudança de paradigmas para o direito<sup>715</sup>; as constituições do segundo pós-guerra, dentre as quais se inclui a brasileira – centrais para a compreensão do direito na contemporaneidade como o foram os códigos no século XIX<sup>716</sup> –, erigem as democracias constitucionais contemporâneas, caracterizando-se “pela positivação de uma Constituição longa e densa, que compreende, além das regras de organização do poder também um mais ou menos extenso catálogo de direitos fundamentais” e “evidenciam a adesão a um ideal de direitos e consolidam a ideia de que um sistema político justo deve respeitar os direitos humanos”<sup>717</sup>; pode-se falar, portanto, num caráter transformador

---

<sup>713</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 446-447.

<sup>714</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 03.

<sup>715</sup> SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet*, Curitiba, ano III, n. 7, jan./jun. 2012, p. 272.

<sup>716</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 124.

<sup>717</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 79.

do Estado Democrático de Direito instituído então e a Constituição como instrumento dessa mudança<sup>718</sup>.

Esse processo paradigmático projetou um redimensionamento da práxis jurídico-política representado pelo advento desse Constitucionalismo Contemporâneo, tanto no âmbito da teoria do Estado e da Constituição quanto no plano da teoria do direito, a qual reformulará a teoria das fontes, da norma e da interpretação<sup>719</sup>, de modo que a marca desse novo constitucionalismo é não deixar o direito alheio à indiferença, vale dizer, há, agora, uma preocupação de ordem ético-filosófica no sentido de que o direito deve se ocupar da construção de uma sociedade justa e solidária: “o desafio ‘neoconstitucional’ (lato sensu) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais?”<sup>720</sup> Esse novo paradigma constitucional visa consolidar a democracia e a cidadania no Brasil<sup>721</sup>, ou seja, percebe-se o vínculo que o (novo) constitucionalismo mantém com a ideia de democracia, daí falar-se em um “lastro de legitimidade” sem precedentes representado pela Constituição de 1988, já que o povo adentrou pela primeira vez ao primeiro plano da política<sup>722</sup>.

Essa nova organização política denominada Estado Democrático de Direito – ou Estado Constitucional de Direito ou, ainda, Estado Constitucional Democrático – surge, portanto, da imbricação entre constitucionalismo e democracia<sup>723</sup>; o grau de autonomia conquistado pelo direito nessa fase do constitucionalismo – decantado ao longo da pesquisa - vincula-se a partir de então à ideia garantista de democracia constitucional, na medida em que nesta se busca um entrelaçamento entre efetividade e legitimidade<sup>724</sup>; logo, a Constituição não tem mais aquela conotação liberal de mera regulação do poder político, ou seja, “não tem mais a tarefa de

<sup>718</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun., 2015, p. 107.

<sup>719</sup> STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neconstitucionalismo”. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 13 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei, repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>720</sup> Idem, 2011, p. 17.

<sup>721</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do Direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, jan./jun. 2014, p. 72.

<sup>722</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, jul./set. 2003, p. 26.

<sup>723</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 03.

<sup>724</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). *Sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 123.

preservar o mais alto grau de legalidade, mas, sim, aquela de remodelar as relações sociais segundo uma concepção determinada de bem”<sup>725</sup>.

Uma série de fatores históricos e também filosóficos contribuíram para a necessária mudança desse status do direito na contemporaneidade, desde “os massacres de seres humanos na segunda grande guerra” até a “derrocada da pretensão de concretude dos códigos”<sup>726</sup>. Nesse contexto, os princípios exsurgem como o oxigênio dessas constituições<sup>727</sup>, e a Constituição de 1988 representou portanto a fundação de uma comunidade política de princípios com conteúdos de moralidade, de modo que o espaço do qual se constitui o discurso jurídico passa a ser permeado pela moral pública<sup>728</sup>.

Desse modo, há agora uma aspiração por legitimação substancial do direito, já não bastando a legitimação procedimental<sup>729</sup>, daí que o desafio do jurista em nosso tempo é buscar o equilíbrio entre forma e conteúdo<sup>730</sup>, validade e facticidade, afinal, para Habermas, “subsiste entre direito e moral uma relação que é mais de complementariedade do que de subordinação”<sup>731</sup>, com o que se estabelece uma relação cooriginária entre direito e moral. Trata-se, com efeito, da luta pela efetividade – eis o grande desafio dos juristas do nosso tempo -, encampada pelo novo constitucionalismo: “o drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas”<sup>732</sup>.

Assim, as mudanças proporcionadas pelo Estado Democrático de Direito no plano jurídico reforçam a necessidade de uma compreensão hermenêutica da esfera do direito, face à natureza das transformações, quais sejam, textos constitucionais principiológicos, a determinação de transformações na sociedade pelo direito e as crescentes demandas direcionadas ao Poder Judiciário para concretização de direitos<sup>733</sup>; e para desincumbir-se desse

<sup>725</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 92.

<sup>726</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 129.

<sup>727</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 288.

<sup>728</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 18.

<sup>729</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 106.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>731</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 289.

<sup>732</sup> BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 232.

<sup>733</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 54.

mister hermenêutico, a linguagem, na forma em que se apresenta a partir do segundo linguistic turn, surge como condição de possibilidade da compreensão<sup>734</sup>.

E, se democracia não se coaduna com discricionariedades<sup>735</sup>, a complementariedade que deve haver entre o fenômeno político e o fenômeno jurídico no constitucionalismo contemporâneo reclama a necessidade de controles, inclusive - e principalmente - da atividade jurisdicional, por meio da contenção da subjetividade<sup>736</sup>, na medida em que “o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas”<sup>737</sup>.

E a hermenêutica – que, do ponto de vista estrito, na forma que a conhecemos hoje, é um produto da modernidade, ou seja, nasce com o sujeito<sup>738</sup> - será a via pela qual, a partir do desenvolvimento filosófico que Gadamer lhe confere, possibilitará o rompimento no direito com os dualismos positivistas sobre a interpretação e a aplicação da norma jurídica, em função da pré-compreensão que sempre condiciona o intérprete<sup>739</sup>; desse modo, do ponto de vista da hermenêutica filosófica, o direito importa também porque a norma será o locus de efetivação dos direitos no novo paradigma constitucional<sup>740</sup>; a compreensão hermenêutica do direito faz-se, assim, necessária.

Fala-se, aqui, de uma hermenêutica jurídica pós-metafísica, porquanto superadora dos juízos subsuntivistas e dedutivistas, ou seja, de rompimento com a ideia de método, esteio dos pensamentos exegético-positivistas, enquanto “portos seguros para a atribuição dos sentidos”<sup>741</sup>, daí a relevância da compreensão hermenêutico-filosófica do direito, na medida em que esta rompe com a filosofia do dever ser, idealista, que caracterizava a metafísica, para centrar-se numa “busca ontológica como base da filosofia. A palavra ontologia vem do grego *ontós*, ser, e a petição heideggeriana é pela filosofia do ser. Compreender o que é, o que existe, o ser, torna-se o fundamento da filosofia heideggeriana”<sup>742</sup>.

<sup>734</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 37-38.

<sup>735</sup> Idem, 2019a, p. 42.

<sup>736</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio./ago. 2016, p. 696-697.

<sup>737</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 159.

<sup>738</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>739</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 389-390.

<sup>740</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 281.

<sup>741</sup> Idem, 2007, p. 34-35.

<sup>742</sup> MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 333.

A contribuição da hermenêutica filosófica então é paradigmática, pois que, após o seu surgimento, a hermenêutica jurídica deixa de ser questão de método e passa a ser filosofia<sup>743</sup>. Ademais, o enfoque hermenêutico estará presente na teoria de Dworkin - e vale esse destaque na medida em que, conforme já explicitado ao longo da pesquisa, a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck sustenta-se na relação entre hermenêutica filosófica gadameriana e a teoria do direito como integridade -, no aspecto da valorização da história institucional no momento da aplicação do direito, de modo a realizar uma interpretação construtiva da história jurídica, a fim de colhê-la, na prática, em sua melhor luz<sup>744</sup>, daí, portanto, que a teoria de Dworkin, ao enfatizar o caráter interpretativo do direito, ou seja, hermenêutico, bem como a tese da integridade, aproximar-se-ia da hermenêutica filosófica gadameriana<sup>745</sup> - cuja síntese será apresentada por Streck.

Se o intérprete deve “ter compromisso com a efetividade da Constituição”, compreendida, assim, no novo paradigma constitucional democrático, como “a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”<sup>746</sup>, tal compromisso ou, diríamos, o grau de democracia de um ordenamento, há de ser medido pela efetividade de suas garantias normativamente previstas no ordenamento<sup>747</sup>. O entendimento das garantias passa, portanto, por sua imersão no âmbito compreensivo hermenêutico-filosófico para fins de desnudar o sentido histórico-institucional de tais instrumentos normativos a serem efetivados no Constitucionalismo Contemporâneo. As garantias e a hermenêutica (filosófica) são, com efeito, caminhos comuns, complementares e necessários para a trilha do cumprimento dos compromissos dirigentes da Constituição de 1988 no Brasil. E isso não foi compreendido pela doutrina e pela jurisprudência de *terrae brasilis*.

Nesta quadra do tempo, na era das Constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como

<sup>743</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 35.

<sup>744</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 421-423.

<sup>745</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 51.

<sup>746</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, jul./set. 2003, p. 54.

<sup>747</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Moraes (org.). *Sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 41-42.

uma teoria ornamental do direito, que sirva tão-somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos.<sup>748</sup>

Toda a discussão que envolva democracia, jurisdição constitucional, direitos fundamentais e, também, direito penal, processo penal e criminologia – assuntos discutidos ao longo dos capítulos dessa pesquisa - não pode dispensar o garantismo jurídico<sup>749</sup> enquanto teoria do direito – e, também, do direito penal – cujo respeito as garantias conforma o conceito normativo de democracia<sup>750</sup>, conforme já foi exposto no primeiro capítulo, nos termos da construção teórica do jurista italiano Luigi Ferrajoli. Daí que se diz que o sistema acusatório – esteio da ideia de processo penal democrático – é a porta de entrada da democracia, “enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado”<sup>751</sup>; o garantismo trata-se, assim, de uma teoria da democracia concebida como sistema de regras e garantias impostas aos poderes<sup>752</sup> - daí seu significado etimológico, desapegado de toda a teoria política, advindo do alemão, ser “*Sicherstellung*, ou seja, de uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade”<sup>753</sup> -, sendo por isso mesmo compreendido como a outra face do Constitucionalismo Contemporâneo e o fundamento da democracia constitucional<sup>754</sup>.

Sendo a matriz teórica de onde origina-se o garantismo de Ferrajoli a filosofia analítica<sup>755</sup>, fala-se de uma compreensão garantista do constitucionalismo como espécie de positivismo rígido<sup>756</sup> ou positivismo crítico<sup>757</sup>, no entanto, embora positivista e, portanto, filiado à matriz teórica analítica, Ferrajoli rompe com o positivismo normativista ao não admitir

<sup>748</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 36-37.

<sup>749</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de; *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

<sup>750</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 14.

<sup>751</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>752</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Moraes (org.). *Sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 25.

<sup>753</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 525.

<sup>754</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>755</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 274.

<sup>756</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, jan./jun. 2014, p. 78.

<sup>757</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 110-111.

– e isso é relevante para a discussão hermenêutica aqui empreendida – que o juiz possa criar o direito de forma discricionária<sup>758</sup>.

Por isso que, embora superar o positivismo implique necessariamente o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial<sup>759</sup> – e esse é o desafio das teorias pós-positivistas que empreendem a discussão do Constitucionalismo Contemporâneo, o qual se configura como um constitucionalismo de princípios, o que contraria o modelo essencialmente composto por regras do positivismo<sup>760</sup> –, o garantismo, mesmo contrariando as posturas neoconstitucionalistas que advogam uma pretensa superação do positivismo<sup>761</sup>, oferece elementos importantes para concretização de direitos fundamentais sem, contudo, comprometer a democracia<sup>762</sup>, ao contrário da abordagem neoconstitucionalista que, de forma diametralmente oposta, propugna uma abordagem interventiva e criativa da jurisdição constitucional, principalmente valendo-se da ponderação e das teorias da argumentação<sup>763</sup> – razão pela qual, vale a lembrança, Streck também se afasta dessa abordagem “voluntarista” e prefere chamar o constitucionalismo exurgente do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo<sup>764</sup>.

É correto afirmar então que o garantismo de Ferrajoli pretende aperfeiçoar o positivismo a partir da normatização dos direitos fundamentais, conferindo-lhes status de norma com caráter vinculante e, logo, obrigações de dever ser internas ao direito<sup>765</sup> – e tudo isso fazendo a ressalva que, para nossa pesquisa, conforme indicado no primeiro capítulo, compreende-se as garantias sob uma fenomenologia principiológica advinda da hermenêutica filosófica que empreende a discussão acerca dos princípios enquanto elementos de resgate do mundo prático, distante, portanto, de toda abordagem positivista.

<sup>758</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 89.

<sup>759</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 228.

<sup>760</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 26.

<sup>761</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, jan./jun. 2014, p. 80.

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>763</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>764</sup> STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neconstitucionalismo”. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 13 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,repercuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%A2ncia%20defensiva>. Acesso em: 15 fev. 2021.

<sup>765</sup> *Idem*, 2011, p. 19.

Portanto, o léxico político consagrou a acepção de garantia ou garantismo como tutela de direitos individuais e coletivos, sendo depois refinado pela gramática jurídica para referir-se aos instrumentos de defesa e asseguramento dos direitos fundamentais<sup>766</sup>, mas fato é que a ideia de contenção e limitação do poder político, ínsita ao garantismo desde o princípio, é condição de possibilidade para o desenvolvimento do constitucionalismo democrático<sup>767</sup>.

O salto qualitativo do garantismo em relação ao direito constitucional contemporâneo deve-se à incorporação do ponto de vista externo no interior do direito<sup>768</sup>, o qual permanecia fora do direito – crítica externa - no positivismo hegemônico no campo jurídico desde o século XIX até o momento, ou seja, a abordagem garantista se apresenta como uma crítica interna ao direito positivo vigente, já que passa a se preocupar com a validade e eficácia<sup>769</sup>.

No sistema garantista contemporâneo, o ordenamento jurídico incorpora internamente um dever ser jurídico na forma de garantias jurídicas, cuja relação que se estabelece, isso é, entre garantias jurídicas e ordenamento jurídico tem o ponto fulcral na validade das leis, o que quer dizer, por conseguinte, que nem o vigor – existência jurídica da lei -, nem os critérios de justiça – externos ao direito – são capazes de vincular o dever ser do direito às garantias jurídicas, pois somente com o juízo de validade da lei é que se torna possível alcançar os imperativos do Estado de Direito, seus limites em relação ao exercício do poder, que são o reflexo do juízo de valor sobre o conteúdo das normas jurídicas por outras normas de nível mais elevado e internas ao ordenamento<sup>770</sup>.

As garantias normativas que conformam o modelo de Estado constitucional democrático de direito apontam para a necessidade de uma metódica constitucional que possa dar conta e efetivar tais garantias<sup>771</sup>, ou seja, torna-se relevante entender como os novos instrumentos de compreensão do fenômeno jurídico – visto que os antigos não servem mais à equacionalização das novas funções atribuídas à esfera jurídica - agem desde uma perspectiva garantista<sup>772</sup>; nesse contexto, aparece a relevância da problematização do Poder Judiciário como instância garantidora de direitos fundamentais, na medida em que há mesmo uma transferência de poder político da atividade legislativa para a judiciária nesta quadra da (nova) história constitucional,

<sup>766</sup> CADEMARTORI, Sergio Paulo. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 1997. 285f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997, p. 124.

<sup>767</sup> LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder*. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 177.

<sup>768</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). *Sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 38.

<sup>769</sup> CADEMARTORI, Sergio Paulo. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>770</sup> COPETTI NETO, Alfredo. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>771</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 23.

<sup>772</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

projetando para o centro do debate contemporâneo e das correspondentes tensões entre democracia e direito a questão afeta ao ativismo judicial<sup>773</sup>, discussão, aliás, tão cara ao garantismo, já que essa teoria preocupa-se com a democracia e, portanto, com a legitimidade: “a abordagem garantista impõe reconhecer, sob o plano seja da teoria do direito seja da filosofia política, que o poder judiciário sofre de uma margem irreduzível de ilegitimidade política [...]”<sup>774</sup>. Por isso que o garantismo se coloca como opositor tanto ao autoritarismo da política quanto ao ativismo judicial, posto que “ambas são práticas incompatíveis com a noção de democracia constitucional”<sup>775</sup>.

Se há, então, uma forte dependência do Poder Judiciário em relação à efetivação das garantias no novo paradigma, o problema da discricionariedade judicial – corolária da insistente filiação tardia de boa parte de nossa doutrina e jurisprudência a paradigmas filosóficos ultrapassados -, principalmente na seara das garantias penais e processuais penais, mostra-se de elevada gravidade jurídico-política; nesse esteio, a discricionariedade no âmbito da persecução penal relaciona-se à incompreensão (hermenêutica) das normas constitucionais penais e processuais penais, que acabam então deturpadas em vista de finalidades políticas, reclamadas do Poder Judiciário a partir de um ideal eficientista que se projeta sobre ele, mormente no contexto da sociedade de risco contemporânea<sup>776</sup>.

A flexibilização de garantias, com efeito, que está quase sempre associada à discricionariedade judicial no âmbito penal, afeta a própria razão de ser de sua constituição<sup>777</sup>, de modo que a discricionariedade no âmbito penal pode conduzir a “arbítrios muito nocivos às pessoas”<sup>778</sup>, estando conectada - na medida em que flexibiliza garantias que são constituídas para não serem flexibilizadas, mas, sim, cumpridas - com a ideia de “artifícios engendrados para fazer prevalecer o jus puniendi sobre as liberdades asseguradas”<sup>779</sup>, de modo que todos

<sup>773</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 126-127.

<sup>774</sup> FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 278.

<sup>775</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 79.

<sup>776</sup> MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 151, jan. 2019, p. 195.

<sup>777</sup> RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 136, out. 2017, p. 55.

<sup>778</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 44, jun. 2018, p. 339.

<sup>779</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. Legitimação do direito penal por princípios reconhecidos e inseridos nas constituições dos estados democráticos de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 20, n. 40, jul./dez. 2017, p. 86.

esses elementos autorizam afirmar que as garantias no Brasil – cujo constitucionalismo, enquanto pressuposto jurídico-constitucional do próprio garantismo enquanto teoria do Estado e da Constituição, desenvolveu-se historicamente de forma tímida, já que representou “na maioria dos casos, a história do poder político arbitrário se sobrepondo ao direito”<sup>780</sup> - são banalizadas, mesmo quando o resultado se mostra favorável ao réu – parâmetro, aliás, que, convém lembrar, desde uma perspectiva hermenêutica de vedação do excesso e de proteção deficiente, não é a mais adequada para compreensão das garantias penais e processuais penais<sup>781</sup> -, o que denuncia o déficit de compreensão:

Muitas decisões ditas garantistas pelo simples fato de chegarem a um resultado favorável ao hipossuficiente da relação penal (investigado/ acusado/apenado), na verdade, não o são. Carregam esse rótulo em virtude, infelizmente, da banalização do termo no Brasil, pela falta de uma séria (e necessária) compreensão da extensa (e necessária) obra de Luigi Ferrajoli. Há decisões que invocam outros argumentos, outro tipo de fundamentação e, apesar de chegarem ao mesmo ponto final, o caminho percorrido foi outro.<sup>782</sup>

A democratização do Poder Judiciário – que deve acompanhar, assim, a democratização do próprio direito no paradigma do Estado Democrático de Direito - passa por uma requalificação social da ideia de acesso à justiça, abandonando, desta feita, a hipócrita perspectiva liberal<sup>783</sup> que, contentando-se, por exemplo, com a mera disponibilização formal dos instrumentos de acesso à justiça, acreditava estar dando concretude a tal garantia, o que pode ser relacionado com a problematização acerca da súmula nº 716 do STF enquanto meio de congelamento dos sentidos (garantistas) do direito à razoável duração do processo – tanto a perspectiva liberal, para usar a crítica de Nilo Batista, quanto a garantia reduzida na súmula conformam perspectivas incompletas de garantia do direito. Daí a necessidade da convocação da hermenêutica para o desvelamento desse estado de coisas ilegítimo no âmbito da prática jurídica cotidiana dos tribunais no que se refere particularmente às garantias penais e processuais penais; o sistema penal, construído teoricamente enquanto garantidor de uma ordem social justa, é, na verdade, contradito pela realidade, daí que “o sistema penal a ser

<sup>780</sup> LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 171.

<sup>781</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 27.

<sup>782</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de; *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 184.

<sup>783</sup> BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 77-78.

conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas que o delineiam”<sup>784</sup>.

Toda essa problemática de incompreensão crônica e, logo, ilegitimidade do sistema penal garantista denota, em verdade, a crise do ensino jurídico em *terrae brasilis* que, por sua vez, tem por base os contornos paradigmáticos da concepção dogmática de direito – com sua face dissimuladora da realidade –, a partir da qual se estrutura os currículos universitários que formam (mal) os juristas<sup>785</sup>. Esse caldo de cultura que envolve sistema penal dogmaticamente compreendido e uma jurisprudência discricionária flexibilizadora de garantias conforma uma espécie de síndrome aprisionadora de sentidos de cuja superação depende a concretização do projeto constitucional brasileiro:

A fragmentação teórico-jurisprudencial acaba representando, paradoxalmente, um avanço e um retrocesso. De um lado, a confiança depositada na jurisdição para a efetivação das garantias provocou um crescimento do protagonismo judicial. De outro, pela ausência de uma cultura preocupada com a coerência e a integridade do sistema jurídico (e das decisões, problemática que reclama uma Teoria da decisão), tem-se uma fragilização da aplicação das garantias processuais-penais<sup>786</sup>.

Na linha do que se vem dizendo ao longo dessa pesquisa, é preciso deixar claro que a inefetividade da Constituição, que assume ares de dramaticidade em países de modernidade tardia e que tem como corolário a incompreensão das garantias aqui problematizada, está assentada no positivismo jurídico e no dogmatismo que tomaram conta da doutrina e da jurisprudência<sup>787</sup>, o que gera uma espécie de “teto hermenêutico” que limita o sentido da Constituição<sup>788</sup>.

Ademais, por conta dessa baixa compreensão, em que o positivismo resiste ao Constitucionalismo Contemporâneo, o direito é transformado em mera racionalidade instrumental, subtraindo seu potencial transformador da realidade<sup>789</sup>. Com efeito, o modelo juspositivista que ainda sobrevive em nossa realidade foi forjado na Modernidade para regular e oferecer respostas a problemas individuais, patrimonialistas e antropocêntricos – conforme foi afirmado no primeiro capítulo – sendo, todavia, inadequado na contemporaneidade face às

<sup>784</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

<sup>785</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 13.

<sup>786</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 138.

<sup>787</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 45.

<sup>788</sup> Idem, 2014d, p. 291-292.

<sup>789</sup> Ibidem, p. 292.

complexidades próprias das questões jurídicas atuais, que apresentam uma perspectiva transindividual<sup>790</sup>, para dizer o mínimo.

A sociedade passa a demandar, então, com o advento do novo constitucionalismo, a compatibilização entre a segurança jurídica como aspecto forte do positivismo e também, agora, a justiça enquanto aspecto marcante do pós-positivismo<sup>791</sup>, isso porque, no novo paradigma constitucional contemporâneo, reclama-se uma aproximação entre direito e justiça, afastada no positivismo, rejeitando uma abordagem meramente descritiva, incapaz de realizar as exigências internas de justiça substancial<sup>792</sup>.

Desse modo, a partir do Constitucionalismo Contemporâneo, o mundo prático passou a importar para os juristas, de modo que o Direito deixa então de ser (compreendido como) uma mera racionalidade instrumental para acolher preocupações morais, políticas e econômicas que estavam afastadas no positivismo<sup>793</sup>. A Constituição do Estado Democrático de Direito então vai além do controle de maiorias para estabelecer a transformação da sociedade pelo direito, incorporando as promessas incumpridas da modernidade<sup>794</sup>.

Assim, o apogeu da era principiológica, marca do pós-positivismo, rompe com a metodologia fechada positivista, fazendo-se necessário o desenvolvimento de novas formas de compreensão e operacionalização do sistema jurídico, necessariamente pós-positivistas ou antipositivistas; em Dworkin, que enxerga o direito como atividade interpretativa com vistas à realização da justiça, há, antes do sistema de regras, um sistema de justiça ao qual o direito deve obrigação de coerência e integridade; assim, o conceito de direito a ser firmado na prática passa a ser dependente de uma determinada concepção de direito e de justiça, o que vai ao encontro de uma perspectiva de superação do positivismo<sup>795</sup> e, logo, configura uma alternativa de análise dos problemas contemporâneos de ineficácia; daí falar-se da “reviravolta antipositivista de Dworkin”<sup>796</sup>.

---

<sup>790</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do Direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, jan./jun. 2014, p. 71.

<sup>791</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 129.

<sup>792</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 86.

<sup>793</sup> STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, jan./jun. 2011, p. 14.

<sup>794</sup> Idem, 2020b, p. 58.

<sup>795</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 421.

<sup>796</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 265.

Se o positivismo tem de ser superado – e o tem –, compreende-se a relevância que assume nesta quadra da história a teoria de Dworkin, eis que foi o responsável por teorizar acerca dos princípios jurídicos, dotando-os de densidade jurídico-normativa própria, ou seja, como espécie de normas, ao lado das regras<sup>797</sup> - e lembrando que, conforme já se disse alhures, os princípios resgatam e reintroduzem o mundo prático no direito, elemento primordial para a hermenêutica jurídica.

O positivismo kelseniano, com sua pretensão descritiva do ordenamento normativo, reforçou a ideia de dogmática jurídica, que é eminentemente acrítica (segundo Warat) – e, diríamos nós, reprodutiva de conceitos –, o que repercute no afastamento do Direito da Filosofia<sup>798</sup>, ou seja, labora no sentido inverso da hermenêutica jurídica de base filosófica, produtora de sentidos. E, como consequência disso, a hermenêutica jurídica, sendo (mal) compreendida nesses contornos, passa a ser associada no imaginário dos juristas como mero saber operacional: “domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na ideia de que ‘o processo/procedimento interpretativo’ possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o sentido que mais lhe convém, o ‘o real sentido da regra jurídica etc.’”<sup>799</sup>.

A partir disso, elementos hermenêuticos que blindam o tanto quanto possível o direito da discricionariedade – desejado pela posição elevada ocupada pelo jurídico (plus normativo) no novo paradigma –, tais como a impossibilidade de cisões na interpretação, típicas da cotidianidade do direito<sup>800</sup>, bem como a diferença ontológica entre texto e sentido do texto como pressuposto de superação da hermenêutica clássica<sup>801</sup>, deixam de penetrar a consciência dos juristas.

Ora, a partir dos teoremas fundamentais heideggerianos – círculo hermenêutico e diferença ontológica – a hermenêutica jurídica crítica é capaz de superar os dualismos metafísicos e a ideia de método que conduziria a compreensão, bem como o senso comum teórico de que o texto carrega o sentido da norma<sup>802</sup>; com efeito, a compreensão, em Heidegger,

---

<sup>797</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 118-119.

<sup>798</sup> TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 142-143.

<sup>799</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 162.

<sup>800</sup> Idem, 2007, p. 31.

<sup>801</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>802</sup> Ibidem, p. 31-32.

significa um existencial, um situar-se, “entender teoricamente de um contexto significa, pois, realmente: estar em condições de enfrentá-lo, levá-lo a cabo, poder começar algo com ele.”<sup>803</sup>

Por isso que o direito, a partir de Heidegger, não se resume à técnica estatal, visto que sua existência não está na lei, mas se manifesta numa hermenêutica situacional<sup>804</sup>, trata-se de uma percepção existencial do direito, e não normativa, como seria típico da filosofia analítica; a partir de Heidegger, o intérprete passa a refletir sobre a sua própria situação no mundo, sua inserção desde-já sempre numa mundialidade<sup>805</sup>.

Então, com a filosofia hermenêutica, nota-se, no direito, a problemática das “conceitualizações” elaboradas pelas teorias da interpretação, que “se transformam em “significantes-primordiais-fundantes” ou “universais jurídicos”, “acopláveis” a um determinado “caso jurídico”, do que são exemplos as súmulas vinculantes<sup>806</sup>; a hermenêutica existencial de Heidegger, por outro lado, rompe com a concepção teleológica de interpretação e aplicação, em que uma serviria instrumentalmente à outra<sup>807</sup>; em sentido oposto, ou seja, rejeitando a dicotomia metafísica, “o mais importante caminho para descobrir o ser é, em Heidegger, a compreensão existencial. Trata-se de uma forma de avanço da superação da dicotomia sujeito-objeto.”<sup>808</sup>

Não obstante a viragem ontológico-linguística superar os paradigmas metafísico objetivista e subjetivista, tais paradigmas, como se viu, sustentam ilegitimamente até hoje a hermenêutica jurídica<sup>809</sup>, estando presentes na cotidianidade do direito e da doutrina de formas pronunciadas.

O estado de natureza hermenêutico em que o paradigma subjetivista nos coloca e no qual ainda nos encontramos conforma uma espécie de guerra de todos contra todos, já que os intérpretes partem sempre de um grau zero de sentido<sup>810</sup>, vale dizer, não há uma tradição e uma unidade referente a orientar a interpretação de determinado texto ou ente, a qual é por isso inautêntica, já que estamos desde sempre inseridos no mundo e sob o efeito e condicionamentos da história, não havendo que se falar, portanto, de grau zero de sentido.

---

<sup>803</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 1999, p. 160-161.

<sup>804</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 329.

<sup>805</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28.

<sup>806</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 33-34.

<sup>807</sup> GRONDIN, Jean. Op. cit., p. 164.

<sup>808</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Op. cit., p. 335.

<sup>809</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 159.

<sup>810</sup> Idem, 2007, p. 40-41.

A necessidade de uma reflexão crítica sobre a aplicação do direito pressupõe então a convocação da hermenêutica e, logo, a problematização do esquema sujeito-objeto e dos dualismos próprios dos paradigmas metafísicos objetivistas e subjetivistas<sup>811</sup>, o que, “em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências. Sérias. E não pode ser ignorado pelos juristas preocupados com a democracia.”<sup>812</sup>

Assim que a Crítica Hermenêutica do Direito, pretendendo dar conta de tais barreiras à efetivação da Constituição, terá como referencial a concepção filosófica como adequado meio de compreensão (hermenêutica) e crítica dos problemas do direito<sup>813</sup>; posto que não é possível estabelecer uma solução pronta e acabada para a interpretação antes da análise do caso concreto<sup>814</sup>, sob pena de retroagirmos no pensamento filosófico e negarmos os avanços da viragem ontológico-linguística, o que tem grande relevância para a discussão acerca das súmulas e standards do mesmo gênero: “a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos etc.) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes protolexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois escondem a singularidade dos ‘casos concretos’”<sup>815</sup>. É dizer:

Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar em efetividade da Constituição, naquilo que tem sido entendido como o necessário resgate das promessas (incumpridas) da modernidade<sup>816</sup>.

Ocorre que a dogmática brasileira não conseguiu superar ainda os dualismos que nos introduziram na modernidade<sup>817</sup>, e não por outro motivo a própria ciência dogmática do direito constrói-se sob um esquema binário, tal qual a metodologia positivista<sup>818</sup>. Pode-se dizer, assim, que “a noção de uma resistência do Direito à Filosofia deve ser entendida no contexto da ideia positivista de autonomia jurídica como autossuficiência. Isso significa que, a partir de uma

---

<sup>811</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 42.

<sup>812</sup> Idem, 2010a, p. 62.

<sup>813</sup> TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 147.

<sup>814</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio./ago. 2016, p. 700.

<sup>815</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., 2007, p. 44.

<sup>816</sup> Idem, 2014d, p. 291.

<sup>817</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>818</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 56.

concepção enclausurada do conhecimento jurídico, o Direito se constitui fechado nele mesmo”<sup>819</sup>, ou seja, infenso a qualquer influência externa; e filosofia no direito significa pensar as relações entre Filosofia e Direito a partir dos paradigmas filosóficos, que então passariam a atuar como vetores de racionalidade para a compreensão do fenômeno jurídico<sup>820</sup>, penetrando nas estruturas do direito para revelar suas camadas de incompreensões, já que “é na recuperação do diálogo entre Direito e Filosofia que se pode encontrar uma abertura para o posicionamento crítico, aquele que indaga pela legitimidade dos institutos e instituições jurídicas”<sup>821</sup>.

A indústria cultural brasileira (jurídica), forjada num modo de produção centrado nos manuais, é retroalimentada pelas faculdades de direito, cursinhos e pela própria operacionalidade (inautêntica) do sistema jurídico<sup>822</sup>, por isso que “não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (teimosa-mente) a essa viragem hermenêutico-ontológica”<sup>823</sup>.

Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem hermenêutico-linguística, permanecendo presos a uma compreensão de linguagem como meio, ao passo que ela assume, agora, a característica de condição de possibilidade da compreensão, a qual, por sua vez, passa a ser um modo de ser e não um procedimento<sup>824</sup>; e esse processo leva a uma imbricação, pela doutrina, entre paradigmas metafísicos clássico e moderno, promovendo mixagens teóricas que, ao fim e ao cabo, redundarão em arbitrariedades e decisionismos<sup>825</sup>.

Esse processo, projetado por sobre a dogmática, produz pretensões de absolutização dos conceitos (fechados) típicos dessa forma de apresentar e pensar o direito, impondo-se, então, a crítica, no sentido de que a dogmática (penal), embora consagrada na prática jurídica como um dos mais importantes métodos de compreensão e apreensão do fenômeno jurídico, não é a “guardiã solitária das chaves epistemológicas do reino”<sup>826</sup>, ou seja, “o saber jurídico é mais amplo que um estrito saber dogmático”<sup>827</sup>.

---

<sup>819</sup> TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 146.

<sup>820</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 43.

<sup>821</sup> TASSINARI, Clarissa. Op. cit., p. 159.

<sup>822</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 295.

<sup>823</sup> Idem, 2010a, p. 166.

<sup>824</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>825</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>826</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 117.

<sup>827</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 57.

Warat já apontava para o caráter retórico-ideológico das certezas transmitidas pela dogmática<sup>828</sup>, aduzindo que “a dogmática jurídica se apresenta como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal”<sup>829</sup>. Pode-se falar, também, de uma função mítico-ideológica da dogmática jurídica<sup>830</sup>, que encobre as contradições da realidade social sob as vestes formais de um direito completo e sistematicamente coerente, daí a idealização dogmática do direito como um sistema fechado, como se fosse um todo coerente, crença que é difundida por sua metodologia (positivista)<sup>831</sup>.

A dogmática apresenta-se, então, como fruto de uma decisão parcial sobre o objeto de estudo, que elimina da análise uma ampla dimensão do fenômeno jurídico e essa ideia se perfez no princípio da proibição da negação, ou seja, os conceitos dogmáticos partem sempre de um a priori dado e inquestionável – eis a sobra de realidade que escapa da dogmática - o que desvela o caráter (sempre) parcial dessa perspectiva<sup>832</sup>.

É certo que a dogmática pouco mudou desde as críticas de Warat e, pior, pode-se dizer mesmo que retrocedeu, na medida em que a cultura estandardizada tomou conta do seu imaginário de forma avassaladora – e num crescendo -, transformando-a em caudatária das decisões tribunalísticas: “ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco. Cada ementário constitui um resto de sentido. Migalhas (des)significativas, coagulações de sentidos que, perigosamente, colocam em constante risco a sobrevivência do direito”<sup>833</sup>. A partir de uma formação de juristas orientada apenas à técnica profissional<sup>834</sup>, sem preocupações humanísticas e filosóficas de maior envergadura, há o desenvolvimento de uma “hermenêutica da acomodação” que toma conta dos juristas, os quais renunciam ao prazer de pensar<sup>835</sup>.

Assim, há a criação de um campo simbólico ideológico no direito a partir dos conceitos e das pretensões dogmáticas que “têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre nossa experiência sócio-política”<sup>836</sup>, por isso a dogmática está numa constante busca pelo “sentido

---

<sup>828</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 09.

<sup>829</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 16.

<sup>830</sup> BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 121.

<sup>831</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 56.

<sup>832</sup> Ibidem, p. 25-26.

<sup>833</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 10.

<sup>834</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 26.

<sup>835</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 10.

<sup>836</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 59.

correto”, um sentido em si da coisa ou um sentido construído subjetivamente<sup>837</sup> - busca que, como sabemos, restou superada no campo da filosofia (da linguagem) desde as viragens linguísticas da primeira metade do século XX. Quer dizer, estamos há quase cem anos de atraso filosófico. E isso é coisa séria.

Nesse contexto, o discurso dogmático – que promove o corte da realidade e, com isso, limita o conhecimento jurídico<sup>838</sup>, o que explica também que a nossa crise de compreensão seja uma crise de horizontes - atribui à lei uma significação plenipotenciária<sup>839</sup>, portanto, a dogmática se articula a partir de uma sistematização conceitual rígida<sup>840</sup>, realizada por etapas<sup>841</sup> – note-se o reflexo de uma filosofia analítica que busca realizar o processo de conhecimento por partes -, sustentado numa dupla abstração, ou seja, tanto as regras quanto as normas contêm elevados graus de abstração, que é reforçada pelo jurista que elabora na dogmática regras sobre as regras de interpretação das normas, o que tem como resultado inevitável o distanciamento da realidade social<sup>842</sup>.

Pode-se dizer, assim, que há uma negação do processo de produção de sentido pela dogmática<sup>843</sup> – lembremos que a hermenêutica filosófica revela que o processo de interpretação é sempre produtivo -, ou seja, há uma função desempenhada pela dogmática jurídica – que Tércio Ferraz denomina nessa função particular da dogmática como “hermenêutica jurídica”, que quer dizer a possibilidade de controlar a incidência do direito sobre a realidade – consistente na domesticação dos sentidos da norma<sup>844</sup>, ora, a súmula de jurisprudência uniforme dos tribunais, objeto da crítica desta pesquisa, assim como quaisquer enunciados assertóricos dotados de sentidos-em-si nada mais fazem do que domesticar o sentido autêntico dos textos - colhidos não fusão de horizontes a partir da história institucional dos entes -, para fins de neutralização de conflitos sociais.

Sendo mais específico, se o direito fundamental à razoável duração do processo implica em instituir mecanismos – inclusive punitivos – para garantir que o processo judicial tramite em tempo justo, razoável, a súmula nº 716, ao interditar esse debate a partir de soluções pragmáticas que não garantem esse tempo justo, realiza uma função de domesticação que

---

<sup>837</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 11.

<sup>838</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 60.

<sup>839</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 12.

<sup>840</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

<sup>841</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>842</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., p. 26-27.

<sup>843</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 12.

<sup>844</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Op. cit., 272-273.

promove contenção social; por isso que o conhecimento dogmático dos juristas não trabalha com certezas, mas, sim, incertezas<sup>845</sup>, as quais são inevitáveis: parcialidades, restos de sentido.

O ensino jurídico, por sua vez, está tomado por uma cultura estandardizada<sup>846</sup>, cultura manualesca que marca a disseminação da dogmática jurídica de baixa densidade intelectual, fruto também do senso comum teórico, e que (somente) reproduz sentidos e, desse modo, permanece presa numa visão obnubilada do fenômeno jurídico<sup>847</sup>.

Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista, ambos consubstanciando as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico. Veja-se, para tanto, as Súmulas Vinculantes, que são textos com pretensões de abarcar todas as hipóteses de aplicação...! Isso também pode ser verificado no instituto da Repercussão Geral e no crescente uso de ementas “jurisprudenciais”.<sup>848</sup>

Assim, o senso comum teórico – que “é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito”<sup>849</sup> - é o que sustenta o pensamento médio de nossos juristas, e nele “ocorre a ficcionalização do mundo jurídico-social. Esses dois séculos foram forjando esses processos de calcificação do raciocínio dos juristas”<sup>850</sup>; e o direito é o locus preferencial desse “mundo que não muda” e de uma certa cultura *prêt-à-porter*, o que também é parcialmente explicado pela liquidez pós-moderna que invade o direito e o move para uma perspectiva de “conceitos sem coisas”, frases sem contextos<sup>851</sup>, enfim, a perda da capacidade crítica da doutrinas e dos juristas<sup>852</sup>.

A doutrina, já foi dito, deve doutrinar e isso quer dizer que ela deve constranger epistemologicamente a jurisprudência<sup>853</sup>, o que significa “uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a ‘doutrina deve voltar a doutrinar’ e não se colocar, simplesmente, na condição de

<sup>845</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 27.

<sup>846</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

<sup>847</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>848</sup> *Idem*, 2010a, p. 163.

<sup>849</sup> *Idem*, 2013a, p. 12.

<sup>850</sup> *Ibidem*, p. 33-34.

<sup>851</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>852</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>853</sup> *Ibidem*, p. 191.

caudatária das decisões tribunalícias”<sup>854</sup>; daí que a ciência do direito tem também – e isso é importante para os fins desta pesquisa - uma função garantista no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, já que denunciaria sistematicamente a violação de direitos; não por outra razão que, no garantismo, a ciência do direito há de assumir uma função de crítica interna do direito, ou seja, exercitar “constrangimento epistemológico”, “este é, afinal, o papel que o cientista do direito deve assumir, numa sociedade democrática, em defesa das garantias que caracterizam o Estado Democrático de Direito”<sup>855</sup>.

Tais fenômenos compressivos da capacidade crítica – e garantista – da doutrina estão ligados também a um realismo-ceticista, ou seja, o desinteresse pelo ensino e estudo de teorias jurídicas, relegando o (não)estudo do direito a comentários e resumos de julgados, enfraquecendo a doutrina e dando azo a um positivismo de cunho jurisprudencialista, que é a criação de direito pelos juízes, ao arrepio de qualquer baliza constitucional e/ou legal – por isso que o senso comum teórico “é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais”<sup>856</sup>. Trata-se, com efeito, de um “modo de decidir que leva em conta qualquer argumento de cunho subjetivista-pragmaticista”<sup>857</sup>.

Em resumo, temos uma baixa reflexão jurídica que produz um ensino jurídico standard ou um ensino deficitário que labora uma baixa reflexão teórica<sup>858</sup>, o que gera um círculo vicioso interligando ensino, concursos, prova da OAB, crescimento do Poder Judiciário e até mesmo o fator tempo<sup>859</sup> – não queremos mais buscar o conhecimento, mas, sim, que ele nos seja entregue em ementas e manuais, sem grande esforço.

O problema da (in)compreensão do Direito em *terrae brasilis* é complexo e envolve uma gama de fatores, “ensino jurídico, doutrina fragilizada, livros simplificados, manuais que reproduzem ementas de acórdãos”<sup>860</sup>, enfim, a crise de dupla face – crise do paradigma liberal-individualista-normativista e crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência que “retrata a incapacidade história da dogmática jurídica em lidar com os problemas decorrentes

---

<sup>854</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012, p. 07.

<sup>855</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 101.

<sup>856</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13.

<sup>857</sup> Idem, 2020b, p. 16.

<sup>858</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>859</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>860</sup> Ibidem, p. 29.

de uma sociedade díspar/ excludente como a brasileira”<sup>861</sup> – faz com que a teoria do direito e a dogmática jurídica permaneçam refratárias aos avanços do Estado Democrático de Direito<sup>862</sup>, ou seja, a prática cotidiana do senso comum teórico leva a que os juristas se mantenham filiados a um paradigma superado, no caso, o dogmático<sup>863</sup>.

Desvela-se, pois, a conexão entre senso comum teórico e a crise de incompreensão

Isto significa dizer que uma “baixa compreensão” acerca do sentido da Constituição — naquilo que ela significa no âmbito do Estado Democrático de Direito — inexoravelmente acarretará uma “baixa aplicação”, com *efetivo prejuízo para a concretização dos direitos fundamentais-sociais*. A “baixa compreensão” é fruto de um senso comum teórico que atravessa o imaginário dos juristas. Nele, os juristas operam como se o Direito fosse composto por dois mundos: o da perspectiva objetivista, em que lei e direito e texto e norma estaria “colados” e o da perspectiva subjetivista, em que o intérprete se assenhora dos sentidos da lei, “descolando” a norma do texto.<sup>864</sup> (grifos conforme o original)

O descolamento entre a racionalidade que se pratica na doutrina e na jurisprudência e aquela reivindicada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito é fruto então de uma incompreensão do horizonte autêntico representado pelo Constitucionalismo Contemporâneo, nesse sentido, pode-se comparar o estado do constitucionalismo com a mesma metáfora utilizada por Humberto Ávila para referir-se ao próprio neoconstitucionalismo enquanto pretensão (frustrada) de caracterizar o movimento do constitucionalismo advindo do segundo pós-guerra, com as ressalvas já feitas nesta pesquisa sobre a rejeição do referido termo: a aplicação do neoconstitucionalismo no Brasil, diz aquele autor, “está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização”<sup>865</sup>.

E é exatamente o que ocorre com as inovações do Constitucionalismo Contemporâneo, domesticadas pelo senso comum teórico e pelos raciocínios jurisprudenciais dogmático-positivistas. Nesse contexto, há de se destacar o papel simbólico desempenhado pelos juízes e tribunais no imaginário coletivo como fruto da consequente expansão do Poder Judiciário na fase do Constitucionalismo Contemporâneo<sup>866</sup>, como se todas as expectativas sociais de

<sup>861</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 116-117.

<sup>862</sup> Idem, 2013a, p. 24-25.

<sup>863</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>864</sup> Idem, 2014d, p. 283.

<sup>865</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, n. 17, jan./mar. 2009, p. 19.

<sup>866</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 36.

concretização de direitos fossem depositadas exclusivamente neste poder, maximizando o status e o poder político dos juízes, que passaram a assim considerar-se, ou seja, como dotados de um poder político criativo do direito, daí as teses voluntaristas, teorias da argumentação e o procedimento da ponderação de princípios. Não por acaso, ocorreu uma aproximação do sistema da common law no Brasil, fortalecendo a jurisprudência como fonte (predileta) do direito e os correspondentes fenômenos que denotam isso<sup>867</sup>, como a vinculação obrigatória de precedentes e as súmulas vinculantes, entre outras.

Desse modo, a ampliação do acesso à justiça, temática que é o pano de fundo da garantia da razoável duração do processo, é uma consequência do Constitucionalismo Contemporâneo, que tem como espécie de efeito colateral a judicialização da política<sup>868</sup>; o enunciado sumular, com efeito, expressão da potencialização da jurisprudência como fonte prioritária – única? – do direito em *terrae brasilis*, dependente de decisões tribunalísticas que conformam e informam o conteúdo a ser doutrinado - é a demonstração da postura anti-hermenêutica de dar a resposta antes da formulação das perguntas<sup>869</sup>: “um enunciado sumular – seja ele vinculante ou não – é um texto e, como qualquer texto, ele terá que ser compreendido e interpretado”<sup>870</sup>.

A súmula nº 716 do STF, ao pretender orientar a aplicação prévia da garantia da razoável duração do processo no âmbito da prisão provisória – discute a súmula a possibilidade de presos provisórios, ou seja, cuja sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado, virem a gozar dos benefícios da lei de execuções penais, como a progressão de regime, ainda no curso da prisão provisória, valendo destacar que uma sentença deste jaez, uma vez proferida, pode vir a ser reexaminada, com possibilidades de modificação de seu conteúdo, por um tribunal de 2ª instância e por dois tribunais superiores: STJ e STF –, não realiza a interpretação correta, logo, não chega à resposta constitucionalmente adequada.

Isso porque, na medida em que, pretendendo resolver o problema da prisão via estratégias intrassistemáticas – benefícios penais da lei de execução -, deixa descoberto o direito à razoável duração do processo que, na forma hermenêutico-filosófica em que deve ser compreendido/ interpretado/ aplicado, a partir da integridade do direito, não poderia jamais ser minimizado. Vale dizer, a súmula interdita a garantia. Veja-se o seu teor:

#### Súmula 716

<sup>867</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 158.

<sup>868</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 91.

<sup>869</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>870</sup> Ibidem., p. 127.

Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>871</sup>

Não há como, com efeito, retirar do texto algo que ele possuiria de forma imanente<sup>872</sup>; a tese da resposta correta advém da abertura permitida pela hermenêutica filosófica, abertura à facticidade, e de uma crítica hermenêutica do direito, a partir do exame de cada caso; hermenêutica é aplicação, não pode haver respostas a priori: “a *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico”<sup>873</sup>.

A súmula faz o raciocínio inverso: o sentido já está no texto, basta ao intérprete extraí-lo literalmente, e com isso achamos que estamos conferindo racionalidade ao sistema e o exemplo da súmula 716 é eloquente na demonstração de que, além de irracional – porque é mesmo irracional pretender apresentar uma resposta de aplicação do direito antes de ser examinado o caso concreto –, há uma notória hipostasiasão da garantia da razoável duração do processo, que é minimizada pela súmula – a pretexto de servir de baliza para sua aplicação/realização cotidiana.

E esse sistema de vinculação a enunciados assertóricos é uma resposta ao paradigma da subjetividade, que está na base das teses voluntaristas que apostam no protagonismo judicial, dada pelo próprio sistema que estimula a discricionariedade. “Primeiro, incentivamos atitudes ativistas-protagonistas; depois, quando tudo parece incontrolável, apelamos aos enunciados metafísico-sumulares...! A pergunta que fica é: quando é que os juristas se darão conta disso tudo?”<sup>874</sup>

Esse mesmo raciocínio aprisionador da realidade do direito pode ser demonstrado também por outros exemplos, o que, repita-se, atesta a hipótese desta pesquisa, ou seja, de que há uma crise de compreensão das garantias em *terrae brasilis*, cuja persistência leva à sistemática violação de seu conteúdo normativo básico, o que impede o (necessário) acontecer do Constitucionalismo Contemporâneo.

---

<sup>871</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 26 jun. 2022.

<sup>872</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 162.

<sup>873</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>874</sup> Ibidem, p. 167.

Cita-se, a esse propósito, a recusa dos tribunais – superiores inclusive – em compreender o art. 212 do Código de Processo Penal<sup>875</sup>, na sua nova redação, como tendo estabelecido um novo paradigma para a instrução probatória, embora os juízes digam o contrário, negando vigência – sem valer-se da jurisdição constitucional - à própria “moldura semântica” dos textos<sup>876</sup>; e também o exemplo do habeas corpus, que tem servido como atalho para resolver problemas sistêmicos, no caso, o da celeridade processual, sem que o problema de base seja discutido – o processo em tempo justo – e, com isso, distorcendo a própria dignidade constitucional do remédio constitucional<sup>877</sup>, em linha bastante próxima do que ocorre com o exemplo da súmula 716, ou seja, distorce-se os institutos da execução penal para resolver problemas intrassistemáticos, com desprezo, todavia, do problema de fundo (compreensão) que é a garantia do processo em tempo razoável.

Aliás, pode-se perceber inclusive a influência de “argumentos de política”, como diria Dworkin<sup>878</sup>, na construção da referida súmula, na medida em que o fenômeno da explosão da população carcerária no Brasil, cujo crescimento supera a capacidade de construção de novas unidades, o que se relaciona com a manutenção das pessoas presas em condições sub-humanas<sup>879</sup>, é uma realidade flamejante no contexto brasileiro e é inequívoco que a súmula oferece uma possibilidade de minimização do problema – o que está correta na solução, ou seja, a prisão provisória não pode substituir a prisão definitiva e defender o contrário é antigarantista e inconstitucional, mas o que se discute aqui, não se engane o leitor, é a necessidade de coerência na interpretação do direito.

Por isso que, no âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, as teses que advogam o sentido do direito como produto da decisão judicial – essência das súmulas - são incompatíveis com a hermenêutica e, portanto, devem ser afastadas, já que esta surge na nova hermenêutica constitucional como terceira via superadora dos objetivismos e subjetivismos<sup>880</sup>.

---

<sup>875</sup> Art. 212: As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida (BRASIL. Código de Processo Penal [(1941)]. Código de Processo Penal de 1941. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 jun. 2022.

<sup>876</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 168-169.

<sup>877</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 36.

<sup>878</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 192-193.

<sup>879</sup> JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Execução penal no Brasil: um exemplo de discricionariedade. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 71.

<sup>880</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 20.

O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação da garantia da razoável duração do processo não cabem nesta súmula 716: “somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (Bedeutsamkeit) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios.”<sup>881</sup> Para a crítica (hermenêutica) dessa situação ilegítima, o sistema processual penal há de ser compreendido como ciência hermenêutica, ou seja, a compreensão e interpretação das normas processuais dar-se-ão a partir de fatos concretos, reconstruídos em cadeias narrativas<sup>882</sup>.

Portanto, se o direito “jurisprudencial” tem grassado em *terrae brasilis*, de modo que “o próprio direito processual penal está jurisprudencializado”, o que “fragiliza a lei e fortalece a jurisprudência”<sup>883</sup>, a súmula 716 evidencia-o de forma clara. É necessário compreender adequadamente o processo para diagnosticar o sentido autêntico da garantia que visa resguardá-lo, afinal, “o processo – enquanto instituição jurídica – representa um elemento fundamental para o Direito que se constitui a partir da modernidade na medida em que as estruturas e formas processuais adquirem uma função de legitimação de determinados atos praticados pelo poder político”<sup>884</sup>.

Compreender o direito e as garantias requer, com efeito, uma postura produtiva, crítica e filosófica do intérprete, sob pena de permanecer num estado de natureza hermenêutico que impede o advento do novo, circunstância que, em nosso contexto de modernidade tardia, não pode ser admitido.

Pior que a visão míope que não enxerga o novo, com efeito, é o não se dar conta de que o novo às vezes dissimula-se no velho, algo que pode ser metaforizado como “o mal [que] talvez esteja intimamente relacionado a uma ausência de pensamento naquele que o pratica”<sup>885</sup>, o que pode resumir o que se quer dizer com metadiscorso antigarantista: “é preciso estar atento porque, no mais das vezes, o discurso que se afigura com a aparência do novo, carrega consigo o código genético do velho”<sup>886</sup>.

Faz-se necessário, então, delatar esse discurso ilegítimo e propor a sua superação como condição de possibilidade do constitucionalismo democrático. No caso, explicitar o equívoco hermenêutico da súmula nº 716 que está a impedir o cumprimento da garantia do processo em

<sup>881</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 22.

<sup>882</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>883</sup> *Idem*, 2020b, p. 16.

<sup>884</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.*, p. 30-31.

<sup>885</sup> OLIVEIRA, Luciano. *10 lições sobre Hannah Arendt*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 101.

<sup>886</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, jan./abr. 2010, p. 168.

tempo razoável. É essa a alternativa da hermenêutica crítica: a busca de um autêntico desvelamento do horizonte constitucional.

Um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto das Constituições e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais. Nesse sentido, assume importância fundamental o reconhecimento de uma tarefa para a hermenêutica contemporânea: o desenvolvimento de anteparos para a atividade jurisdicional, sob pena de que os direitos e garantias inscritos na Constituição, ao invés de serem concretizados pela realização judicial do direito, sejam desvirtuados em uma não concretização.<sup>887</sup>

A origem da palavra hermenêutica tem a ver com Hermes, na Grécia, mensageiro responsável por traduzir o conteúdo das mensagens dos deuses aos mortais<sup>888</sup>, e é com ela que se propõe uma forma de compreender o Direito no Constitucionalismo Contemporâneo, tendo em vista o plus normativo que lhe é conferido a fim de que contribua para a transformação da realidade social na direção das demandas de justiça da Constituição de 1988.

A Crítica Hermenêutica do Direito, então, parte de uma perspectiva filosófica para ofertar à doutrina uma forma de compreender criticamente o Direito, de molde a evitar retrocessos sociais e, simultaneamente, tornar a doutrina partícipe do processo de construção do projeto constitucional democrático<sup>889</sup> – e isso importa sobremaneira para os fins dessa pesquisa que busca exatamente delatar o senso comum teórico que tomou conta da produção jurídica doutrinária e jurisprudencial.

A tese de Streck deriva, então, da Hermenêutica Filosófica<sup>890</sup>, a qual se configura “como linguagem capaz de articular o sentido e a compreensão da verdade numa perspectiva fundamentalmente filosófica, viabilizando a crítica e a autocrítica no processo de compreensão da verdade”<sup>891</sup>, de modo que, valendo-se da linguagem como condição de possibilidade, a hermenêutica filosófica não é um método para resolução de casos, mas, ao contrário, permite questionar os métodos<sup>892</sup>, “contra as pretensões universais dos métodos, o pensamento de

<sup>887</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 130.

<sup>888</sup> STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, jul. 2007, p. 29.

<sup>889</sup> TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 152.

<sup>890</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 287.

<sup>891</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 1999, p. 10-11.

<sup>892</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 287.

Gadamer insiste num reposicionamento positivo da hermenêutica. Tal qual Heidegger, Gadamer afirma a hermenêutica como compreensão existencial<sup>893</sup>.

Portanto, a hermenêutica filosófica de Gadamer só é compreensível a partir da filosofia hermenêutica de Heidegger, ambas não se confundem, posto que “Gadamer foi um discípulo de Heidegger no sentido autêntico do termo na medida em que o superou e conferiu uma identidade própria à hermenêutica”<sup>894</sup>. Heidegger construiu uma hermenêutica da facticidade, ou seja, da existência humana concreta, no bojo da qual se encontra inserido o tema do tempo, ou seja, a historicidade<sup>895</sup>; a partir da historicidade, Gadamer desenvolveu a noção de fusão de horizontes, “segundo a qual o intérprete, em seu encontro com a tradição, é marcado pela temporalidade ao mesmo tempo em que instaura um horizonte mais amplo”<sup>896</sup>.

Heidegger rompe com a dicotomia razão prática e razão teórica a partir da sua diluição no círculo hermenêutico<sup>897</sup>, e este é o que permite conectar o todo à parte, os quais constituem então uma unidade, ou seja, o intérprete, ao produzir sentido concretamente na norma, no presente, está condicionado pela tradição histórica que o precede<sup>898</sup>, mas a tradição não está a nossa disposição, nós nos submetemos a ela – não no sentido passivo, de estar totalmente dependente dela, mas sim num sentido de estarmos condicionado por ela, sendo certo que “o intérprete dialoga com a tradição”<sup>899</sup> -, e é daí que se nos permite enxergar no horizonte da compreensão a nossa própria existência, ou seja, tomamos consciência da nossa situação hermenêutica<sup>900</sup>.

A contribuição da fenomenologia para a hermenêutica filosófica foi exatamente permitir a compreensão dos fenômenos a partir de suas realidades concretas, desvinculando-se “a consciência transcendental dos objetos do mundo empírico”, tornando, assim, possível ao juiz decidir o caso a partir de sua própria facticidade (fenômeno puro), afastando ao máximo seus pré-conceitos e subjetividade<sup>901</sup>.

<sup>893</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 351.

<sup>894</sup> ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer! *Revista Natureza Humana*, São Paulo, vol. 14, n. 2, jul./dez. 2012, p. 16.

<sup>895</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>896</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>897</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun., 2015, p. 113-114.

<sup>898</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 390.

<sup>899</sup> PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 74.

<sup>900</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 1999, p. 190-191.

<sup>901</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio./ago. 2016, p. 705.

Por isso que “a fenomenologia hermenêutica supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo monadológico do sujeito moderno<sup>902</sup>. E Gadamer valer-se-á dessa construção para romper com a ideia de método como meio para acessar a verdade<sup>903</sup>. O resgate do mundo prático – permitido pela compreensão hermenêutica que reflete sobre o ser e o tempo, a existência concreta, locus de onde se extrai a matriz dos conflitos - se concretiza então nos princípios, que Oto e Pozzolo denominam, nessa mesma perspectiva aqui trabalhada, de “reatualização do horizonte histórico dos princípios da racionalidade prática”<sup>904</sup>. Então, “princípios significam ‘mundo prático’, para além de mundo vivido. Mundo prático tem um cariz filosófico. É facticidade. É modo prático de ser no mundo, agora com pretensões de dever ser. Daí o caráter prospectivo das Constituições: o Brasil é uma República que visa a erradicar a pobreza...!”<sup>905</sup>

Os princípios, com efeito, “(re)inserir a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento”<sup>906</sup>. Nos termos da Crítica Hermenêutica do Direito, a resposta não é encontrada por meio de dedução ou subsunções, mas na *applicatio*, em que interpretar e aplicar se dão conjuntamente, na mundialidade<sup>907</sup>, o que somente é possível ser feito no caso concreto e por isso a súmula nº 716 do STF está errada.

A Crítica Hermenêutica do Direito, ao procurar transpor o Positivismo Jurídico, acaba por fazê-lo a partir de uma perspectiva filosófica – movimento fenomenológico hermenêutico – dentro do qual devem ser compreendidos seus apontamentos críticos. Assim, propõe-se pensar o direito enquanto uma prática interpretativa (DWORKIN), que não prescinde de abordagens analíticas, mas que as sabe sempre atravessadas pela facticidade (HEIDEGGER), que possibilita uma permanente atualização de sentidos inseridos numa determinada tradição (GADAMER).<sup>908</sup>

<sup>902</sup> STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 19, abr./jun. 2012, p. 19.

<sup>903</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Op. cit., p. 706.

<sup>904</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 60-61.

<sup>905</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 234.

<sup>906</sup> Idem, 2019a, p. 59.

<sup>907</sup> Idem, 2011, p. 25-26.

<sup>908</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014, p. 138.

Streck, tal qual Dworkin, preocupa-se com a discricionariedade judicial<sup>909</sup>, assim, demanda-se do juiz, no paradigma da teoria integrativa, uma dupla exigência: a decisão precisa se harmonizar com a jurisprudência anterior e estar conforme a moral política da comunidade, de modo que essa teoria – de que se vale a Crítica Hermenêutica do Direito - representa uma efetiva blindagem contra discricionarismos, os quais são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito<sup>910</sup>.

A vinculação (substantiva) do legislador à Constituição como grande salto para a autonomia do direito leva à impossibilidade de haver discricionariedade também judicial<sup>911</sup>, de modo que há uma nítida oposição entre a ideia de integridade do direito e discricionariedade<sup>912</sup>; é exatamente a partir da demonstração de que não se pode cindir interpretação e aplicação que se criam as condições de possibilidade para as respostas corretas (adequadas à Constituição) em direito e o afastamento das discricionariedades<sup>913</sup> e por isso que não se pode falar (criticamente) de discricionariedade desconhecendo a Filosofia da Linguagem<sup>914</sup>, que é assim condição de possibilidade para o acontecer hermenêutico do direito e para a superação da metafísica nas teorias da interpretação.

Desse modo, a Crítica Hermenêutica do Direito “é uma teoria dos direito construída sob os aportes paradigmáticos da Filosofia; não uma proposta que busca em critérios filosóficos a solução para problemas jurídicos”<sup>915</sup>; interpretação e aplicação se superpõem, não são atividades autônomas; o sentido exsurge na casualidade, no exame do caso concreto<sup>916</sup>, não de cisões e métodos metafísicos.

Em função da impossibilidade de cisão entre interpretação e aplicação ou entre criação do direito e aplicação do direito, há uma afetação dessa questão paradigmática sobre o princípio

---

<sup>909</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, jan./jun., 2015, p. 98.

<sup>910</sup> COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio./ago. 2016, p. 704.

<sup>911</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 216.

<sup>912</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. Op. cit., p. 102.

<sup>913</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>914</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Sobre discricionariedade. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 114.

<sup>915</sup> TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 147.

<sup>916</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 208.

da separação dos poderes e essa tensão conforma o debate da filosofia do direito contemporânea<sup>917</sup>.

O Constitucionalismo Contemporâneo supera o positivismo, isso é um fato e precisa ser assumido com todas as suas consequências<sup>918</sup>. A resistência ao processo de predação do direito – de que são exemplos a insistência a não assimilação da viragem ontológico-linguística e o correspondente não abandono do sujeito plenipotenciário da modernidade pela doutrina e jurisprudência de *terrae brasilis*, fenômenos que explicam o aprisionamento das garantias em enunciados assertóricos performáticos, como a súmula nº 716 do STF aqui trabalhada - há de vir pela hermenêutica, apostando na Constituição como instância de autonomia do direito<sup>919</sup>.

Portanto, “a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofa em que exsurge o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermeneuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta”<sup>920</sup>.

Nesse contexto, a Crítica Hermenêutica do Direito é “a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição, em que o direito possui DNA e seja reduzido ao máximo o grau de discricionariedade”<sup>921</sup>. As “censuras significativas” para distinguir boas e más decisões, pressuposto de um sistema baseado em respostas constitucionalmente corretas, devem se dar principalmente nas decisões de última instância e a cargo da doutrina e é isso que confere a esta o seu papel (constitucionalmente adequado) num sistema democrático<sup>922</sup>, e de cujo desengargo depende o grau de autonomia do Direito.

Como se demonstrou durante toda a pesquisa, há um longo caminho a percorrer – pela trilha da Crítica Hermenêutica do Direito – a fim de se outorgar à jurisprudência – principalmente de última instância, dada a relevância paradigmática jurídica e simbólica de suas decisões – e à doutrina o papel central num sistema jurídico democrático consistente em velar pela efetivação dos conteúdos da Constituição, mormente suas garantias processuais e materiais.

---

<sup>917</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 419.

<sup>918</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*?. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, jul./dez. 2014, p. 276.

<sup>919</sup> Idem, 2010a, p. 165.

<sup>920</sup> Ibidem, p. 165-166.

<sup>921</sup> Idem, 2014a.

<sup>922</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 24-25.

Para além dos desafios de superação de paradigmas filosóficos arraigados e mudança da cultura doutrinária e mesmo do ensino jurídico que se pratica em *terrae brasilis*, um bom começo talvez seja o desvelamento de como esse processo discursivo ilegítimo se delineia na prática e na teoria do direito contemporâneo. Desvelar para fazer com que a luz pós-positivista e do constitucionalismo compromissório e dirigente penetre na escuridão positivista e dogmática tardia que comprime o pensar o Direito no Brasil.

## CONCLUSÃO

A discussão que imbrica teorias do direito que se filiam a matrizes filosóficas diferentes, como a hermenêutica crítica de Lenio Streck e o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – linhas argumentativas que conduziram a presente pesquisa e cujos paradigmas filosóficos são, respectivamente, a filosofia hermenêutica heideggeriana e a filosofia analítica -, pode parecer à primeira vista estranha e mesmo cientificamente questionável, como se estivesse a realizar mixagens teóricas definitivamente não recomendadas na pesquisa científica – crítica, aliás, tão presente no marco teórico desta dissertação, Lenio Streck, aspecto que compõe, inclusive, o diagnóstico realizado na pesquisa acerca do estado da arte da doutrina. No entanto, e para além do fato de que ambos autores dialogam criticamente e reconhecem reciprocamente afinidades em suas abordagens, tendo produzido inclusive trabalhos conjuntos que foram analisados na dissertação, há um aspecto fundamental para o Direito que os une e que motivou a proposta de análise aqui feita: a preocupação com a democracia.

Constitucionalismo e democracia estão interligados de modo intenso a partir do novo constitucionalismo – que se denominou aqui, conforme Streck, de Constitucionalismo Contemporâneo, rejeitando o termo “neoconstitucionalismo” em função dos problemas de ordem hermenêutica que levam à deturpação do sentido do Direito e da Constituição nesse novo momento histórico -, ocorre que a percepção da repercussão dessa inter-relação no âmbito da cotidianidade do Direito é um desafio complexo e que não foi ainda enfrentado a contento em *terrae brasilis* e isso não se trata de questão de menor importância, na medida em que o déficit de compreensão daí engendrado repercute no tratamento que o sistema jurídico empreende acerca dos direitos fundamentais e particularmente das garantias constitucionais, sobretudo as penais e processuais penais, analisadas essas últimas, a partir especificamente da garantida da razoável duração do processo em contraste com a súmula 716 do STF, nesta pesquisa.

Há uma crise de compreensão da dignidade normativa das garantias penais que se interliga, no horizonte histórico do direito em nosso país, com o apego a metodologias já ultrapassadas seja pela Filosofia da Linguagem, que, ao suscitar a invasão a Filosofia pela linguagem, desde meados do século XX, demonstrou a insuficiência dos modelos de conhecimento metafísicos, apresentando doravante a perspectiva intersubjetiva, realizada pela e na linguagem, como condição de possibilidade do conhecimento, de modo que a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpunha entre o objeto e o sujeito e a partir da qual se extraía um sentido – dado pelo sujeito que assujeita ou extraída da coisa em si mesma; seja, ainda, pelo pós-positivo que pretende superar o positivismo enquanto metodologia de

compreensão e operacionalidade do Direito que deixava um importante campo da prática jurídica em descoberto, como se se tratasse de uma não questão para o Direito, qual seja, a interpretação, o campo da razão prática abandonado por Kelsen.

Na medida em que o Direito é Filosofia, a sua adequada análise e compreensão é tributária dos paradigmas filosóficos, de modo que para se compreender aquele se faz necessário, antes, tomar par deste. Daí toda a discussão feita na pesquisa sobre a Modernidade, seus dogmas e racionalidades, seu predomínio incontestado no mundo ocidental durante séculos e que, no entanto, mostrou-se em declínio a partir do século XX. Sua pretensão de ordenação e regulação, que ensejou, paripassu, o Estado Liberal Moderno e um constitucionalismo de viés burguês formalista que, face às insuficiências do modelo, evoluiu, em seguida, para um modelo de Estado Social, no qual se incrementou funções positivas e se regulou a intervenção do Estado no âmbito econômico.

Faltava, no entanto, o elemento democrático, que viria a ser reclamado apenas após as tragédias que tiveram curso naquela primeira metade do século XX. A expansão do poder administrativo do Estado, fruto também das demandas sociais, que contrastou com a relevância política do Poder Legislativo na fase anterior do constitucionalismo, implicou numa disputa fratricida que levou à humanidade ao paroxismo da violência. Surge, então, o novo Constitucionalismo, compromissório e dirigente, reivindicando para o Direito um novo status, vinculado aos compromissos constitucionais, ou seja, a transformação social passou a ser também um objetivo jurídico e os instrumentos para tanto foram outorgados nas cartas políticas, por meio de direitos e garantias fundamentais.

Um novo ator, na tríade dos poderes concebida por Montesquieu, ganha corpo, é chegado, pois, o momento do Poder Judiciário passar ao primeiro plano da cena política, trazendo a reboque os fenômenos (predatórios) do ativismo judicial e da politização da justiça – sem confundir com a judicialização da política, fenômeno correlato ao Constitucionalismo Contemporâneo e cujo afastamento daqueles outros elementos constitui a pedra de toque da função jurisdicional adequada à Constituição.

O Direito precisa então de teorias que possam dar conta desse novo momento, observando/ preservando exatamente os dois elementos históricos mais importantes dessa evolução política que nos permitiu chegar até esse momento: a democracia e a validade. O direito enquanto produto democrático há de ser validado, isto é, observar uma parametricidade constitucional que vincula, desta feita, o legislador e todos os poderes públicos e privados, demonstrando o potencial político dessa nova configuração.

Todavia, essas teorias – e aqui se enquadra o garantismo, desde que enxergado numa perspectiva principiológica, e, principalmente, a Crítica Hermenêutica do Direito – pedem espaço num ambiente dogmático e jurisprudencial hostil, marcado por um apego demasiado às posturas metafísicas e positivistas, sem esquecer, claro, das especificidades sociológicas do contexto brasileiro, que, sendo um país periférico e política, social e economicamente atrasado historicamente em relação aos países centrais, e cuja modernidade não se concretizou até hoje, só veio experimentar o Constitucionalismo Contemporâneo a partir dos anos 90 do século XX.

Portanto, embora se tenha uma Carta Política avançada, que preveja os instrumentos jurídicos (do que as garantias são espécie) e políticos aptos a realizar a transformação democrático-social almejada, pelo e no Direito, esse potencial é neutralizado pela doutrina e pela jurisprudência, que, tanto pelo apego aos paradigmas metafísicos quanto pela dependência de uma perspectiva dogmática do direito, irrealista e parcial, que sonega pedaços importantes de realidade – tal tem sido, como se demonstrou na pesquisa, a tônica de nosso ensino jurídico e da nossa produção doutrinária e jurisprudencial -, mostram-se incapazes de cumprir esse projeto.

Ocorre que a Crítica Hermenêutica do Direito de Streck, sustentada na hermenêutica filosófica gadameriana e na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, delinea/delata a ilegitimidade desse discurso, porque inautêntico do ponto de vista hermenêutico, a partir do horizonte – o único possível num sistema constitucional democrático – da Constituição, de tal modo que reclama para a doutrina um papel democrático, que não pode se contentar com a passividade com que lida com as questões do Direito contemporâneo, relegando, como se demonstrou, o Direito a uma perspectiva realista-ceticista, quer dizer, o Direito é o que os tribunais dizem e à doutrina importa ensinar o que eles dizem.

A crítica, então, nominando os fenômenos que contribuem para essa ilegitimidade – o senso comum teórico dos juristas que abraça confortavelmente e ideologicamente a postura dogmática, desonerando-se de responsabilidades político-democráticas, a estandardização que executa o ideal realista por meio do qual os tribunais dizem/criam/reciam e, principalmente, modificam o direito –, impele a doutrina à ação (pois constituição é constituir-ação), denunciando a ilegitimidade desses discursos assertóricos e reivindicando uma compreensão hermenêutica do direito, como via de acesso à democracia no Direito.

Ou seja, se o Direito é interpretativo e a interpretação é inseparável do ato de aplicação, a jurisdição deve (sempre) interpretar o Direito, mas não de forma subjetivo-discrecional – postura positivista-normativista que não foi superada junto com o seu paradigma, na medida em que a expansão do Poder Judiciário na esteira do Constitucionalismo Contemporâneo

ofereceu ocasião para o desenvolvimento de teorias jurídicas estimuladoras de posturas voluntaristas que se pretenderam pós-positivistas, mas que não se aperceberam da contradição de seus fundamentos -, mas, ao contrário, com integridade e respeito à história institucional do direito, a partir de um raciocínio a ser realizado pelo intérprete que, partindo do hermenêutico em direção ao apofântico encontra, na fusão de horizontes, a resposta correta para o Direito no caso concreto.

Essa construção, que advém, portanto, da fenomenologia hermenêutica cuja metodologia acompanhou toda a pesquisa e sustentou o argumento principal da incompreensão – e, logo, violação – de garantias, permite, então a defesa de um controle hermenêutico das decisões judiciais, como demanda de um constitucionalismo democrático. Ora, não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, nem muito menos sobre o Direito e, pior, sobre as garantias penais e processuais penais.

A problematização da súmula nº 716 do STF, enquanto exemplo de discurso processual penal ilegítimo que se pretende garantista – e, por isso, conforma, em verdade, um metadiscurso antigarantista -, tributário de todos os fenômenos acima mencionados, desde a incompreensão do novo paradigma filosófico da Filosofia da Linguagem até a repriminção de um (moderno) positivismo nas práticas jurídicas, passando pela maximização política do Poder Judiciário e culminando nos fenômenos do senso comum teórico e da standardização, teve o condão de demonstrar como esse processo ocorre nas prática cotidiana. Com efeito, a súmula em questão é apenas um único exemplo de inúmeros outros que demonstram o estágio da crise de compreensão do Direito em *terrae brasilis*.

Não se defende, aqui, que o preso provisório devesse permanecer privado de liberdade enquanto não transitasse em julgado sua sentença condenatória, sem fazer jus, portanto, aos benefícios da execução – finalidade, enfim, do enunciado sumular problematizado; defende-se, na verdade – e o apelo aqui é por coerência e integridade, numa leitura crítica hermenêutica do direito, que respeita a democracia -, que o preso provisório não permanecesse como tal mais do que o tempo razoável, a ser aferido unicamente na concretude do caso – e só por isso a súmula já está hermeneuticamente errada, pois responde antes da pergunta -, e que, exatamente por não poder fazer jus aos institutos de execução penal, que pressupõem o esgotamento da fase de conhecimento da lide penal, deve ele ser solto.

Ou seja, ao invés de estrangular os institutos, a resposta correta, do ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito é aquela que apresentará a garantia que se busca preservar da melhor forma, ou seja, no caso, a garantia do processo em tempo justo: a qual ficou absolutamente eclipsada com a solução ofertada na súmula. Ao contrário, ao, por exemplo,

determinar-se a soltura do preso provisório – sempre casuisticamente, nunca de forma assertórica ou *prêt-à-porter*, como diz Streck -, observados, evidentemente, os demais requisitos que norteiam do ponto de vista infraconstitucional a prisão provisória, na medida em que se detecte a violação à garantia do processo em tempo razoável, ao invés, assim, de optar por saídas intrassistêmicas convenientes do ponto de vista político – mas com sérios prejuízos para a coerência do direito e, principalmente, para a garantia que se dizer preservar -, poder-se-ia obter-se resultados satisfatórios do ponto de vista do constrangimento epistêmico que doutrina e jurisprudência haveriam de outorgar a tais posturas, laborando – e é esta a função dessas instituições num país democrático - pela mudança de posturas e práticas.

O sistema penal não pode ser e não é um elemento estranho a toda a sistemática do Constitucionalismo Contemporâneo; se é certo ser ele dotado de características especiais, face à intensidade de sua intervenção na órbita dos direitos individuais, não é menos certo que sua projeção no âmbito de um constitucionalismo democrático dá a exata medida do grau e da maturidade civilizatória de um determinado Estado e povo. A Criminologia Crítica estudada nesta pesquisa delatou a ilegitimidade dos discursos maximalistas e efficientistas modernos e repristinados na fase contemporânea, em face dos fenômenos da pós-modernidade globalizada. Ou seja, o direito penal, o processo penal e a criminologia não podem ser compreendidos num viés político-repressivo, de baixa densidade teórica, porque tal são incompatíveis com o sentido da democracia, com as garantias.

Nesse mesmo contexto, se as posturas maximalistas surgem como predatórias de um direito penal mínimo – cuja medida há de ser aquela adequada à compreensão das garantias numa perspectiva de vedação de excesso e de proteção deficiente -, e se, de outro lado, a discricionariedade judicial apresenta-se igualmente como predatória do potencial revolucionário outorgado pelo Constitucionalismo Contemporâneo ao Direito – e, particularmente, das garantias penais e processuais penais –, a via de combate, tal qual a Criminologia Crítica em relação àqueles impulsos criminológicos, há de ser, aqui, uma hermenêutica crítica, ou, mais claramente, a Crítica Hermenêutica do Direito, que resgata o sentido principiológico das garantias penais. Não se trata, com efeito, da única via, mas, seguramente, daquela que equilibra direito e democracia. E isso (já) é o bastante para o estado da arte do direito de *terrae brasilis*.

Portanto, a adequada interpretação, compreensão e aplicação das garantias penais no Brasil, enquanto expressão de um necessário constituir demandado pela Constituição de 1988, depende da assimilação das mudanças paradigmáticas ocorridas no âmbito da Filosofia e da teoria do Direito e da Constituição, para cuja consecução há que se firmar uma nova consciência

(crítica) por parte dos juristas. Delatar o discurso ilegítimo, eis o primeiro passo para relegitimar o Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ALAGIA, Alejandro. *Fazer sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de estado*. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. *Manual de criminologia sociopolítica*. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ARNAULD, André-jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução de Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, n. 17, p. 01-19, jan./mar. 2009.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 01-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, jul./set. 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott (org.). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. 2 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p. 11-88.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERGALLI, Roberto. Criminologia: propostas críticas concretas. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015a, p. 305-367.

\_\_\_\_\_. O pensamento crítico e a criminologia. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015b, p. 265-304.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri-SP: Manole, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Código de Processo Penal [(1941)]. Código de Processo Penal de 1941. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 26 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Constituição [(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 jun. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2499>. Acesso em: 26 jun. 2022.

CADEMARTORI, Luiz Henrique U.; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. A teoria do Direito entre neoconstitucionalismos e garantismo e a proteção à democracia. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 65-86, jan./jun. 2014.

CADEMARTORI, Sérgio Paulo. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 1997. 285f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 951-984.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 7 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

\_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. COPETTI NETO, Alfredo; ROSA, Alexandre Morais (org.). Sob o olhar do garantismo jurídico. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

\_\_\_\_\_. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 167-190.

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 692-720, maio./ago. 2016.

D’ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 65-73, jun. 2013

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEL OMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 12 ed, volume 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

DUEÑAS, Ángel de Sola. Política social e política criminal. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico II: estado e controle*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 355-385.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Wilson; FERRARESI, Camilo Stangherlim. Os caminhos para a superação do positivismo: os postulados da escola do direito livre nas decisões judiciais brasileiras. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n. 1, p. 333-360, jan./jun. 2020.

ESTEVÃO, Roberto da Freiria; BRITO FILHO, Cleudemir Malheiros. Princípio da proibição da proteção deficiente: função e missão do direito penal. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 147, p. 307-327, dez. 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 259-287.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Direito Penal e pós-modernidade: a proporcionalidade como instrumento de correção da expansão irrazoável da intervenção penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 145, p. 571-603, jul. 2018

FISCHER, Douglas. O que é garantismo integral? *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/77>. Acesso em: 20. maio. 2022.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Tradução de Sergio Faraco. Porto Alegre: LePM, 2019.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução de Gassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul-RS, v. 2, n. 52, p. 93-111, maio/set. 2017.

GONÇALVES, Daniel Diniz; SILVA, Juvêncio Borges. Pluralismo jurídico: possível (novo) modelo paradigmático para o Direito? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 411-431, jun./dez. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Volume 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante. 10 ed. Petrópolis-RJ: Vozes; Bragança Paulista-SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos extremos: o breve século XX - 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LIRA, Cláudio Rogério Sousa. A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, p. 97-122, jan./jun. 2015.

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

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Execução penal no Brasil: um exemplo de discricionariiedade. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariiedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 65-75.

JECKEL, Lisiane Cristina; ROCHA, Leonel Severo. A influência da estática de Kelsen no direito contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 2, p. 25-47, jul./dez. 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Paulo Aukar. Santa Maria-RS: [s.n.], 2016.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e estamento: uma crítica ao exercício personalista do poder. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 163-179.

LIMA, Renata Albuquerque; LOBO, Júlio César Matias. A prisão cautelar no direito brasileiro: uma ampliação ope iudicis a partir de uma visão da nova hermenêutica constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 142, p. 209-239, abr. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUZ, Cícero Krupp da; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a positividade do direito na forma da decisão jurídica. *Conped Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 318-334, jul./dez. 2016.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. Tradução de Vera Pereira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 10, n. 29, p. 05-34, out. 1995.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal a partir do HC 126.292. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 151, p. 189-213, jan. 2019.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 44, p. 331-349, jun. 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Legitimação do direito penal por princípios reconhecidos e inseridos nas constituições dos estados democráticos de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 20, n. 40, p. 70-90, jul./dez. 2017.

NASCIMENTO, André. Introdução à edição brasileira. In: GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

NEVES, Isabela Dias. Direito à razoável duração do processo no Estado Democrático. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 209-234, jul./dez. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Sobre discricionariedade. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 107-120.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, ano 14, n. 14, p. 103-132, jan./dez. 2011.

OLIVEIRA, Luciano. *10 lições sobre Hannah Arendt*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O constitucionalismo garantista e a leitura moral da constituição: quais são as “condições de possibilidade” dos juízos substanciais (materiais) de controle de constitucionalidade? In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 211-256.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru-SP: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2005.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 187-210.

RAMÍREZ, Juan Bustos. A criminologia. In: BERGALLI, Roberto; RAMÍREZ, Juan Bustos; MIRALLES, Teresa (org). *O pensamento criminológico I: uma análise crítica*. Tradução de Roberta Duboc Pedrinha e Sergio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 31-47.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. *Direito.UnB*. Brasília, v. 04, n. 1, p. 102-126, jan./abr. 2020.

RESCHKE, Ana Paula Goldani Martinotto; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A eficácia do direito fundamental de acesso à justiça pela efetividade do direito de razoável duração do processo. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul-RS, v. 1, n. 51, p. 108-124, jan./abr. 2017.

RODRIGUES, Alexandra Fonseca. A ordem cronológica de conclusão para julgamento no novo cpc: razoável duração do processo e minoração do tratamento privilegiado. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER Jr, Fredie (org). *Teoria geral do processo*. 2 ed, volume 1, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 517-533.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer! *Revista Natureza Humana*, São Paulo, vol. 14, n. 2, p. 14-36, jul./dez. 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

RUTIS, Luiz Augusto. A rigidez normativa dos princípios penais em Robert Alexy. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 136, p. 35-67, out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. V. 1. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999a, p. 141-161.

\_\_\_\_\_. O social e o político na transição pós-moderna. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7 ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999b, p. 69-103.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: crítica à criminologia positivista*. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

\_\_\_\_\_. *A criminologia radical*. 4 ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

\_\_\_\_\_. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jan./jun. 2006.

SCHMITT, Carl. *Concepto de lo politico*. Tradução de Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Editorial Struhart e Cia, 1963.

SCHMITZ, François. *O círculo de viena*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; LUPETTI, Bárbara; IORIO FILHO, Rafael Mário. Uma análise empírica sobre o uso dos princípios, interpretação jurídica e decisão judicial. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 401-420, jul./dez. 2015.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da constituição*. 2011. 256f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2011.

\_\_\_\_\_. A relativização das garantias penais ou: quem tem medo do garantismo penal? *Meu site jurídico*, São Paulo, 6 maio 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/06/relativizacao-das-garantias-penais-ou-quem-tem-medo-garantismo-penal/>. Acesso em: 18 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo-RS, v. 24, n. 1, p. 9-60, jan./jun. 2010.

SILVA FILHO, Edson Vieira da; KALLÁS FILHO, Elias. Nós modernos: a crise de efetividade do constitucionalismo contemporâneo à brasileira. In: SIMIONI, Rafael Lazzaroto (org.). *Constitucionalismo e democracia: reflexões do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, p. 89-110.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional no paradigma da *différence*. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 19, n. 1, p. 405-416, jan./abr. 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet*, Curitiba, ano III, n. 7, p. 268-287, jan./jun. 2012.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarrão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein da. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico. *Espaço Jurídico*, Joaçaba-SC, v. 16, n. 1, p. 131-148, jan./jun. 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 53-74, dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019a, p. 41-64.

\_\_\_\_\_. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 53, p. 223-251, jan./jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos - NEJ*, Santa Catarina, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010a.

\_\_\_\_\_. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. *Revista Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 54, p. 29-46, jul. 2007.

\_\_\_\_\_. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

\_\_\_\_\_. Contra o neoconstitucionalismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 09-27, jan./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020a.

\_\_\_\_\_. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 194, p. 07-21, abr./jun. 2012a

\_\_\_\_\_. Eis porque abandonei o “neconstitucionalismo”. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 13 mar. 2014a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo#:~:text=E%20eis%20tamb%C3%A9m%20porque%20abandonei,reperecuss%C3%A3o%20geral%20e%20jurisprud%C3%Aancia%20defensiva>. Acesso em: 15 fev. 2021

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014b.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí-SC, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio./ago. 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 63-105.

\_\_\_\_\_. *Posfácio: Diálogos (neo)constitucionais*. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010b.

\_\_\_\_\_. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 34.2, p. 275-298, jul./dez. 2014d.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Mitos sobre o positivismo jurídico: uma leitura para além do senso comum teórico. *Revista UNIFESO – Humanas e Sociais*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 105-122, 2014c.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do Estado*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto: as garantias processuais penais?* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019c.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam. Balanço. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 190-230.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 2008. 161f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS.

SUTHERLAND, Edwin. H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 141-161.

TIMBERGER, Temis; BONA, Celito de. Servirá o positivismo jurídico para “descascar abacaxis”? *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, edição especial, p. 201-307, 2019.

TORRES, Juliana. O direito fundamental à razoável duração do processo na constituição federal brasileira. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 6, n. 7 e 8, p. 293-339, 2007.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 77-105.

\_\_\_\_\_. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, Franca-SP, v. 5, n. 1, p. 03-21, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, p. 323-345, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIANA, Adriana Grandinetti. *A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social*. 2007. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

\_\_\_\_\_. Dissecando a “tolerância zero”. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 01 jun. 2002. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/dissecando-a-tolerancia-zero/>. Acesso em: 13 maio 2022.

\_\_\_\_\_. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei – temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, p. 371-398, fev. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Mudanças de paradigmas, pluralismo e novos direitos. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 7, n. 2, p. 87-96, jul./dez. 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ZIZEK, Slavoj. *A coragem da desesperança: crônicas de um ano em que agimos perigosamente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.