

## O garantismo penal de Luigi Ferrajoli e os limites à aplicação de norma penal incriminadora

Luigi Ferrajoli's Penal Guarantism and the limits to the application of criminal law

Marcos Antonio Maciel Saraiva<sup>1</sup>

**Resumo:** Após a Segunda Guerra Mundial e diante das críticas às atrocidades de regimes totalitários formalmente amparadas pela lei, surgiu uma nova agenda jurídica que supera o positivismo clássico e introduz critérios éticos, conciliando direito e moral. Esse pós-positivismo distingue normas-regra de normas-princípio e enfatiza a Constituição sobre a legislação, aumentando o papel do Judiciário que poderia aplicar diretamente princípios constitucionais, caso verificasse proteção insuficiente ao bem jurídico. O presente artigo analisa a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli como instrumento de limitação do poder do Estado quanto à aplicação de normas incriminadoras, porque veda a utilização exclusiva de normas morais ou de princípios para fins de responsabilização criminal, mas também exige que o estabelecimento da estrita legalidade quando da aplicação do direito.

203

**Palavras-chave:** positivismo. pós-positivismo; garantismo penal; Luigi Ferrajoli.

**Abstract:** After World War II and in light of criticisms of the atrocities committed by totalitarian regimes formally supported by law, a new legal agenda emerged that surpasses classical positivism and introduces ethical criteria, reconciling law and morality. This post-positivism distinguishes between rules-norms and principles-norms, emphasizing the Constitution over legislation and increasing the role of the Judiciary, which could directly apply constitutional principles in cases of insufficient protection of legal interests. This article analyzes Luigi Ferrajoli's theory of penal guarantism as a tool for limiting the State's power in applying criminal norms, as it prohibits the exclusive use of moral norms or principles for criminal liability while also requiring the establishment of strict legality in the application of the law.

**Keywords:** positivism; post-positivism; penal guarantism; Luigi Ferrajoli.

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Juiz Federal na Seção Judiciária de Pernambuco. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-9582-7142>. E-mail: [saraivamaciel@yahoo.com.br](mailto:saraivamaciel@yahoo.com.br)

Recebido em: 04/09/2024

Aprovado em: 07/12/2024

Sistema de Avaliação: *Double Blind Review*



## 1 Introdução

Após a Segunda Grande Guerra e as críticas havidas às atrocidades cometidas por regimes totalitários - estas alegadamente amparadas formalmente na lei<sup>2</sup> -, parte da doutrina aponta para o surgimento de uma “nova agenda para o pensamento jurídico” que, superando o positivismo clássico, introduz critérios éticos na construção do raciocínio jurídico e incorpora agenda conciliatória entre direito e moral (Teixeira, 2017, p.75).

Assim, sob novas matizes de pensamento, se desenvolve estudo sobre a configuração de um direito principiológico, axiológico, centrado nos direitos humanos, judicializado, dialético e argumentativo (Lamy, 2009, p.300).

O chamado pós-positivismo, compreendendo o direito segundo uma perspectiva axiológica, passa a diferenciar normas-regra (elevada carga normativa e baixa carga valorativa) de normas-princípio (elevada carga valorativa e baixa carga normativa), sendo que estas demandam certo esforço de mediação hermenêutica para concretização. Além disso, segundo alguns doutrinadores, a legislação perde a condição de protagonista para a Constituição – que mais enfaticamente expressa valores socialmente relevantes – e fica submetida ao “império hermenêutico” desta (Teixeira, 2017, p.76).

O Poder Legislativo também passa a ceder mais espaço para o Judiciário, principalmente para as Cortes Supremas, porque reconhecidas pelas constituições como instância legítima para proteger e fazer cumprir as normas nelas contidas.

Assim, propõe-se a alteração substancial do papel da jurisdição, porque assume atribuição de verificar a compatibilidade do conteúdo legislativo às diretrizes constitucionais – comando jurídicos de dever ser e não simples valores políticos (Lamy, 2009, p. 314).

Isso posto, quando a lei deixa de ter o monopólio da criação do direito, a jurisdição deixa de cumprir a simples função de aplicá-la para ter outra juridicamente criadora, assumindo

---

<sup>2</sup> Entendo ser exagerada a crítica doutrinária que atribui ao positivismo jurídico responsabilidade pelas abjetas violações aos Direitos Humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. O exercício autoritário de poder é capaz de se utilizar de normas jurídicas para dar aparência de legitimidade ao uso arbitrário de violência. Quando há impulso autoritário, a existência de limites definidos pelas normas é simbólica, porque será indiferente o rompimento ou ampliação de forma arbitrária.

Nesse sentido, os revolucionários de 1789 na França, sob o lema de liberdade, igualdade e fraternidade promoveram a chamada “Era de Terror” poucos anos após iniciarem o governo. Já no período entre guerras, vários países constituíram forte democracia a partir de orientações do positivismo jurídico, um dos exemplos é a própria França, berço da Escola da Exegese, e um dos países que mais foi afetado pelo regime nazista.

Em estudo sobre a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, Rodrigo Borges Valadão conclui que a Escola da Exegese, por exemplo, foi a principal adversária teórica de doutrinas que buscavam legitimar e viabilizar um Estado mais forte.

um papel de protagonismo, promovendo a “juridicidade material” do princípio de justiça que a constituição alberga em relação aos direitos fundamentais e aos princípios normativos expressos ou implícitos (Castanheira Neves, 1998, p. 11).

Mas em relação ao Direito Penal, haveria espaço judicial para a punição de condutas que atentassem contra bens jurídicos relevantes, conquanto não houvesse lei escrita prévia?

O estudo se justifica, porque parte da doutrina defende a existência de um “garantismo positivo”, lastreado na exigência de proteção a direito fundamental por meio de uma norma penal incriminadora. Para os defensores da ideia, esta se baseia nos deveres constitucionais de proteção e na proibição de proteção deficiente ou insuficiente, que exigem do legislador estabelecer um sistema de proteção constitucional-penal adequado (Mendes, 2012, p. 325).

Assim, haveria um dever de proteção imposto ao Estado, indicando que seu cumprimento equivaleria, em Direito Penal, ao "garantismo positivo" que o impede de deixar de criminalizar – legislativa ou judicialmente - certas condutas prejudiciais aos direitos fundamentais.

Essa doutrina fundamenta suas conclusões na dogmática alemã, que destaca dois aspectos do princípio da proporcionalidade: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. O primeiro é um critério para avaliar a constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como a proibição de intervenção. Já o segundo considera os direitos fundamentais como imperativos de tutela.

Ao contrário do "garantismo negativo" (que se manifesta na proteção contra os excessos do Estado), ganharia importância na proteção dos direitos fundamentais, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que surge nos casos em que o Estado não pode renunciar ao Direito Penal para garantir a proteção de um direito fundamental (Rodrigues, 2009, p. 39).

O objetivo do trabalho foi realizar pesquisa teórica sobre o papel do garantismo penal, na doutrina de Luigi Ferrajoli, em relação aos critérios de interpretação e de integração do Direito Penal, sob essas duas perspectivas de necessidade de existência de lei para a criação de crimes e possibilidade de o Judiciário, partindo diretamente da Constituição, incriminar condutas com lastro na proteção legal deficiente para determinado tipo de caso.

A escolha pelo jurista se deu porque é amplamente citado na academia brasileira em razão de seus estudos em matéria criminal e sobre a teoria do garantismo penal, com destaque para o livro “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”.

Se busca, por meio deste artigo, responder à seguinte pergunta de pesquisa: A teoria do garantismo penal estabelece limites à aplicação de norma penal incriminadora?

Para tanto, o artigo irá analisar as teorias positivistas e neoconstitucionalistas e, em seguida, para, ao final, tratar do garantismo penal e o seu papel na aplicação das normas incriminadoras.

Não obstante, um estudo aprofundado sobre as teorias a seguir apenas seria possível em manual sobre o tema. Para os fins deste artigo, serão abordados os tópicos relacionados à aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

Os postulados das correntes jusfilosóficas orientam a aplicação do direito aos casos concretos. Por isso, serão abordadas as principais características do positivismo jurídico e do chamado neoconstitucionalismo.

Sobre esse último, há uma maior variedade de correntes, ao ponto de haver na doutrina quem diga não poder se falar de escola. A abordagem será a partir da conclusão de Luís Roberto Barroso (2005, p. 10), segundo o qual o neoconstitucionalismo tem como marco filosófico o pós-positivismo.

## 2 O positivismo jurídico

O “positivo” que orienta a nomenclatura se refere a fatos, os quais correspondem a determinada interpretação da realidade e que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento (Streck, 2013, p. 71).

O positivismo jurídico<sup>3</sup> pode se resumir, sob um aspecto negativo, ao repúdio formal de tudo o que, de perto ou de longe, possa remeter à metafísica, sendo esta toda a proposição que exceda o domínio da experiência e da observação humana dos fatos sensíveis (Moncada, 2014, p. 309).

O problema central da polêmica sobre o conceito de direito é a relação deste com a moral e, apesar de ser uma discussão antiga, seguem existindo duas posições básicas: a

---

<sup>3</sup> O positivismo jurídico, tanto do ponto de vista histórico quanto em seus distintos significados, não deriva propriamente do positivismo filosófico de Augusto Comte, por ser anterior a este. Igualmente, não se deve confundir o positivismo jurídico com a Escola Positivista de Direito Penal. Esta, surgida em meados do século XIX, partir de críticas ao paradigma liberal clássico, assimilou a concepção positivista da ciência e adotou o método por ela preconizado. Sendo expoentes os italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, concebiam que a ciência penal não poderia ser apenas descritiva, mas causal-explicativa, voltando-se para o estudo das causas sociais do crime e não de suas manifestações meramente individuais. Para a Escola, não seria suficiente que o Estado reprimisse isoladamente o ilícito penal, mas que atacasse a causa da criminalidade – entendida como um fenômeno social – buscando compreender a realidade em que o delinquente estava inserido e os variados fatores que o levaram à prática do ilícito, com o fim de evitá-lo.

positivista e a não-positivista. A primeira sustenta a separação entre direito e moral e a segunda a vinculação entre ambos (Alexy, 2004, p. 13).

De um modo muito geral, os pressupostos das concepções positivistas são os seguintes: a) a natureza do direito como fato social - o direito pertence ao mundo dos fatos sociais e as condições de validade jurídica são questões de eficácia social; b) a separação entre direito e moral - o direito pertence ao mundo do ser e a moral, ao do dever ser (Barbas Homem, 2014, p. 88).

Essa corrente jusfilosófica passa a ganhar maior destaque no século XIX, após as revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e tem origem ligada à formação do Estado moderno, após a dissolução da sociedade medieval, que se caracterizava pela pluralidade de agrupamentos sociais com ordenamento jurídico próprio (Bobbio, 1995a, p. 27). Com a formação do Estado, se inicia o processo de monopolização da produção jurídica.

Em resumo, não busca explicação de como o direito deveria ser em sua melhor forma, segundo uma moral objetiva ou específico conceito de justiça, mas descrever de maneira precisa e sem influência de elementos metafísicos aquilo que de comum se identifica como direito nos vários locais e períodos em que ele se apresenta (Lopes Filho; Lobo; Cidrão, 2018, p. 350). A presença de normas de moral no direito positivo não é controlada ou disciplinada pelo próprio direito, mas é realizada por atos de política legislativa e mesmo por decisões judiciais, quando o juiz escolhe, dentro do quadro hermenêutico, uma entre as várias interpretações possíveis de um enunciado normativo (Kelsen, 1998, p. 249).

Embora os positivistas admitam inúmeras relações entre direito e moral, rejeitam aquelas em que o direito posto esteja submetido a preceitos morais ou de ordem diversa da jurídica, a exemplo da economia (Green, 2019; Lisboa, 2019).

A existência de pontos de divergência entre os juspositivistas, todavia, está longe de ser desprezada e, embora comum, é grande o equívoco de resumir toda a teoria ao positivismo legalista<sup>4</sup>.

No âmbito do direito, a citada mensurabilidade positivista se relacionou, em um primeiro momento, às leis e, mais especificamente, aos códigos.

<sup>4</sup> O positivismo jurídico, por vezes, é citado como um elemento que deu suporte –mesmo que formal - aos regimes nazi-fascistas. Em contraposição, entendo pertinente a ponderação feita por Norbert Hoerster *apud* Robert Alexy, segundo o qual não existe apenas - conforme sugerem os críticos do positivismo jurídico - o juiz e o cidadão que, confrontado com “leis nazistas” preferirá seguir a moral humana, mas também aplicadores que, diante de leis democráticas (a exemplo daquelas da República de Weimer ou das de Bonn), escolherá uma moral nazista. No caso dos regimes totalitários, a lei era mera formalidade, sendo indiferente o descumprimento desta ou a mudança de seu texto para albergar a finalidade que se desejasse, por mais maléfica que fosse.

O legalismo apresentou notas distintas conforme as diferentes tradições jurídicas<sup>5</sup>. Essa primeira manifestação do positivismo jurídico é comumente chamado de *positivismo legalista* (ou exegético) e a principal característica dessa fase é o método sintático de interpretação, equiparando o direito à lei.

A escola da exegese<sup>6</sup>, surgida na França pós-Revolução, é uma das manifestações mais conhecidas dessa vertente e foi concebida em torno da seguinte explicação: o conteúdo dos direitos naturais estava assegurado na legislação burguesa. Desse modo, a invocação do direito natural ficou associado às correntes contrarrevolucionárias, àquelas que pretendiam a revogação dos códigos editados e o regresso à velha ordem social da monarquia absoluta pré-liberal (Barbas Homem, 2014, p. 90).

A desconfiança em relação aos magistrados – encarados como representantes do Antigo Regime - e a aplicação extrema de um pensamento de Montesquieu de que os juízes são a boca que profere as palavras mudas da lei, chegou a justificar, embora de modo transitório, o sistema de penas criminais fixas ou tabeladas e o instituto da consulta ao Poder Legislativo pelo juiz, quando houvesse lacuna legislativa.

Segundo Montesquieu (1996, p. 87), quanto mais o governo se aproxima da república, mais a forma de julgar se torna fixa, destacando que os primeiros cônsules romanos julgavam de forma arbitrária, sem que houvesse leis para dirigi-los e, após sentirem o ônus, criaram leis precisas<sup>7</sup>.

Para parte da doutrina, embora a escola da exegese não tenha prevalecido no pensamento jurídico ocidental, suas bases dominaram o imaginário da prática jurídica ao longo de todo o século XX e ainda se apresentam no Brasil como um modelo paradigmático de positivismo ao ponto de, ao se referir a alguém - de modo crítico - como positivista, se faz levando em conta o formalismo e o legalismo (Lopes Filho; Lobo; Cidrão, 2018, p. 351).

No histórico das ideias juspositivistas, todavia, houve modificação no modo de trabalhar e nos pontos de partida do “positivo”, do “fato” (Streck, 2013, p. 32).

<sup>5</sup> Como exemplo, tem-se: o positivismo inglês, de cunho utilitarista; o positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e o alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado “formalismo conceitual” que está na raiz da chamada “jurisprudência dos conceitos.”

<sup>6</sup> As máximas jurídicas dessa vertente são: “Toda a lei, tanto no espírito como na letra, porém, nada mais do que a lei” e “as leis nada deixam ao arbítrio do intérprete.”

<sup>7</sup> Destaco a seguinte passagem de *O Espírito das Leis*: “Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.”

Ocorre que, nas primeiras décadas do século passado, se verificou o recrudescimento do poder regulatório do Estado, seguido pelo desgaste dos modelos sintático-semânticos de interpretação.

Isso reacendeu debate milenar sobre direito e justiça.

Parte da doutrina passou a defender que a juridicidade é, em última análise, estabelecida não apenas por fatos sociais, mas também por fatos morais. Isso ia de encontro às doutrinas juspositivistas de que o direito sempre está vinculado a uma fonte social e que a propalada dependência da moralidade ou é meramente aparente ou, na realidade, não mina os fundamentos sociais do direito (Shapiro, 2007, p. 5).

No capítulo VIII da obra *Teoria Pura do Direito*, que trata da interpretação, Kelsen afirma que as normas jurídicas são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica” (Kelsen, 1998, p. 245). Assim, a teoria do direito ou, em termos kelsenianos, a ciência do direito elabora os critérios de interpretação, fixa a moldura que representa o direito e, conseqüentemente, o conhecimento as várias possibilidades que existem dentro dessa moldura (Streck, 2013, p.74).

Para ele, na aplicação do direito por um órgão jurídico<sup>8</sup>, este realiza um ato de vontade consistente na escolha discricionária entre uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva do Direito a aplicar. A aplicação, assim, envolve um ato de conhecimento - o estabelecimento da moldura - e um ato de vontade (discricionariade) do julgador – consistente na escolha de uma das soluções possíveis contidas nessa moldura.

Assim, delimitado o quadro ou moldura pela atividade cognoscitiva, que leva em consideração apenas o direito positivo, o ato de vontade, pode fazer uso normas morais ou outros juízos de valor social.

De forma semelhante a Kelsen, Herbert Hart admite que a interpretação no direito, pela própria natureza da linguagem, nem sempre é unívoca. Isso porque as normas possuem uma “zona de foco de certeza positiva” e uma “zona de foco de certeza negativa”, entre as quais se

---

<sup>8</sup> Segundo Kelsen, a interpretação feita por órgão aplicador do Direito se distingue de toda e qualquer outra interpretação pelo fato de ser a única a criar direito, por isso é chamada de autêntica. Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta e não se submeter à sanção prevista, também terá de realizar escolha entre diferentes possibilidades. Porém, essa escolha não vincula o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada errônea.

Da mesma maneira, não é autêntica a interpretação feita pela ciência jurídica, a qual não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Um advogado que propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso ou um estudioso que, em uma obra, elege uma dada interpretação como a única “acertada”, não realizam função jurídico-científica, mas de política jurídica, com o intuito de exercer influência sobre a criação do direito. Isso não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica.

identifica uma zona cinzenta de possibilidades interpretativas na qual o intérprete ou o aplicador exerce discricionariedade na escolha do sentido. Essas zonas de foco podem mudar ao longo do tempo, correspondendo ao que o autor denomina de textura aberta da norma (Hart, 2001, p.142).

Uma das críticas do não-positivista Ronald Dworkin a Hart, aliás, é a ênfase dada por este ao poder discricionário do juiz de decidir de uma maneira ou de outra quando uma ação judicial específica não puder ser submetida a uma regra clara de direito. Aquele primeiro rejeita essa tese e considera que, conquanto nenhuma norma regule um dado caso, o magistrado tem o dever de descobrir qual é o direito das partes ao invés de inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente (Dworkin, 2002, p.127).

A principal preocupação do não-positivista Dworkin é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentes.

### 3 Pós-positivismo jurídico<sup>9</sup> e neoconstitucionalismo<sup>10</sup>

Nenhum não-positivista de relevo exclui do conceito de direito os elementos de legalidade e de eficácia social das leis (Alexy, 2004, p. 14). A estes, todavia, acrescenta elementos morais.

Assim, embora esse conjunto de doutrinas procure empreender uma leitura moral do direito, não despreza o direito posto (Barroso, 2005, p. 4-5). Essa teoria da justiça, entretanto, deve inspirar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, excluindo os voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Nessa nova perspectiva, só a jurisdição, em sua realização concreta do direito e em necessária intenção normativamente criadora, pode preencher os limites normativo-jurídicos da lei, porque o direito legislado fica sempre aquém do domínio histórico-socialmente problemático, motivo pelo qual só pode ser normativo-funcionalmente adequado caso se afirme

<sup>9</sup> A insatisfação com a supremacia dos aspectos formais do positivismo jurídico, que importou o cometimento de injustiças baseadas na aplicação formal da lei, deu origem a múltiplas teorias assim genericamente denominadas pós-positivistas. Se os modelos positivistas já se apresentam quase inabarcáveis, os pós-positivos contam com uma gama inapreensível de teorias das mais variadas.

<sup>10</sup> A expressão “neoconstitucionalismo” foi utilizada pela primeira vez durante a intervenção de Susanna Pozzolo no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997, sendo empregada a partir do final da década de 1990, pioneiramente, pelos jusfilósofos de Gênova Paolo Comanducci Mauro Barberis, além da própria Susanna Pozzolo.

como um sistema aberto, a ser realizado, para além da simples integração de lacunas, de forma jurisprudencial (Neves, 1998, p. 5).

O direito que legalmente se realiza é, ele próprio, um *continuum constituendo* em função de uma dialética normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto, mediada pelas normas legais, havendo uma conexão de *lex scripta* e *ius non scriptum*. Toda realização do direito se dá de forma constitutivo-integradora que utiliza elementos normativos “translegais e transpositivos” (Neves, 1998, p. 9).

No Brasil, o pós-positivismo normalmente vem imbricado com o neoconstitucionalismo (Lopes Filho; Lobo; Cidrão, 2018, p. 356).

Segundo Luís Barroso (2005, p. 10), o pós-positivismo é o marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo<sup>11</sup>, que identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional e abrange um conjunto difuso de ideias, agrupadas sob esse rótulo genérico.

O neoconstitucionalismo, segundo o mesmo autor, possui como marco histórico a formação – nas décadas finais do século XX - do Estado constitucional de direito e como marcos teóricos a força normativa da constituição; a ampliação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de nova dogmática de interpretação, implicando processo extenso e profundo de constitucionalização do direito (Barroso, 2005, p. 12). A Constituição irrompe como fonte do direito em sentido pleno da expressão, ou seja, com eficácia imediata para gerar direitos e deveres e não apenas como “*fuelle de las fuentes*” (Núñez Leiva, 2012, p. 517).

Em suma, o neoconstitucionalismo, poderia ser resumido da seguinte forma: a existência de sistemas normativos encabeçados por uma constituição - imbuídos de um esquema particular de separação de poderes - que estabelecem instrumentos para condicionar de forma importante as decisões das maiorias. Esse condicionamento ou controle leva em conta parâmetros axiológicos e que deferem ao Judiciário e não ao Legislativo o papel de liderança na implementação das disposições constitucionais (Núñez Leiva, 2012, p. 515).

O modelo axiológico de Constituição supera a concepção do século XVIII que considera tal documento apenas uma barreira contra o poder. O modelo em questão considera a Constituição um guia para o legislador, ao qual não deve apenas adaptar-se, mas desenvolver; configurando instrumento capaz de modelar as relações sociais e não um mero instrumento de limitação do poder político e garantia de direitos individuais (Pozzolo, 1998, p. 347)

<sup>11</sup> Outros autores indicam ser o pós-positivismo o marco teórico do neoconstitucionalismo.

É necessário frisar, entretanto, que o conceito é utilizado repetidamente por juristas e acadêmicos, não raro, sem considerar a multiplicidade de significados (não necessariamente ligados uns aos outros) que são atribuídos. Por esse motivo, muitos autores falam de "neoconstitucionalismos" em vez de "neoconstitucionalismo" (Núñez Leiva, 2015, p. 316). Além dessa heterogeneidade, outro complicador para a unificação em torno de uma única teoria é o fato do movimento ainda se encontrar em formação (García Figueroa, 2009, p. 65)

Luigi Ferrajoli, por exemplo, embora admita que existam características comuns entre as diversas concepções – a exemplo, da importância que assumem os direitos fundamentais –, entende que há duas maneiras opostas de se conceber tal fenômeno: (a) de um lado, o neoconstitucionalismo, sustentado por aqueles que veem o constitucionalismo como a superação - em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista - do positivismo; (b) de outro, o constitucionalismo garantista, defendido por aqueles que consideram o constitucionalismo a expansão e o “completamento” do positivismo (Trindade, 2016, p. 410).

A ideia de uma nova interpretação constitucional, segundo seus defensores, liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.

Ao abrigarem inúmeros dispositivos de conteúdo moral, a exemplo de liberdade, dignidade e igualdade ou, ainda, princípios como democracia e Estado de Direito, as constituições se colocam como ponte entre a moralidade política e o direito (Vieira, 2005, p. 218).

A constitucionalização de princípios organizadores da ordem política – democracia, separação de poderes etc. – e a positivação de direitos fundamentais impõem aos magistrados a necessidade de suplantar os métodos tradicionais de interpretação, devendo recorrer a processos de argumentação, ponderação e racionalização destinados a determinar o sentido jurídico de preceitos éticos incorporados pela Carta (Vieira, 2005, p. 249).

De acordo com essa concepção, a interpretação passa a ter outro papel e abrangência e deixa de ser vista apenas como um procedimento de descoberta da vontade objetiva da lei ou do legislador - com a aplicação dos métodos tradicionais de exegese -, para ser alçada a uma atividade criadora do direito. Em face disso, o intérprete deixa de ser visto como mero autômato aplicador de regras a fatos por meio de aplicação silogística e mecanicista da lei. Foi dado a ele um papel mais proeminente e discricionário na construção da inteligência das normas, respeitada, é claro, a “moldura da norma” (Maciel, 2015, p. 417).

Isso, todavia, não importa desprezar ou abandonar o método subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica, que continuam a

desempenhar relevante papel na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos (Barroso, 2004, p. 3).

A aplicação exclusiva dos métodos clássicos de interpretação, entretanto, não permite que se faça qualquer adaptação (ainda que dentro de certos parâmetros e limites) das normas inferiores para compatibilizá-las com o Texto Constitucional. Daí parte da doutrina indica a necessidade de utilizar outras técnicas de interpretação constitucional que, livres das amarras impostas pelos critérios puramente positivistas, podem cumprir o mister de salvar normas jurídicas que, se interpretadas com excesso de formalismos, seriam fatalmente fulminadas de inconstitucionalidade (Maciel, 2015, p. 422).

Ocorre que, em um Estado democrático de direito, todo poder emana do povo. Sendo assim, o controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos apenas possui legitimidade se compatível com a democracia.

Diferentemente dos membros do Legislativo, representantes eleitos, os do Poder Judiciário não contam com legitimação popular direta, não sendo possível que os cidadãos exerçam controle baseado na negativa de reeleição. Como compatibilizar tal situação com a democracia?

Para Robert Alexy (2006, p. 15), a solução se dá pelo que chama de representação argumentativa, em que as decisões devem ser amparadas em argumentos que se tornem públicos, formando uma democracia deliberativa, que relacione a decisão com o discurso.

Tal situação pode ser considerada utópica, porque o tribunal seria livre para declarar qualquer argumento para fundamentar sua decisão<sup>12</sup>. Para resolver a questão, todavia, deve-se considerar que o controle de constitucionalidade não é ilimitado e demanda a existência de argumentos corretos e razoáveis.

A fundamentação é o elemento justificante do ato decisório e é válida quando desenvolve uma argumentação racional de cunho universalizável. Se fala, assim na existência de uma “fundamentação democrática das decisões” que se estrutura com mecanismos de participação, a exemplo da publicidade dos atos jurisdicionais (Lamy, 2009, p. 322).

Alexy conclui que se existem argumentos corretos e razoáveis e pessoas racionais, a razão e a correção estarão melhor institucionalizadas por meio do controle de constitucionalidade do que estariam caso este não existisse (2006, p. 18).

<sup>12</sup> “El camino del constitucionalismo discursivo, que empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad, termina en una ilusión en la que es posible legitimar cualquier cosa”.

#### 4 O constitucionalismo positivo ou garantista

Para Luigi Ferrajoli, é possível distinguir três significados diversos, embora conexos, para a palavra garantismo: a) *filosofia política*; b) *teoria jurídica* e c) *modelo normativo de direito*.

Na teoria jurídica, a formulação de Ferrajoli é chamada de constitucionalismo garantista, garantismo jurídico ou teoria axiomática do direito.

É geralmente intitulada de garantismo jurídico, em razão da importância que atribui aos direitos e garantias fundamentais como elementos para superação das promessas não cumpridas pelo sistema jurídico. A expressão se refere, em sentido amplo, ao conjunto de limites e vínculos impostos a todos, nos âmbitos público e privado, mediante a sujeição ao direito positivado e especificamente aos direitos fundamentais (Zanon Júnior, 2015, p. 24).

Ao tratar da teoria do direito, cita o jusnaturalismo, o juspositivismo legal ou formal e o neopositivismo (ou jusconstitucionalismo). Entretanto, sua proposição teórica de um constitucionalismo juspositivista ou garantista seria um reforço do positivismo jurídico, a partir da previsão dos direitos fundamentais em normas constitucionais, a orientarem a produção do direito positivo (Ferrajoli, 2012, p. 22). Isso importaria a mudança de paradigma do velho positivismo, com a submissão da produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo.

O autor destaca ser fundamental para sua teoria a preservação proposta pelo juspositivismo de separação entre direito e moral<sup>13</sup>.

Ferrajoli conclui que o modelo jusnaturalista e as proposições neoconstitucionalistas confundirem os pontos de vista interno (científico ou empírico - o que é o direito – critério de validade) e externo (axiológico ou sociológico – o que deve ser o direito – parâmetro de justiça) (Zanon Júnior, 2015, p. 19).

Sobre a relação entre direito e moral, entende ser inverídico afirmar que o direito não incorpore princípios e valores morais ou, ainda, que não tenha alguma relação conceitual

<sup>13</sup> Ao tratar de sua “forte ligação” com a obra juspositivista de Kelsen, Ferrajoli diz que compartilha do normativismo e o anticognitivismo ético. Acrescenta que se considera mais kelseniano que a maioria da doutrina contemporânea por dois tipos de razão. Uma de caráter epistemológico e outra de caráter teórico (2010, p. 16). Ademais, indica que a limitação na teoria de Kelsen foi a de não tratar da violação do “direito por parte do próprio direito” e dos instrumentos de garantia capazes de impedi-la ou reduzi-la, ou seja, de não tratar da incompatibilidade material do direito com a norma superior.

necessária com a moral, haja vista que expressa ao menos as opções axiológicas dos legisladores e dos julgadores. Para ele, a separação entre moralidade e juridicidade não significa que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça” (Zanon Júnior, 2015, p. 19).

Assim, não se pode afastar que, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem legal, o intérprete, frequentemente, faz escolhas de caráter moral. Todavia, embora as leis e principalmente as constituições incorporem valores, isso não implica a existência de conexão conceitual entre direito e moral (Ferrajoli, 2012, p. 28).

Para o desenvolvimento de seu estudo, trata do constitucionalismo como novo paradigma, fruto de uma profunda transformação interna do paradigma que chama de “paleopositivista”. Esse último, baseado no princípio de legalidade formal ou de mera legalidade, como metanorma de reconhecimento das normas vigentes, indica apenas se uma norma jurídica existe e é válida, independentemente de seu conteúdo, unicamente em razão de sua regular forma de produção (Ferrajoli, 2010, p. 65-66).

Essa mudança de paradigma se seguiu ao término da Segunda Guerra Mundial e à derrota do nazifascismo e decorreu do entendimento de que o princípio da mera legalidade não impediu os abusos da legislação produzida por governos antiliberais e totalitários.

As distinções sobre o princípio da legalidade, nesse ponto, compreendem Estados que o contemplam de maneira meramente formal, em que a onipotência do legislador confere validade à legislação vigente sem a possibilidade de estabelecer qualquer limite ao primado da lei, submetendo as necessárias restrições garantistas ao autoritarismo penal (Bergalli, 1998, p.60).

O constitucionalismo, por sua vez, promove alteração do paradigma positivista clássico, porque resulta da positivação dos direitos fundamentais como limite e mandamento (vínculos substanciais) à legislação positiva. Nesse ponto, pode-se falar em estrita legalidade ou legalidade substancial, com a vinculação material da lei àqueles valores positivados na norma superior.

Sobre interpretação, integração e discricionariedade, o juízo constitucional de ponderação possui geralmente um espaço maior de discricionariedade quando comparado ao juízo ordinário (Ferrajoli, 2013, p. 92). Destaca, entretanto, a existência de estrita correlação, válida para qualquer jurisdição, entre o grau de taxatividade das leis aplicadas e o grau de legitimidade do judiciário, que pode se caracterizar como o que chama de "poder de

disposição", desprovido de legitimidade quando, pela total violação da estrita legalidade, se converte em arbítrio (Ferrajoli, 2013, p. 93).

Nesse sentido, a expressão juiz garantista se refere ao magistrado juspositivista que observa rigorosamente, em sua atividade interpretativa e aplicativa, a incidência das garantias primárias (consequências jurídicas materiais) e secundárias (ditames processuais aplicáveis) no exercício da atividade jurisdicional. Nega, portanto, algumas propostas neoconstitucionalistas que, tratando de retorno metafísico a paradigma jusnaturalista, violam preceitos positivos, com justificativas de perfil axiológico, gerando quebra na segurança jurídica, em detrimento da previsibilidade e do nível de certeza do Direito (Zanon Júnior, 2015, p. 25).

O valor da reserva de lei tratado pela teoria garantista assume relevo no âmbito do penalmente relevante. Tratando-se de individualizar os bens que merecem proteção e as respectivas técnicas de tutela, a legalidade tem a tarefa de traçar escolhas político-criminais que não podem tutelar bens inconciliáveis com o catálogo dos valores constitucionais (Giunta, 2001, p. 451).

A parte geral do Direito Penal, por exemplo, não pode ficar submetida apenas “ao jogo das maiorias parlamentares”, porque expressa a exigência de estabilidade que é própria dos princípios de garantias individuais, afirmados como irrenunciáveis. Seria defensável, portanto, que a parte geral do Código Penal ostentasse uma proteção “superlegislativa” que ancorasse os princípios e as garantias individuais previstos na Constituição (Giunta, 2001, p. 451).

Isso não afasta, todavia, o fato de que a extensão da intervenção penal, deve sempre ser objeto de atuação do legislador, como “artífice exclusivo da política criminal” (Giunta, 2001, p. 451).

Em face disso, o julgador deve ter consciência do seu papel de intérprete das escolhas político-criminais contidas na lei, deixando ao legislador a tarefa de interpretar as necessidades de tutela que surgem no contexto social.

Na esfera criminal, o modelo garantista afasta a análise moral dos atos delituosos e exige que as consequências penais se deem em estrita observância das garantias previstas na lei e na Constituição. Segundo Ferrajoli, apenas por meio de convenção jurídica e não por imoralidade ou a anormalidade é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu (2002, p. 33).

Assim, embora a previsão de uma conduta em lei não seja condição suficiente para imposição de penalidade ao indivíduo – por demandar compatibilidade com os preceitos

constitucionais – é condição necessária para a criminalização, que não se justifica apenas por princípios morais, o que violaria todos os corolários do princípio da legalidade.

Em outras palavras, enquanto a mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), a estrita legalidade exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis, sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Assim, pela mera legalidade a lei penal é condicionante, sendo condicionada pela estrita legalidade (Ferrajoli, 2002, p. 76).

## 5 Garantismo penal e o Poder Judiciário

O garantismo como modelo normativo de direito se ocupa da diferença entre vigência e validade das leis, estabelecendo que a norma inferior, além de seguir o processo legislativo previsto na norma superior, não pode ter conteúdo incompatível com esta.

No que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de “estrita legalidade” se caracteriza, sob o *plano epistemológico*, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o *plano político*, como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e; sob o *plano jurídico*, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, garantista todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (Ferrajoli, 2002, p. 684).

Em resumo, garantismo penal é o modelo normativo de direito que se vincula ao Estado de Direito e à noção de poder mínimo. É também a ideologia jurídica hegemônica dentre os teóricos do Direito Penal (Freitas, 2002, p. 23).

Passa-se, agora, ao exame dos axiomas que o informam.

Os dez axiomas garantistas<sup>14</sup> não são proposições assertivas, porque não descrevem o que ocorre, mas o que deve ocorrer (Ferrajoli, 2002, p. 74). Assim, ao invés de enunciar as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, indica aquelas que ele deve satisfazer, para condicionar ou vincular a potestade punitiva, deslegitimando seu exercício absoluto.

<sup>14</sup> Os dez axiomas se relacionam às seguintes condições de responsabilidade penal: 1. Penais: a) delito; b) lei; c) necessidade; d) ofensa; e) ação; f) culpabilidade e 2. Processuais: g) juízo; h) acusação; i) prova e j) defesa.

Assim, denomina *garantista*, *cognitivo* ou de *legalidade estrita* o sistema penal que inclui todos os dez axiomas, ressaltando que se trata de um modelo-limite, podendo o ordenamento ser mais ou menos garantista, conforme implemente mais ou menos os postulados.

Tais princípios axiológicos fundamentais, que o autor expressa por meio das seguintes máximas latinas: i. *nulla poena sine lege*; ii. *nullum crimen sine lege*; iii. *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; iv. *nulla necessitates sine injuria*; v. *nulla injuria sine actione*; vi. *nulla actio sine culpa*; vii. *nulla culpa sine iudicio*; viii. *nullum iudicium sine accusatione*; ix. *nulla accusatio sine probatione*; x. *nulla probatio sine defensione*.

A partir dessas garantias penais, formulou dez princípios<sup>15</sup>, a partir, sobretudo do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto.

Segundo Ferrajoli, de todos os princípios do sistema garantista, o da estrita legalidade é aquele que o caracteriza de forma específica.

Dele se diferencia o princípio da mera legalidade, porque este se limita a exigir a lei como condição necessária para reconhecimento do delito e aplicação da pena. Já o princípio da estrita legalidade exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.

O princípio da mera legalidade, todavia, é pressuposto do sistema, porque nenhuma outra garantia seria concebível se ele faltasse por completo.

A simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que preveem penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo; já a legalidade estrita resulta de sua conformidade com as demais garantias e é uma condição de validade ou de legitimidade das leis vigentes.

Em resumo, o garantismo penal é um modelo normativo de Direito vinculado ao Estado de Direito e ao minimalismo penal, consistindo numa orientação político-criminal comprometida com a maximização da liberdade e a minimização da violência punitiva com a finalidade de assegurar os direitos individuais (Ferrajoli, 2002, p. 891).

Para compreender as relações entre democracia e Estado de Direito é necessário conhecer as condições formais e substanciais impostas ao válido exercício do poder. Tais

<sup>15</sup> a) princípio da retributividade; b) princípio da legalidade; c) princípio da necessidade (ou da economia do Direito Penal); d) princípio da lesividade; e) princípio da materialidade (ou da exterioridade da ação); f) princípio da culpabilidade (ou da responsabilidade pessoal); g) princípio da jurisdicinariedade; h) princípio acusatório; i) princípio do ônus da prova e j) princípio do contraditório.

condições formam o objeto de dois tipos diferentes de regras: a) sobre *quem pode* e sobre *como se deve* decidir; b) regras sobre *o que se deve* ou *não se deve* decidir. As do primeiro tipo se ligam ao caráter politicamente democrático e as do segundo ao Estado de Direito (Ferrajoli, 2002, p. 688-689).

As regras de democracia política disciplinam as formas de expressão da soberania popular, definindo *quem decide* e *como se decide*, estabelecendo competências e procedimentos para tal finalidade. Já as regras do Estado de Direito garantem as prerrogativas fundamentais dos cidadãos, estabelecendo *o que não se deve*, ou ainda, *o que se deve* decidir, e assinalando para tal fim as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nas formas e nos casos taxativamente previstos, as liberdades em geral, bem como o dever de remover as desigualdades sociais ou assegurar instrução e saúde (Ferrajoli, 2002, p. 689).

É importante destacar que o Estado de Direito, com limitação ao exercício do poder, surgiu bem antes do Estado democrático e este se caracteriza não pela ideia de que tudo deve se decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Assim, é certo que nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) dos direitos fundamentais de uma minoria ou de um só cidadão e, nesse ponto, o Estado de Direito se contrapõe ao Estado absoluto – autocrático ou democrático (Ferrajoli, 2002, p. 689).

Ao Estado, a punição dos culpados por práticas criminosas, a fim de proteger a harmonia do tecido social, é tão-importante quanto a proteção dos inocentes e a imposição de limites claramente fixados ao poder-dever de punir, posto ser incompatível com o Estado Democrático de Direito o arbítrio (Delmanto Júnior, 2007, p. 214)

Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 128-131), ao tratar da conformidade funcional – relacionada à repartição de funções constitucionalmente estabelecidas – afirma que esse é o argumento contra o ativismo judicial e, na Alemanha, é usado para restringir participação mais ativa do Tribunal Constitucional em debates político-jurídicos, sob a alegação de que o campo da política é reservado ao legislador. Diante da dificuldade de separar, no campo constitucional, o que é exclusivamente político ou exclusivamente jurídico, formulou-se a metáfora da “constituição –moldura”, que apenas definiria limites à atividade legislativa. Assim, ao Tribunal Constitucional caberia uma tarefa meramente negativa, de controle da atividade do legislador aos limites da moldura.

Sobre o papel do Judiciário no sistema, Ferrajoli decompõe o poder judicial em quatro. O primeiro é *o poder de constatação probatória*, ligado à verificação de existência do fato. Já

o *poder de interpretação* ou *de denotação* trata da verificação do delito a ele relacionado. Por sua vez, o *poder de conotação* se vincula à compreensão de específicas e concretas particularidade do fato. Por fim, tem-se o *poder de disposição*.

Esse último decorre de carências ou imperfeições do sistema penal, sendo patológico e contrário à natureza da jurisdição. O exercício desse poder não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica.

Sendo *juris-dictio*<sup>16</sup> a verificação da correspondência do fato provado e apreendido à lei, o poder dispositivo a negaria porque não faria a denotação do que consta da lei, mas simplesmente *dictum*, não se baseando nas operações lógicas em que se decompõe o raciocínio judicial, mas unicamente no poder que o autor chama de “disposição”. Desse modo, acabaria a correlação entre verdade da motivação e validade da decisão, afastando-se do modelo garantista segundo o qual *veritas, non auctoritas facit iudicium* (Ferrajoli, 2002, p. 134).

A partir disso, diferencia a cultura e a prática penal entre orientações garantistas e orientações decisionistas. Para ele, o cognitivismo penal exige um modelo de estrita legalidade, com predeterminação das hipóteses de delito, idôneas para fazê-las verificáveis e refutáveis em julgamento. Por outro lado, o decisionismo penal se alinha com modelos de legalidade atenuada, que deixam margem ao poder judicial de disposição, ou seja, a critérios subjetivos e ético-políticos, podendo-se traçar distinção entre autoritarismo e garantismo conforme haja menor ou maior separação entre direito e moral (Ferrajoli, 2002, p. 141).

Assim, a taxatividade das regras de Direito Penal torna-se a principal garantia de liberdade do acusado contra o arbítrio, considerando que o julgador possui máxima submissão à lei, quando da verificação das hipóteses típicas.

Sobre isso, todas as técnicas de atenuação ou dissolução da estrita legalidade penal importam a tentativa de punir não *quia prohibitum*, senão *quia peccatum* e, em consequência, perseguir nem tanto pelo que se fez, senão pelo que se é.

Para Ferrajoli, o nexo entre verdade e validade dos atos jurisdicionais representa o primeiro fundamento teórico da divisão dos poderes e da independência do Poder Judiciário no

<sup>16</sup>Ferrajoli ressalta que *juris-prudentia*, por outro lado, constitui a compreensão das conotações específicas do caso denotado e verificado. Segundo ele, “É precisamente na ‘prudência’, ‘compreensão’ ou no ‘discernimento’ das diferenças que Aristóteles identificava a virtude da equidade. Ainda mais do que a *dictio* ou denotação dos elementos constitutivos, conforme aos quais um determinado fato é um delito, e a qual que se pressupõe, em todo caso, é antes a *prudencia* ou compreensão de suas conotações singulares que caracteriza a função judicial, distinguindo-a de qualquer outra função burocrática ou meramente executiva.

Estado de Direito. Mesmo que exprima a vontade da maioria ou mesmo da unanimidade dos cidadãos, o ato de autoridade não necessariamente será expressão de verdade (Ferrajoli, 2002, p. 437).

Sobre o ponto, em matéria de Direito Penal incriminador, a vontade geral já se encontra satisfeita por meio da legislação, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas. Se à maioria fosse confiada também o Poder Judiciário, as liberdades dos discordantes seriam postos em grave perigo. E o perigo seria tanto maior quanto mais amplos fossem os espaços potestativos do sistema penal e conseqüentemente a carência de legitimação legal que a legitimação democrática deveria remediar (Ferrajoli, 2002, p. 438).

Além disso, para a liberdade e a verdade de quem é submetido à justiça penal, o apoio da opinião pública representa maior perigo, correndo sempre o risco de imprimir ao juízo uma conotação partidária que contrasta com a imparcialidade exigida na atividade jurisdicional.

O autor conclui que um dos fundamentos da divisão dos Poderes e da independência da função judiciária repousa na necessidade de assegurar ao acusado que o juiz poderá absolvê-lo mesmo contra a vontade de todos. Assim, a aplicação do Direito Penal apenas ocorrerá de forma legítima se houver busca livre e desinteressada pela verdade e for preservada a liberdade do acusado (pessoal, política, de pensamento, de defesa) para garantir seu direito contra o poder e os interesses da maioria (Ferrajoli, 2002, p. 438).

Se um comportamento não é tipificado, a atribuição judicial da conduta como crime será apenas exercício de poder de disposição. Não haverá *juris-dictio*, apenas *dictum*, porque a corte não é dotada de mecanismos de legitimação política para, substituindo a vontade da maioria, atribuir conduta criminosa a um de seus indivíduos.

Inexistindo lei penal, criada a partir do exercício da atividade jurisdicional, se estaria apenas punindo comportamento imoral – assim entendido a partir da compreensão de um pequeno grupo de magistrados. Inevitavelmente, ao se tentar aplicar uma noção substancial de justiça, apartada completamente de previsão legal, o magistrado estará impondo seus valores individuais, dificilmente dissociados de seus interesses, em desfavor do condenado.

Para Ferrajoli (2006, p. 53), quando a garantia penal da estrita legalidade estiver totalmente ausente, o juízo penal se converte inevitavelmente em juízo moral e o juízo moral, em puro arbítrio.

Desse modo, quando o princípio da estrita legalidade é violado pelo legislador, com tipos delitivos totalmente indeterminados, com normas penais em excesso, de forma confusa e contraditória, a atividade interpretativa do juiz termina por ter função criadora, violando o

princípio da separação de poderes e a submissão da atividade do juiz à lei. Nesse caso, a falta de taxatividade dos tipos criminais, o Judiciário se transforma em poder potestativo, arbitrário, já que a escolha das normas fica confiada a suas opções morais ou políticas e, portanto, extrajurídicas.

Ao defender que um Direito Penal autoritário, ou seja, que relativiza a aplicação do princípio da legalidade, sequer seria Direito Penal, Zaffaroni (2005. p. 157) afirma que a característica comum a todos os Estados que adotaram esse modelo foi a invocação da necessidade para um caso de emergência.

Assim, ocorreu, ao longo da do tempo, com a heresia, o maligno, drogas, alcoolismo ou terrorismo. A partir da indicação de um mal como ameaça absoluta, se justificam medidas imediatas e urgentes a neutralizá-lo, já que se trata de ameaça iminente à subsistência da espécie humana ou, pelo menos, de uma cultura ou civilização (Zaffaroni, 2005. p. 157).

Conclui Ferrajoli que, “a justiça perfeita não é deste mundo, e qualquer pretensão de tê-la realizado por parte de um sistema penal não é só ilusória, como também um sinal da mais perigosa das imperfeições: a vocação totalitária” (Ferrajoli, 2002, p. 369-370).

## 6 Considerações finais

Embora aplicação do princípio da legalidade penal tenha se alterado bastante desde as suas primeiras formulações, permanece sendo importante garantia do indivíduo ao arbítrio estatal. A legalidade estrita, por sua vez, é o núcleo do garantismo penal e, mesmo em face neoconstitucionalismo, a existência de lei formal é ainda condição necessária – mesmo que não seja, eventualmente, suficiente – para a atribuição de um crime e imposição de uma pena.

O garantismo penal tem o escopo de compatibilizar normas que restrinjam direitos – a exemplo dos dispositivos incriminadores -, porque exige que os comportamentos proibidos estejam previstos em lei formal – evitando o arbítrio do julgador – mas também exige a compatibilidade dos preceitos legais com as garantias constitucionais – evitando o arbítrio do legislador.

Em Direito Penal a liberdade é pedra fundamental e tem importante garantia no princípio da legalidade, não se podendo admitir que o Judiciário, a partir da ponderação de princípios, imponha a criminalização de conduta independentemente da existência de lei estrita.

Por mais imoral ou socialmente nociva que seja uma conduta, somente a lei penal pode defini-la como crime. O delito, por seu turno, é pressuposto da pena, igualmente definida formalmente por meio da lei, porque o fato punível não se apresenta ontologicamente como tal.

Assim, diante do princípio da legalidade, impede-se o magistrado de julgar arbitrariamente, na medida em que se encontra submetido à lei.

A depender do caso, a existência de lei penal pode ser insuficiente para determinar a incriminação, mas é sempre necessária para tal desiderato<sup>17</sup>.

Sobre isso, com o fundamento na aplicação de princípios constitucionais, o Judiciário não pode ultrapassar os limites semânticos na norma incriminadora, por mais justas que sejam as intenções. A prevalecer entendimento contrário, a fixação legal das penas máximas, por exemplo, serviria como mero conselho ao magistrado que, aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia exasperá-las, quando entendesse que o legislador atribuiu proteção deficiente ao bem jurídico violado.

Apenas a sociedade, num dado momento histórico, e nunca o indivíduo, poderá decidir quais condutas devem ser proibidas pelas normas de Direito Penal. Eventual excesso incriminatório ou agravamento desproporcional de penas já previstas poderia ser objeto de anulação pela corte a que coubesse o controle de constitucionalidade das leis, numa clara consequência da aplicação da teoria dos freios e contrapesos que deve nortear a interação entre os três Poderes.

Assim, respondendo à pergunta de pesquisa, a teoria do garantismo penal é importante instrumento de limitação do poder do Estado quanto à aplicação de normas incriminadoras.

Isso porque demanda sempre a existência de lei incriminadora (mera legalidade), impedindo a utilização exclusiva de normas morais ou de princípios constitucionais para fins de responsabilização criminal, mas também exige que o estabelecimento da moldura normativa e a exclusão da “zona de foco de certeza negativa” se fundamente em lei penal adequada às garantias constitucionais (estrita legalidade).

Quanto a isso, o próprio termo “Estado de Direito” só pode ser empregado quando se tem validade substancial das leis, sendo a separação entre direito e moral o principal pressuposto metodológico de uma teoria geral do garantismo.

Não há que se falar do uso do garantismo penal fora da construção realizada por Luigi Ferrajoli que visava dar máxima proteção aos direitos de liberdade. Assim, não se pode empregá-lo na acepção de “garantismo positivo” para basear conclusão absolutamente oposta

<sup>17</sup> Conforme anotado no capítulo II, o método do Direito Penal decorre da síntese entre os princípios constitucionais da legalidade, o qual norteia seu limite negativo e da dignidade da pessoa humana, que norteia seu limite positivo.

de permitir que o Judiciário, sob o fundamento de solucionar situação de proteção penal deficiente, criminalizar conduta independentemente da existência de lei estrita.

Sendo assim, só é válido defender um papel contramajoritário do órgão judicial encarregado de dar a última palavra sobre interpretação da Constituição se for para preservar a liberdade do indivíduo do arbítrio da maioria. Mesmo por meio de instrumentos políticos legítimos, é possível que se faça aprovar norma jurídica penal autoritária, cabendo ao Poder Judiciário declarar que não se verifica a estrita legalidade no caso, porque substancialmente esvazia um direito individual.

Uma teoria do garantismo, além de criticar o direito positivo - referente aos seus parâmetros de legitimação externa e interna – também critica ideologias políticas, jusnaturalistas ou ético-formalistas, porque confundem, sob o plano político externo, a justiça com o direito, ou pior, vice-versa. Também o faz em relação às ideologias jurídicas normativas ou realistas, que confundem a validade com o vigência ou, ao contrário, a efetividade com a validade (Ferrajoli, 2002, p. 686).

## Referências

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.

ALEXY, Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación. *In*: ALEXY, Robert; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Jueces y Ponderación Argumentativa**. Cidade do México: UNAM, 2006. p. 1-18.

BARBAS HOMEM, António Pedro. Do Direito Natural aos Direitos do Homem. *In*: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (org.). **Do Direito Natural aos Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 73-106.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

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. 1-42, abr./jun. 2005.

BERGALLI, Roberto. Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. **Jueces para la Democracia**, [S. l.], v. 32, p. 58-64, jul. 1998. Disponível em: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/1998/07/revista-32-julio-1998-1.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Trad. Mário Puglieses. São Paulo: Ícone Editora, 1995.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Garantismo penal. **Estudios Jurídicos**, Cidade do México, n. 34, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantias**: la ley del más débil. 7. ed. Madri: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una discusión sobre derecho y democracia. Trad. Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2013.

FREITAS, Ricardo. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los Derechos. Madri: Editorial trotta, 2009.

GIUNTA, Fausto. A justiça penal na Itália: Crise da legalidade e suplência judiciária. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mroz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 791, p. 447 – 455, set. 2001.

GREEN, Leslie; ADAMS, Thomas. Legal Positivism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Winter Edition, 2019. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>. Acesso em: 11 maio 2022.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAMY, Marcelo. O princípio da Legalidade sob a Ótica da Teoria da Jurisdição e da Jurisdição Constitucional. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (org.). **Princípio da Legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-337.

LISBOA, Marcelo Jucá. Conceito de Direito: Contributo para Seu Restauro. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 502, ago. 2019.

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio César Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, p. 348-361, 2018.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 10, p. 417-464, ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. 1.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, p. 1-44, 1998.

NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio. Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas). **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, p. 511-532, 2012.

NÚÑEZ LEIVA, J. Ignacio. Explorando el neoconstitucionalismo a partir de sus tesis principales: "Black holes & Revelations". **Ius et Praxis**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 315-343, 2015.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Trad. Josep. M. Vilajosana. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S. l.], n. 21, v. 2, p. 339-353, 1998.

RODRIGUES, Luis Fernando Matricardi. **A proibição de insuficiência e o STF: há controle de proporcionalidade da omissão estatal?** São Paulo: Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. Disponível em: [http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158\\_MLF.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/158_MLF.pdf). Acesso em: 25 jul. 2022.

SHAPIRO, Scott J. The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed. **Biblioteca virtual SSRN**, mar. 2007. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=968657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>. Acesso em: 05 jun. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, João P. A. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. *In*: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2017. p. 71-80.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam Trindade (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli** (livro eletrônico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo) constitucionalismo: as teorias de Ferrajoli, Prieto Sanchís e García Amado. *RVMD*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 406-430, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.), **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 217-254.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Garantismo jurídico: O esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 22, n. 28, p. 13-38, 2015.