

SUPRALEGALIDADE COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRIME NO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

SUPRAL LEGALITY AS A CAUSE OF EXCLUSION OF CRIME IN LUIGI FERRAJOLI'S GUARANTEE THEORY

Leonardo Marcel de Oliveira¹

PUC Minas

Guilherme Coelho Colen²

PUC Minas

Resumo

O artigo realiza análise crítico-teórica da supralegalidade como causa de exclusão do crime no garantismo Ferrajoliano. Analisa-se no artigo a estrutura do princípio da lesividade para a partir dele se sustentar a insuficiência de semelhante visão positivista dos princípios, porque pode decorrer uma possibilidade de uma aplicação arbitrária do direito penal ao não se reconhecer a supralegalidade em uma decisão judícia). Propõe-se, por fim, um critério de correção valorativa no qual, a partir da utilização do método entimemático no Direito Penal, na forma em que o apresenta Cláudio Brandão, torna-se possível aplicação supralegal do direito penal em benefício do agente.

Palavras-chave

Legalidade. Garantismo penal. Supra-legalidade. Entimema.

Abstract

The article performs a critical-theoretical analysis of supralegality as a cause of exclusion of crime in the Ferrajolian guaranteeism. The structure of the principle of harmfulness is analyzed in the article in order to sustain the insufficiency of such a positivist view of the principles, because there may be a possibility of an arbitrary

¹ Doutorando em direito público, com ênfase em direito penal, pela PUC Minas bolsista da coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior – brasil (CAPES). Advogado criminal.

² Professor do programa de pós-graduação em direito da PUC Minas.

application of criminal law when supralegality is not recognized in a judicial decision). Finally, a criterion of value correction is proposed in which, from the use of the enthymematic method in Criminal Law, in the form in which Cláudio Brandão presents it, it becomes possible to apply supra legal criminal law to the benefit of the agent.

Keywords

Legality. Criminal guarantee. Supralegality. Enthymeme.

1. Introdução

O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli designa um modelo normativo de direito, isto é, um sistema de enunciados como técnica direcionada à contenção da violência estatal e ampliação da tutela dos direitos e garantias fundamentais.

No que diz respeito ao direito penal, dispõe Ferrajoli que a sua teoria do garantismo designa um modelo normativo de direito conceitualmente correspondente ao modelo de legalidade estrita, cujo propósito consiste precisamente em estruturar um sistema legal de vínculos cogentes que maximize direitos dos cidadãos em face do poder punitivo do Estado.

Nota-se que a legalidade estrita é o axioma mais transcendente para o garantismo penal ferrajoliano. Isso se dá porque, em um sistema normativo fechado ao direito positivo, como é o deste autor, a legalidade é o termo antecedente que condiciona logicamente o desenvolvimento e a coerência lógica de qualquer outra instituição. Disso resulta que a legalidade estrita pressupõe todos os demais axiomas do sistema garantista e, portanto, ela é um pressuposto da própria subsistência do sistema.

A legalidade estrita corresponde, na epistemologia penal, à necessidade taxatividade absoluta da tipificação do desvio punível. Nesse sentido, baseando-se em critérios empíricos, que assim serão

passíveis de posterior comprovação no âmbito da cognição, o axioma em análise permitia, segundo Ferrajoli, a submissão do juiz à Lei.

Não obstante, ao defender a ideia de que só um sistema absolutamente fechado ao direito positivo permitiria equacionar racionalidade e segurança jurídica para garantir suficientemente os direitos e garantias fundamentais, Ferrajoli impõe, além da necessidade de submissão do juiz à Lei, que também o julgador esteja submetido *somente a lei*.

Para viabilizar a sua proposta e assim clausurar a cognição do sistema garantista somente ao direito positivo, Ferrajoli desenvolve uma teoria do ordenamento jurídico que, derivada de um “positivismo constitucionalizado”, tornaria possível a edificação de um sistema absolutamente fechado ao direito positivo, mas, ao mesmo tempo, materialmente legítimo, pois os postulados éticos e políticos, que são traduzidos no direito positivo como direitos e garantias fundamentais, seriam conteúdo de uma Constituição rígida, e esta última vincularia todo o ordenamento jurídico, dando a ele legitimidade substancial/material.

Isso posto, pode-se afirmar que proposta de Ferrajoli para impedir, em um sistema positivista, a abertura do sistema à critérios externos (substanciais/materiais) de legitimidade – que comprometeriam, na opinião do autor, o princípio da legalidade estrita na etapa da cognição – foi trazê-los (os critérios) para uma Constituição rígida e, com isso, com base na força normativa desta Constituição, a legalidade, que condiciona todo o ordenamento jurídico, é agora também condicionada pelo conteúdo substancial da Constituição, devido a hierarquia existente entre ambas, e então todo o firmamento penal, diretamente vinculadas à substância da Constituição, dotar-se-ia de legitimidade substancial/material.

Como se descortina no desenvolvimento do texto, da pretensão de Ferrajoli de não dar qualquer margem à possibilidade de o julgador realizar remessa a critérios alheios ao direito positivo para fundamentar as decisões judiciais no âmbito da cognição, resultará, igualmente, em relação aos princípios jurídicos, um tratamento eminentemente positivista. Com efeito, tem-se que somente os princípios expressamente trazidos no texto da Constituição (rígida) são passíveis de reconhecimento judicial, bem como somente poderão ser analisados e aplicados na forma que o texto constitucional os dispõe conceitualmente.

A partir da constatação anterior, dada a possibilidade de ausência de previsão constitucional do princípio da lesividade, ou ainda a falta de ‘taxatividade’ típica deste princípio, visto que Ferrajoli defende, sobre a lesividade, que ela deverá ser reduzida linguisticamente em cada preceito penal para que se possa reconhece-la, sustentamos que o formalismo defendido por Ferrajoli resvala na possibilidade de não incidência da supra-legalidade na seara penal (no caso, precisamente na tipicidade) e, com isso, paradoxalmente, o garantismo penal poderia permitir em seu âmbito o não reconhecimento de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas que ditas causas traduzem.

Diante da possibilidade de consequências arbitrárias na aplicação do Direito Penal na base do formalismo que estrutura o garantismo penal de Ferrajoli, pois é possível que dele se faça derivar *uma interpretação* em face da qual não se reconheça a possibilidade de uma causa supra-legal de exclusão do crime (no caso, a insignificância) como reflexo de um princípio não descrito expressamente na Constituição (no caso, a lesividade, afirmamos a necessidade de se estabelecer um critério de correção valorativa no mencionado garantismo.

Propõe-se, na última seção do texto, que a utilização do método entimemático, na forma que apresenta Cláudio Brandão, em relação à tipicidade, permite corrigir uma eventual interpretação que, baseando-se nos postulados do sistema garantista, não vislumbre a possibilidade de exclusão supra-legal da tipicidade por incidência do princípio da insignificância, em face de uma situação hipotética de não previsão constitucional da lesividade.

Advirta-se que tomamos como caso limite, para desenvolver a argumentação, as implicações desse fenômeno na tipicidade, que decorreria necessariamente de considerar a lesividade e princípio da insignificância. Não obstante, da mesma forma poderia suceder com outras causas supra-legais de exclusão do crime, por não existir previsão expressa do seu fundamento na Constituição, tendo em vista que não só é possível que se fundamente com elas somente a exclusão da tipicidade, mas também dos demais elementos do conceito de crime.

No eco de Cláudio Brandão, explicitamos a condição do entimema de veículo interpretativo que, diferentemente do silogismo demonstrativo, não permite identificar uma conclusão lógica como dedução imediata derivada análise e afirmação de correspondência entre duas premissas. Isso se dá porque, no entimema (ou silogismo retórico), como sentencia Brandão, se reconhece que uma destas premissas estará nele sempre implícita; nesse sentido, como uma das premissas não está posta, a conclusão não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas.

A conclusão do silogismo retórico prescinde da construção dessa premissa elíptica, que se encontra implícita. Nele, dita premissa deverá ser descortinada através da argumentação, isto é, considera-se que ela tem de ser construída retoricamente; graficamente, na ciência jurídica, o deslinde do método entimemático se dará da seguinte forma: a partir

do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador (que na relação com objeto será o sujeito cognoscendi) já concluiu, em verdade, a sua decisão. Com efeito, a partir desta conclusão já tomada, o julgador buscará uma premissa maior para fundamentá-la retoricamente, construindo ele mesmo a premissa que lhe falta para o silogismo.

A primeira conclusão do silogismo retórico no método penal posta por Brandão que vinculamos a nossa argumentação é que nele a tipicidade representará uma limitação do arbítrio do julgador no que diz respeito à escolha da premissa maior na estrutura do entimema, pois ela não dará margem para que ele a construa retoricamente de modo a possibilitar a condenação do réu fora daquilo que está disposto no preceito penal.

A segunda conclusão utilizamos para fundamentar a proposta do autor como critério corretivo do garantismo de Ferrajoli, pois, se a premissa elíptica for construída por meio de uma argumentação racional e proporcional, *pro hominis*, como fundamento retórico de exclusão supra-legal do crime por ausência de lesividade da conduta, será teleologicamente conforme a tipicidade e a legalidade, e por isso, ainda que não esteja essa argumentação baseada em uma previsão legal ou constitucional, poderá excluir a tipicidade e a assim impedir imputação do crime.

2. O SG DE FERRAJOLI COMO EXPRESSÃO DE UM MODELO NORMATIVO DE DIREITO BASEADO NA LEGALIDADE ESTRITA.

Luigi Ferrajoli é um teórico e filósofo do Direito que busca, no que diz respeito a sua obra *Direito e razão*, elaborar rigorosamente um sistema

que, tendo por fundamento a máxima tutela das liberdades individuais em face das diversas possíveis formas de exercício arbitrário do poder, seja capaz de legitimar o ordenamento jurídico. Essa constatação ganha sentido e alcance a partir da leitura das considerações de Norberto Bobbio em prefácio da 1ª edição italiana da obra em referência. Nesse sentido, veja-se:

“Posso dizer, em geral, que *Direito e razão* é uma obra onde se encontram continuamente entretidos problemas de teoria do direito e problemas de política do direito que deverá ser compreendida e julgada a partir de ambos os pontos de vista. (...) A aposta [da obra] é alta: a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal.” (IV: FERRAJOLI, 2002, Prefácio).

Isso posto, com base nas considerações anteriormente descritas, cabe pôr em relevo uma primeira advertência: *Direito e razão*, de Luigi Ferrajoli, é uma obra de teoria do direito, teoria política, teoria do Estado, lógica, filosofia e *também* de Direito Penal e Processo Penal. Note-se, nessa conjuntura, que o próprio Ferrajoli diz fornecer, em seu citado texto – *Direito e razão* – os elementos para uma teoria geral do garantismo jurídico. Assim, não obstante o nítido enfoque jurídico-penal que se verifica nesta mencionada obra, é preciso ressaltar que o

seu alcance teórico encampa e é aplicável a todo o ordenamento jurídico, e não somente ao âmbito penal.³

Sobre o conceito de garantismo, Ferrajoli afirma que ele detém três significados fundamentais⁴, os quais, embora distintos

³ Nesse sentido se pronuncia o próprio Ferrajoli, após desenvolver os rasgos fundamentais do sistema garantista em sua obra, dizendo expressamente o seguinte: “estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho - estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. e ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas - jurídicas e políticas - que permitem relevar.” (Ferrajoli, 2002, p. 686).

⁴ Sobre a tríade de significados que comporta o neologismo garantismo, transcrevemos a definição do próprio autor: “segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” *sg*, próprio do *estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a máxima liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (...) em um segundo significado, “garantismo” designa uma *teoria jurídica* da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” do direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas) interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.(...) segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma

conceitualmente, são conexos entre si, nomeadamente: I. garantismo como modelo normativo de direito; II. garantismo como teoria jurídica; III. garantismo como filosofia política.

Consoante ao desenvolvimento do primeiro significado, vale dizer, o garantismo como *modelo normativo de direito*, conforme dispõe Ferrajoli, no que diz respeito ao direito penal, corresponde-se ao modelo de estrita legalidade. Esse referenciado modelo ou sistema de estrita legalidade, tal como descreve o autor italiano, deve ser reconhecido conforme três diferentes planos: sob plano epistemológico, como um sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o plano político, uma técnica de tutela que busca minimizar a violência e maximizar as liberdades; e, por último, sob plano jurídico, como sistema de garantias que vincula de forma cogente o exercício da potestade penal.⁵

Deve-se ressaltar, no entanto, a transcendência da legalidade estrita no que diz respeito a seara penal, pois, nas palavras do próprio Ferrajoli, somente será considerado como garantista o sistema que se conformar normativamente com dito modelo de legalidade estrita – e que efetivamente o satisfaça. (FERRAJOLI, 2002, p. 684).

Para Ferrajoli, conceitualmente, o Direito penal consiste em “uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação” (FERRAJOLI, 2002, p. 73-74); sublinha, nesse sentido, que o sistema

filosofia política que requer do direito e do estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. neste último sentido o garantismo (pressupõe) a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade jurídica, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. e equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do estado, do ponto de vista exclusivamente *externo*. ” (Ferrajoli, 2002, p. 684).

⁵ cf. nota 2.

garantista⁶, como modelo normativo de direito, através de seus princípios ou axiomas, propõe-se a definir um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 30); ao passo que o referido esquema epistemológico, diz o autor, tem uma finalidade declarada: “[O SG é] orientado a assegurar (...) o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

O SG consiste, portanto, em um modelo normativo de direito positivo, modelo garantista de Direito Penal (ou de responsabilidade penal), através do qual se estabelecem e se determinam “as regras do jogo fundamental do direito penal” como técnica de conter a violência estatal e maximizar os direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

Precisamente no plano jurídico-penal, Ferrajoli estruturou a sua proposta sistemática, na qual, portanto, expressam-se efetivamente quais seriam essas referidas regras do jogo fundamentais do direito penal como técnica de conter a violência estatal e maximizar os direitos fundamentais, sobre o esteio dez axiomas. Dentro desta descrita estrutura constitutiva do SG, sublinha Ferrajoli, dos dez

⁶ Ao longo do desenvolvimento do texto, abrevia-se sistema garantista utilizando, para tanto, da sigla ‘sg’.

axiomas que o constituem, a legalidade estrita é apresentada através do A2 (segundo axioma)⁷, e pressupõe todo o sistema normativo.⁸ Advirta-se que a legalidade estrita pressupõe todos os demais axiomas do SG porque ela é o termo antecedente que condiciona logicamente o desenvolvimento ou funcionalidade de qualquer outra instituição de um modelo normativo (positivista, no caso de Ferrajoli) de Direito Penal – isto é, modelo de Direito Penal enquanto técnica de definição, de individualização e de repressão da ‘desviação’ – que se propõe a desenvolver um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal” com objetivo de contenção do poder punitivo através de um máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo. (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

⁷ Assim, como todos os demais axiomas em seu sistema, a legalidade afirma-se por meio de um enunciado que, depois de fundamentado, passa a ser pressuposto como verdadeiro, no sentido de indispensável para legitimar a intervenção penal, e dele subjazem logicamente teoremas que se encontram logicamente vinculados à garantia daquele axioma, e portanto também justificados. (Ferrajoli, 2002, p. 74-76). sobre o tema, são as palavras de Ferrajoli: “dos dez axiomas de nosso sistema *sg* – inderiváveis entre si e, não obstante, encadeados de maneira que cada um dos termos implicados implique por sua vez o sivo – derivam, mediante silogismos triviais, quarenta e cinco teoremas. com efeito, todos os termos implicados são enunciáveis como consequentes de outras tantas implicações, que têm como antecedentes todos os termos que as precedem no sistema.” (Ferrajoli, 2002, p. 74).

⁸ A rigor, não só a estrutura e desenvolvimento dos axiomas próprios do *sg*, mas também aos aspectos correlatos a própria cognição: “compreende-se, por outro lado, como o princípio de legalidade estrita implica todas as demais garantias – da materialidade da ação ao juízo contraditório – como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionabilidade do sistema. precisamente, como mostrarei no próximo capítulo, a legalidade estrita garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante as garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos.” (Ferrajoli, 2002, p. 77).

Tamanha importância do princípio da legalidade para o SG que, segundo Ferrajoli, os desdobramentos da denominada ‘crise da legalidade’ – também dita pelo autor como ‘vicissitudes do princípio da legalidade’ ou ‘descodificações’ (FERRAJOLI, 2002, p. 309) – representam as primeiras características de um sistema antigarantista, tal como se verifica, justamente por conta do esvaziamento do princípio da estrita legalidade, nos pensamentos que ele se refere como substancialismos e/ou cognitivismos éticos.⁹

Ao contrário daquilo que se apregoa nas doutrinas anteriormente mencionadas, preconiza Ferrajoli que a Lei constitui e representa “o critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados” (FERRAJOLI, 2002, p. 35); isso posto, segundo o autor, qualquer hipótese de reenvio de a critérios de legitimidade externos no âmbito da cognição, tais como valores, princípios morais ou políticos, resulta na dissolução do SG, com azo à impulsos irracionais ou autoritários. (FERRAJOLI, 2002, p. 309).

É por isso que o autor afirma que o seu SG de Direito Penal se funda, em todos seus postulados, no princípio da legalidade estrita, pois, segundo o próprio Ferrajoli, as características de um sistema *antigarantistas*, vale dizer, a definição mesma de um ordenamento jurídico penal como *garantista* ou *não garantista*, são vistas pelo prisma de tal princípio.

⁹ Consoante o substancialismo penal e cognitivismo ético, ferrajoli afirma correntes ‘não formalistas’, que tratam o delito a partir de uma concepção ontológica. logo, diz ferrajoli, sobre este pressuposto delas, tem por resultado que “objeto de conhecimento e de tratamento penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou anti-social e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou anti-sociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição.” (Ferrajoli, 2002, p. 35).

Ressalta-se que Ferrajoli configura a legalidade estrita através de duas diferentes faces, que encontram-se vinculadas historicamente a duas diferentes garantias correspondentes ao enunciado (*nullum crime sine lege*), nomeadamente: a mera legalidade ou legalidade em sentido lato (T67), e a estrita legalidade (T58) (FERRAJOLI, 2002, p. 75-76), que serão analisadas separadamente a seguir, após algumas considerações sobre o pano de fundo filosófico que o autor em referência atribui a sua obra (e ao princípio da legalidade).

2.1 Gênese político-filosófica da Legalidade em Ferrajoli.

Antes de ingressar propriamente na análise da estrutura do princípio da legalidade no SG, se faz necessário identificar – ainda que superficialmente, frisa-se – o pano de fundo político e filosófico da obra de Ferrajoli, tendo em vista que os seus pressupostos conferem a ela um diferente cariz em relação às doutrinas penais “de corte”. Este é o objetivo deste item: pontuar alguns dos pressupostos declarados inseridos no pensamento do autor e vincular os seus desdobramentos a fundamentação da legalidade.

Parafraseando Zaffaroni, notável que Ferrajoli realiza em sua obra uma investigação – provável que a mais meticulosa da contemporaneidade, diz Zaffaroni – na qual revalidam-se muitos aspectos do Direito Penal liberal ilustrado. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 646). É assaz importante citar o contexto de seu desenvolvimento, que é o crepúsculo do século XX. Ferrajoli estava inserido, assim, num momento peculiar, que muito diz sobre a pretensão de sua construção teórica de revalidar criticamente postulados do Direito Penal iluminista, nomeadamente: o recente fim dos regimes totalitários na Europa e os influxos das correntes abolicionistas. (DEVOS; NETO, 2019, p. 16).

Em face de tal conjuntura, nota-se que Ferrajoli prescindiu, ao mesmo tempo, de estabelecer limites ao Direito penal, deslegitimado em face da trágica experiência política e social do contexto histórico imediatamente anterior a ele; bem como, de outro lado, (re)legitimá-lo frente às reações abolicionistas que emergiram de dita experiência. Parafreando Bobbio, é possível identificar o pano de fundo que Ferrajoli utiliza como cabedal para o empenho acima descrito. Bobbio os define constituído a partir dos seguintes rasgos: como teórico do direito, vincula-se à ‘família’ dos positivistas cuja tradição remonta Kelsen e Hart; adotando, por assim dizer, uma posição¹⁰ carreada por positivismo jurídico e filosofia analítica; já do ponto de vista político ou jurídico-político, Ferrajoli se insere na grande tradição do pensamento iluminista e liberal¹¹, embora o autor busque matizá-los conforme as exigências de um Estado constitucional.

Tais direções vão diferir a sua obra substancialmente das tradicionais obras penais ‘de corte’ da dogmática penal, cuja influência alemã direciona a um caminho diferente do trilhado por Ferrajoli.¹² Assim, já

¹⁰ Daí, afirma Bobbio, o apego de Ferrajoli às “questões de palavras”, rigoroso raciocínio lógico, apego a “prova dos fatos e, conseqüentemente, aversão ao “essencialismo”. (in: Ferrajoli, 2002, prefácio).

¹¹ No direito penal, diz Bobbio, marcadamente pelo pensamento que se inicia com Beccaria e vai até Carrara. (in: Ferrajoli, 2002, prefácio). curiosamente, Feuerbach, para nós, no eco de Zaffaroni, o maior representante do liberalismo penal, parece ser mesmo negligenciado por Ferrajoli.

¹² não se pode afirmar, no tempo hodierno, que existe um conceito e função unívocos atribuídos à dogmática penal, mas parece certo que a ‘abertura valorativa’. para que com isso se aproximem o direito penal e a realidade social, se tornou um paradigma na doutrina alemã e em grande parte na Espanha. (Schünemann, 2012, p. 51). note-se que desde o no finalismo, que é um sistema ontologicamente fechado, já se buscara a abertura político-criminal do sistema por meio da adequação social. o funcionalismo impulsionou substancialmente este movimento, sobretudo por meio do desenvolvimento, nas últimas décadas, da teoria da imputação objetiva. além das

no fundamento apresentado ao princípio da legalidade por Ferrajoli, sobressai um esteio essencialmente filosófico, e não ‘dogmático’,¹³ tendo em vista que, segundo o autor, ele deita suas raízes no contratualismo hobbesiano, e se expressa através da máxima “*Auctoritas, non veritas facit legem (autoridade, e não a verdade, faz a lei)*”¹⁴. Foi em Hobbes, diz Ferrajoli, que se expressa a legalidade com espectro do Estado de direito, dentro do qual, de forma original, tal princípio representa a ideia de um sistema político com poderes criados e também limitados pela lei. Nesse sentido, transcreve-se a sua afirmação:

“Ese principio hobbesiano [*Auctoritas, non veritas facit legem*], que puede parecer un principio autoritario, equivale al principio de legalidad, como norma de reconocimiento del

outras grandísimas diferenças, é sobre este sentido, isto é, aproximar o direito penal da realidade social por meio da abertura valorativa do sistema, que afirmamos na proposta de Ferrajoli um caminho diametralmente oposto, considerando que o autor encerra todo o seu sg ao direito positivo, não permitindo, assim, a remessa a critérios de legitimidade externos (não positivados). este tema será abordado de forma verticalizada no desenvolvimento do trabalho.

¹³ Refere-se ao desenvolvimento dogmático da legalidade como expressão de seu sentido jurídico mesmo, que, na seara penal, remonta a genialidade de Feuerbach. sobre o tema, consulte-se: (Brandão, 2014, p. 71 e ss).

¹⁴ Consoante ao tema, veja-se: “o sentido e o alcance garantista do convencionalismo penal reside precisamente nesta concepção, ao mesmo tempo nominalista e empírica do desvio punível, que remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal. *auctoritas, non veritas facit legem [autoridade, e não a verdade, faz a lei]* é a máxima que expressa este fundamento convencionalista do direito penal moderno e por sua vez do princípio constitutivo do positivismo jurídico:4 o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei.. (Ferrajoli, 2002, p. 31)

derecho existente y a la vez como primer e insustituible límite a la arbitrariedad, garantía de igualdad, de libertad y de certeza, fundamento en suma de toda posible garantía. Tal principio representa la base del Estado de derecho, o sea de un sistema político en el que todos los poderes están sujetos no ya a la subjetiva y arbitraria valoración de la justicia, sino a la ley y limitados por ella.” (FERRAJOLI, 2007, 198-199). ”

Observa-se que mesmo sob o ponto de vista filosófico ou político, diferentemente de Ferrajoli (2002), a literatura penal, tradicionalmente, refere-se a Beccaria¹⁵ a sua reclamação; de outro giro, em Feuerbach a sua formulação jurídica ou dogmática. (Cf. BRANDÃO, 2014, p. 73-74). Nota-se que Ferrajoli, ao seu turno, não traça uma distinção entre o nascimento político e jurídico da legalidade penal.

A rigor, o autor prefere trabalhar com outro critério distintivo, vale dizer, as diferentes consequências garantistas que, em diferentes momentos históricos, a legalidade estabelece; nomeadamente: a legalidade ampla e irretroatividade e legalidade estrita e proibição à

¹⁵ Critica Zaffaroni, se referindo a Cesare Beccaria e o contexto de desenvolvimento liberal do direito penal, que a literatura implica “abrir o elenco dos juristas do momento fundacional do direito penal liberal com o menos penalista de seus integrantes, no que se refere a técnica jurídica ou a elaboração do sistema” (Zaffaroni, p. 534). não obstante “a circunstância de que todos os que pensaram a política tenham se ocupado do poder punitivo”, diz-nos o autor, nesse contexto, que somente anselm von Feuerbach e Giandomenico Romagnosi são, propriamente, penalistas. (Zaffaroni et al , 2003, p. 532).

analogia. (FERRAJOLI, 2002, p. 308). Seja como for, em sentido ‘moderno’, deve-se a Hobbes a sua criação por vincular lei e sistema político sob a forma de organização social do Estado. (FERRAJOLI, 2007, p. 198). Como se desenvolverá mais a frente, as garantias são utilizadas para realizar uma investigação histórica de identificação de suas raízes, ainda que de forma incipiente. Tudo isso, no entanto, terá uma diferente plasticidade sob espectro do contratualismo hobbesiano. Cabe pôr em relevo, nessa conjuntura, outro dado significativo. Feuerbach, autor de anti-Hobbes e maior representante do liberalismo no pensamento penal alemão¹⁶, Ferrajoli cita, sob poucas linhas – especificamente, em duas notas de rodapé¹⁷ –, inclusive para criticá-lo, mesmo sendo ele citado como fundador da ciência do Direito Penal.¹⁸

¹⁶ Parafrasesado Zaffaroni et al, “na mesma corrente criticista de kant, o seguidor da linha de locke na alemanha e, por conseguinte, mais merecidamente considerado avalista do liberalismo penal é Johann Paul Anselm ritter von Feuerbach. (1775-1883). (Zaffaroni et al, 2003, p. 523). sem olvidar da enorme importância da obra de beccaria, aqui se toma o enfoque da construção do sistema ou técnica jurídica, e não somente político. nesse sentido também aduz Zaffaroni et al (Zaffaroni et al, 2003, p. 34).

¹⁷ Respectivamente, notas 16 e 76. (Ferrajoli, 2002, p. 339 e ss).

¹⁸ Todas as instituições da dogmática penal da teoria do delito, através das quais se desenvolve um sistema que possibilita atribuir ao direito penal a condição de ‘ciência’, têm uma relação de dependência com surgimento e desenvolvimento ao princípio da legalidade. veja-se, nesse sentido, as considerações de brandão: “todavia, em que pese a história das ideias penais registrar períodos de marchas e de contramarchas em prol da humanização penal, o princípio da legalidade marca o início do direito penal científico porque somente a partir dele pode-se falar em aplicação limitada desse ramo do é a máxima expressão dessa dita limitação, por isso é regra de sede constitucional, sendo o fundamento de toda dogmática do crime e da pena. (...) observa-se que a teoria da antijuridicidade foi desenvolvida a partir do século xix, quando Adolf Merkel reuniu elementos para uma teorização geral acerca das causas de justificação, portanto, depois de formulada a concepção jurídica da legalidade esboçada por Anselm von Feuerbach. a culpabilidade, que tem sua

Inferese que o motivo é aquele referenciado desde o início, isto é, que Ferrajoli é também um filósofo e teórico do Direito, o que dá uma diferente tônica ao desenvolvimento de sua obra. Importa aqui ressaltar, como sublinha Anitua, que para Ferrajoli o Direito Penal nasce “quando a relação bilateral parte ofendida/ofensor é substituída por uma relação trilateral na qual se situa a autoridade judicial, numa posição de terceiro imparcial”. (ANITUA, 2007, p.732-733). Por conseguinte, o contratualismo Hobbesiano é utilizado por Ferrajoli para fundamentar o caráter convencional e a soberania do poder político através das leis; e daí o autor extrai a sua fenomenologia dos Direitos, o positivismo e a radical necessidade separação entre Direito e a moral. É daí que seu fundamento genético da legalidade remonta Hobbes.

2.2 Sistematização da legalidade estrita no garantismo penal.

Dentro da estrutura constitutiva do *SG*, como referenciado, Ferrajoli circunscreve a legalidade penal através do A2 (segundo axioma, *nullum crime sine lege*), dentro do qual a sua estrutura se perfaz através de dois teoremas, que são, nomeadamente, a mera legalidade (T67), e a estrita legalidade (T58). (FERRAJOLI, 2002, p. 306-307). Essa diferenciação se justifica em Ferrajoli, frisa-se, em face da também diferente estrutura lógica de ditos corolários da legalidade, os quais, em diferentes momentos históricos, afirmaram – e afirmam! – duas

nomenclatura afirmada a partir do século xix, com a tradução da palavra latina *imputatio* para o alemão *schuld* só no século xx, mais especificamente a partir de 1907, tem seu conceito científico delineado, a partir da obra de Frank. a tipicidade, o último elemento da teoria do crime a ser delimitado, conforme visto, tem sua definição construída a partir de 1906, com a obra de Beling.” (Brandão, 2014, p. 73-74).

distintas garantias¹⁹, que conjuradas consubstanciam a legalidade em sentido estrito do *SG*. (FERRAJOLI, 2002, p. 307).

No âmbito penal, Ferrajoli afirma o convencionalismo penal como o resultado das duas dimensões do princípio da legalidade dentro de um sistema fechado dotado de uma constituição rígida. Nele, a legalidade ampla garante a vinculação do juiz a lei, podendo este criminalizar somente aquilo que o legislador definiu como tal; essa primeira dimensão Ferrajoli vincula a outra garantia ou subprincípio, que é a irretroatividade da lei penal; de outro giro, a legalidade estrita garante a taxatividade absoluta da lei na definição legal do desvio punível; aqui se constata, segundo Ferrajoli a garantia correspondente ao princípio da proibição da analogia. Como a legalidade estrita pressupõe logicamente a existência da legalidade ampla, depois de explicar as suas dimensões, o autor passa a expressar o termo legalidade estrita como produto final do desenvolvimento do princípio.

2.2.1 Estrutura constitutiva da legalidade no sistema garantista sob enfoque de seus princípios penais correspondentes.

Nesta seção, verticalizaremos as duas dimensões do princípio da legalidade no *SG* de Ferrajoli. Antes, no entanto, é importante delimitar o enfoque que se refere aos princípios penais correspondentes descritos anteriormente. Isso se faz necessário porque a legalidade como modelo regulador é abordada a partir de diferentes óticas na obra do autor; a mera legalidade e estrita legalidade também se identifica com outros desdobramentos, tais como vigência e validade, legitimidade formal e legitimidade substancial. Importa aqui

¹⁹ conceitualmente, segundo Ferrajoli, entende-se garantia como expressão do léxico jurídico através da qual se faz referência a qualquer técnica normativa de tutela de um direito subjetivo. (Ferrajoli, 2002, p. 39).

ressaltar o recorte que se faz a abordagem a seguir, que será: a. atribuir o conceito dado pelo autor a cada dimensão da legalidade; b. identificar historicamente as suas manifestações sob o espeque das garantias penais correspondentes, conforme aponta Ferrajoli.

Pois bem, refletindo os diferentes fundamentos que se revestem os dois aspectos ou dimensões, sob forma de garantia, da legalidade no SG, diz-nos Ferrajoli que o princípio da mera ou ampla legalidade constitui “uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminado como tal” (FERRAJOLI, 2002, p. 305). Assim, neste sentido amplo/lato, a legalidade determina as condições de existência de uma normal jurídica sob ponto de vista interno do ordenamento vigente; garante a objetividade do Direito em face de juízos éticos ou morais (FERRAJOLI, 2002, p. 302); afirma o caráter inteiramente artificial e convencional das leis em face de apriorismos (FERRAJOLI, 2002, p. 302), e está associado historicamente ao âmbito penal, por conta da garantia deputada de sua estrutura lógica, à irretroatividade das leis penais. Logo, na perspectiva do autor, “a irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio da mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. (FERRAJOLI, 2002, p. 307).

Isso posto, ao exigir que a determinação dos crimes e das penas “estejam estabelecidos de antemão por um ato legislativo válido” (FERRAJOLI, 2002, p. 306), a legalidade ampla atribui um caráter *condicionante* à lei, o qual se direciona aos juízes e os vincula exclusivamente a ela, qualquer que seja o conteúdo que afirma o seu enunciado. (FERRAJOLI, 2002, p. 306). Não se trata de analisar, neste enfoque, quaisquer questões relativas à legitimidade externa da lei, à sua justiça; a norma é válida porque é; o juiz aplica como é porque deve assim proceder; reconduzindo o seu fundamento na máxima de

Hobbes: *Auctoritas, non veritas facit legem* [a autoridade, e não a verdade, faz a lei]. (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Historicamente, ao analisar a garantia penal que decorre do princípio da mera legalidade, correspondendo assim, como dito, a garantia de irretroatividade da lei, Ferrajoli sublinha que ele deita suas raízes no Direito romano, e constitui o primeiro postulado do positivismo.²⁰ Nessa conjuntura, diz autor, “ainda que seja limitado ao procedimento ordinário per quaestiones, o princípio da legalidade, tal como sucede em relação ao de irretroatividade, encontra-se, ao contrário, enunciado nas fontes romanas.” Sublinha Ferrajoli que neste período, a analogia, garantia penal decorrente da legalidade estrita, sempre foi admitida. Isso se dá porque tanto nos âmbitos dos *crimina publica* como no dos *delicta privata*. (FERRAJOLI, 2002, p. 308); mas Ulpiano já bradava de forma conceitualmente correspondente à garantia de irretroatividade²¹ (FERRAJOLI, 2002, p. 308).

²⁰ É necessária a advertência posta por Bobbio (1995) de que a expressão “positivismo jurídico”, sob *prima* historiográfico, não deflui do positivismo em sentido filosófico engendrado na modernidade. nessa esteira, sublinha o autor que a distinção entre direito positivo e direito natural já se consta no pensamento grego, não obstante, frisa-se, a diferente semântica atribuída a expressão; assim, “a contraposição entre “positivo” e “natural é feita relativamente à natureza não do direito, mas da linguagem: esta traz a si o problema (que já encontramos nas disputas entre sócrates e os sofistas) da distinção entre aquilo que é por natureza (*physis*) e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens (*thésis*). ” (Bobbio, 1995, p. 15). parece ser esse o panorama de Ferrajoli ao afirmar “ainda que seja limitado ao procedimento ordinário per quaestiones, o princípio da legalidade, tal como sucede em relação ao de irretroatividade, encontra-se, ao contrário, enunciado nas fontes romanas

²¹ O princípio da legalidade sob esse prisma, segundo o autor, é expressado por ulpiano em *disputationum*, d. 48.19.1, que assim afirma: “quotiens de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam condicio eius admittit eo tempore, quo sententia de eo fertur, sed eam quam sustineret si eo tempore esset sententiam passus, cum deliquisset”. ademais, a analogia sempre foi

Esse gérmen romanístico da legalidade perdura, em movimentos de marchas e contramarchas, durante todo o período pré-iluminista. (FERRAJOLI, 2002, p. 308). Por conseguinte, sublinha Ferrajoli, que após o seu advento no direito romano, se corrompeu no limiar do direito germânico e no decurso da Alta Idade Média em virtude da grande influência dos costumes no Direito; reafirma-se ao tempo da *Magna Charta* Inglesa, em 1215,²² e no *Petition of Rights*, em 1628; até que novamente desvanece no contexto pré-iluminista (XV-XVII). (FERRAJOLI, 2002, p. 308).

Do contexto referido anteriormente, foi o influxo do liberalismo político expresso nas revoluções setecentistas conferiu um novo cariz para a legalidade. Consoante ao tema, pondera Ferrajoli que “foi somente na época do iluminismo que se alcançou uma definição clara e radical do princípio da estrita legalidade penal e da proibição de analogia. ” (FERRAJOLI, 2002, p. 309). Daí se desenvolve, a partir destes postulados, o segundo cariz da legalidade no âmbito do SG, o qual o autor denomina de princípio da legalidade estrita e do qual decorre a proibição à analogia.

Veja-se, nesse sentido, que a legalidade estrita sempre pressupõe a legalidade ampla; bem como a legalidade ampla só se converte em vinculação ao juiz à lei no sentido ‘moderno’ após o advento da legalidade estrita, que contrasta com os movimentos de codificação e o desenvolvimento do Estado moderno.

admitida, diz-nos Ferrajoli, tanto nos âmbitos dos *crimina publica* como no dos *delicta privata*. ” (Ferrajoli, 2002, p. 308).

²² Nota rodapé 73: “art. 39: “nenhum homem livre será detido, preso, desapossado dos seus direitos ou bens, nem declarado fora da lei nem exilado, nem prejudicada sua posição de qualquer outra forma, nem nós procederemos contra ele, nem enviaremos outros a fazê-lo, a não ser por um processo legal dos seus iguais e pela lei do país”. (Ferrajoli, 2002, p. 344).

Conceitualmente, a estrita legalidade estrita corresponde a imposição da necessidade de taxatividade absoluta na definição legal do desvio punível, e por via de consequência estabelece o parâmetro que permite a proibição da analogia. A legalidade estrita pressupõe a mera legalidade ao mesmo tempo que aquela dá uma nova estrutura para esta; e ambas, em suas particularidades, vão conformar aquilo que o autor denomina de convencionalismo penal, tal como resulta a análise positiva da submissão do sistema de Direito Penal aos seus preceitos. (FERRAJOLI, 2002, p. 303).

Isso posto, a legalidade estrita é um correspondente funcional da garantia de proibição da analogia desfavorável ao réu em matéria penal, pois condiciona, além da necessidade de uma lei penal anterior (legalidade ampla), a necessidade da taxatividade de seu conteúdo “na determinação abstrata do que é punível, “[isto é] de definição do desvio e o caráter *empírico* ou *fático* das hipóteses de desvio legalmente definidas. ” (FERRAJOLI, 2002, p. 305). É por isso que elas se complementam e se vinculam reciprocamente.

Assim, a função garantista dessa conformação da legalidade permite que uma lei seja formalmente válida, isto é, conforme os ditames da legalidade ampla, que se refere ao âmbito de legitimação procedimental, formal ou objetivo e vincula o juiz ao plexo legal de desvios puníveis definidos pelo legislados; mas substancialmente inválida por contradizer a legalidade estrita, tendo em vista que, nela,

“(...) [a] função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio, (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juízo mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de

valor autônomos. Nesse sentido, prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados “verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados”. (FERRAJOLI, 2002, p. 305).

Ferrajoli afirma que a legalidade estrita, compreendendo a legalidade ampla, é o princípio que permite também a cognição de todo *SG*, isto é, “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”. (FERRAJOLI, 2002, p. 30). Nesse sentido, segundo o autor, a lei penal,

“Na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se implicam. Esta é a garantias estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei ” (FERRAJOLI, 2002, p. 306).

Por conseguinte, em matéria penal, a necessidade taxatividade de tipificação do desvio com base em critérios empíricos ou fáticos

garante, a um só tempo, segundo Ferrajoli, a proibição de analogia em desfavor do réu e a separação entre direito e moral – ou de delito e pecado (FERRAJOLI, 2002, p. 308); da mesma forma que a submissão do juiz à lei e também *somente a lei*. (FERRAJOLI, 2002, p. 32). Diante de tais desdobramentos, embora seja uma norma direcionada imediatamente ao legislador, tendo em vista que exige uma técnica específica que restringe o conteúdo das normas penais, atinge diretamente o juiz, ou mais precisamente toda a cognição penal, pois a acusação ministerial, da mesma forma que a decisão jurisdicional, se tornam sempre passíveis de verificação empírica, reputando-as falsas ou legítimas.

3. A CONFORMAÇÃO DA LEGALIDADE ESTRITA À CRITÉRIOS MATERIAIS DE LEGITIMIDADE ATRAVÉS DA SUA VINCULAÇÃO INTRASISTEMÁTICA À SUBSTÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POSITIVADOS NA CONSTITUIÇÃO.

A configuração da legalidade na teorização garantista, conforme apresentada por Ferrajoli, se analisada de forma isolada, em face de se constituir uma proposta de sistema fechado ao direito positivo, deixa sem resposta uma questão fulcral, referente à abertura do sistema aos critérios materiais de legitimidade, que conformam-se, essencialmente, em postulados éticos e políticos.²³

²³ Ao se edificar o princípio ou axioma com objetivo de contenção do poder punitivo através de um máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, o autor expressamente afirma que a função garantista da legalidade está no fato de permitir que os pronunciamentos judiciais, em face da taxatividade absoluta passível de verificação empírica na cognição; mas tal controle depende, concomitantemente, da proibição de remissão ou reenvio a critérios extralegais ou juízos de valorações no

Assim, se a função da legalidade estrita para o garantismo, como afirma Ferrajoli, impõe em absoluto que “os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio, (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juízo mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos” (FERRAJOLI, 2002, p. 305), como procederá o juiz, por exemplo, em uma situação na qual se verificar a necessidade de aplicação do princípio da insignificância, diante da ausência de tipicidade material?

Ferrajoli apresenta em sua teoria do ordenamento jurídico uma resposta para as situações como a apresentada na pergunta anteriormente posta. No entanto, como se constará no desenvolvimento subsequente, essa resposta dada pelo autor italiano para solucionar a problemática é insuficiente, e por isso a questão exigirá um critério corretivo.

Para definirmos a posição de Ferrajoli em relação ao cenário descrito, no entanto, são necessários alguns esclarecimentos anteriores sobre certos elementos da própria teoria do ordenamento jurídico que ele defende. Mais precisamente, sobre o assunto, é fundamental que se compreenda como Ferrajoli visa estabelecer um ‘fechamento normativo’ (ou clausura) de todo o sistema ao direito positivo, sem

âmbito das decisões ou pronunciamentos judiciais. assim, transcrevem-se as palavras do autor:“(…) [a] função garantista reside no fato de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio, (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juízo mediante asserções refutáveis e não mediante juízos de valor autônomos. nesse sentido, prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados “verdadeiros” dos fatos processualmente comprovados”. (Ferrajoli, 2002, p. 305).

desprezar com isso - segundo ele - aos critérios materiais/substanciais de legitimidade deriváveis da Constituição.

Sobre a compreensão da citada conjuntura na proposta de Ferrajoli, cabe pôr em relevo, de início, a assaz precisa reflexão de Nubio Parreiras em relação ao assunto, na qual este último autor afirma que, conforme a teoria do ordenamento jurídico ferrajoliana, a legalidade “não apenas condiciona a validade das normas, mas também é condicionada às normas constitucionais”. (PARREIRAS, 2019, p. 165). Consoante ao Direito Penal, que é a seara na qual a violência institucionalizada se manifestaria de forma mais violenta, afirma Ferrajoli que a sua teoria garantista do ordenamento jurídico tem por escopo (e efetivamente resultaria) em um movimento de constitucionalização de todo o sistema criminal.

Isso se dá porque, diz Ferrajoli, desenvolve-se na sua proposta uma teoria do ordenamento jurídico que é derivada de um ‘positivismo constitucional’, modelo normativo no qual seria possível, a um só tempo: (I) impedir a abertura do sistema à critérios externos (substanciais/materiais) de legitimidade tais como resultam dos postulados éticos e políticos – que comprometeriam, na opinião de Ferrajoli, o princípio da legalidade na seara da cognição; (II) permitir que se edifique um sistema absolutamente fechado ao direito positivo, mas materialmente legítimo, pois os postulados éticos e políticos são trazidos como conteúdo de uma Constituição rígida – que é, advirta-se, condicionante à legalidade, isto é, a legalidade se vê condicionada pelo conteúdo substancial da Constituição – e então a validade das normas estariam diretamente vinculadas à substância da constituição. Historicamente, sentencia Ferrajoli que o Estado legislativo de Direito, onde são engendradas as primeiras garantais do homem frente aos detentores do poder político, desvanecera porque naquele momento se creditou toda a integridade do ordenamento jurídico a uma

racionalidade meramente formal (dimensão nomoestática de legitimidade). (FERRAJOLI, 2007, p. 201; FERRAJOLIB, 2002B, p. 2). Assim, todas as garantias clássicas (nomeadamente a igualdade formal, separação dos poderes, e consenso da maioria para elaboração democrática das leis, entre outras), diz Ferrajoli, se tornaram insustentáveis sob enfoque do Estado legislativo clássico, pois, ante a ausência de critérios substanciais para determinar-se a validade da lei (por condição historicamente imposta, segundo Ferrajoli), a confiança na sua vigência formal e a atribuição de legitimidade a partir do crivo do processo legal (um critério também unicamente formal), converteram o ordenamento jurídico em um império da lei do mais forte. (FERRAJOLI, 2007, p. 199).

Por desgraça dos regimes totalitários do século XX, diz Ferrajoli, percebeu-se que o ideário de legitimar a Lei simplesmente por constituir-se em regra estabelecida por maioria, ao não concorrer com outra classe de elementos que condicionariam as possíveis violências e arbitrariedades carreadas em uma Lei, o ordenamento jurídico é violentamente assombrado pelo risco de se degenerar em um instrumento no qual se legitima (legalmente) a guerra e a supressão de vidas humanas.²⁴

²⁴ Assim, diz-nos ferrajoli: “pero ese experimento –no mental sino trágicamente real– ha sido realizado en este siglo por la humanidad, con la catástrofe de los totalitarismos y de las guerras mundiales. descubrimos entonces que ni siquiera la mayoría, que consintió la toma del poder por el fascismo y el nazismo, ni siquiera el consenso de masas utilizado por los regímenes totalitarios, garantizan la calidad de los poderes públicos; que también la regla de la mayoría, sino está sometida a una ley superior, puede siempre degenerar, convertirse en la ley del más fuerte y legitimar guerras, destrucciones, violaciones de la vida y de la dignidad de las personas y supresiones de las minorías.” (Ferrajoli, 2007, p. 201).

Diante de tais desdobramentos, a legalidade, que representou no esteio do Estado de Direito e um plexo de garantia do homem frente ao arbítrio, por conta de identificar o direito válido tomando como pressuposto as regras de sua produção, e assim sem considerar o seu conteúdo, entra em uma crise no século XX, porque,

“el principio de legalidad, justamente por su carácter de norma de reconocimiento puramente formal, que identifica el derecho únicamente sobre la base de su forma de producción y no también por sus contenidos, presenta una irreductible ambivalencia: como condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho. condición ciertamente necesaria, pero a la vez ciertamente insuficiente para asegurar el papel garantista del derecho.” (FERRAJOLI, 2007, p. 199).

A partir dessa descrita constatação, buscou-se, afirma Ferrajoli, a refundação do constitucionalismo no período pós-guerra por meio da rigidez das Constituições estatais e do desenvolvimento do direito internacional. (FERRAJOLI, 2007, p. 201). Tem-se como resultado de tais desdobramentos, segundo descreve o autor,

“Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales –de los derechos de

libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio.” (FERRAJOLI, 2007, p. 201).

Da afirmação histórica do modelo de Estado dotado de Constituições, jungida ao princípio da legalidade e às demais conquistas político-liberais do iluminismo, tornou-se possível afirmar, diz Ferrajoli, o segundo postulado do positivismo: a legitimidade substancial do sistema normativo através da positivação dos Direitos Humanos na constituição, que por sua força normativa, vincula todo ordenamento jurídico.

É preciso em face do novo paradigma constitucional, naturalmente, um novo paradigma para o positivismo, que seria diferente daquele engendrado no âmbito do Estado de Direito. (FERRAJOLI, 2007, p. 26). Nesse sentido, o autor discorda categoricamente da crise do positivismo que é sustentada entre positivistas éticos e jusnaturalistas no constitucionalismo contemporâneo para superar aquele (FERRAJOLI, 2007, p. 201), dos quais Ferrajoli cita como exemplo Ronald Dworkin e Robert Alexy, não tem em consideração, segundo o autor:

“Gracias al constitucionalismo rígido, de hecho, la mayoría, y por tanto la democracia política, dejan de ser soberanas y omnipotentes y encuentran límites y vínculos de derecho positivo en la forma rígida con que todos los derechos fundamentales —de los derechos de libertad a los derechos sociales— son estipulados y puestos a resguardo de su arbitrio. Pero se trata de una mutación que se produce al interior del paradigma iuspositivista, no ya

como su debilitamiento sino como su complemento: ya que equivale a la sujeción a la ley, o sea a la constitución que no es menos ley positiva que las leyes ordinarias, no solo de la forma sino también del contenido de las leyes mismas, y por ello a la positivación no solamente de su ser sino también de su deber ser, no solo de sus condiciones de existencia y validez formales sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones decididas pored legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.” (FERRAJOLI, 2007, p. 201-202).

Não se trata, diante disso, de desconsiderar a legitimidade política e científica da corrente de pensamento do positivismo anterior, que com base na separação entre direito e moral, articulou as dimensões de legitimidade interna e legitimidade interna – ou entre validade e justiça. (FERRAJOLI, 2007, p. 290). Defende Ferrajoli, na conjuntura do Estado Constitucional, que o Direito vigente é o direito posto que obedecer às normas estabelecidas para sua produção; no entanto, o Estado constitucional difere-se, justamente, em virtude de as suas constituições rígidas estabelecerem além de normas procedimentais, normas substanciais de justiça material; isso posto, os princípios constitucionais dos Direitos Humanos, da igualdade, da dignidade, da legalidade estrita, já que circunscritos na constituição, permitem, ao mesmo tempo, a clausura do sistema e a legitimidade externa ‘por via interna’. (FERRAJOLI, 2007, p. 291).

Com isso, diz Ferrajoli que o positivismo não foi, a rigor, superado com o Estado Constitucional, senão complementado: a constituição rígida permite a separação definitiva entre direito e moral com a positivação dos direitos fundamentais, condicionando o legislador ordinário a validade substancial das disposições normativas da constituição. (FERRAJOLI, 2007, p. 201-202). Nesse sentido, segundo o autor,

“As falácias nas quais incorrem as teorias contemporâneas do direito são, não obstante, não só mais sutilmente mistificadoras senão também mais injustificadas no plano teórico do que foram as jusnaturalistas ou ético-legalistas. Em particular, a confusão entre validade e vigência poderia ser consentida a Hobbes e Bentham no Estado absoluto do antigo regime;¹¹ não pode ser consentida, entretanto, no Estado constitucional de direito, que é um sistema normativo complexo que incorpora o "dever ser" na forma de garantias jurídicas. Este dever ser incorporado ao direito positivo, como se tem afirmado, não coincide nem com a *vigência* ou a existência jurídica das normas, nem menos ainda com o dever ser extrajurídico expressado por princípios de direito natural ou de *justiça*, senão com a *validade* que resulta da conformidade das normas com os valores estabelecidos por outras normas positivas superiores a elas. Por isso, o juízo de validade acerca de uma norma não é somente um juízo de fato sobre os requisitos formais que fazem-na reconhecível como *quod principi placuit* e

que por isso *legis habet vigorem*; é também um juízo de valor acerca dos conteúdos substanciais que fazem juridicamente legítimo *quod principi placuit*. O que não impede, naturalmente, que sendo a legitimação interna uma questão de *teoria* do direito e a legitimação externa uma questão de *filosofia* do direito, a enunciação das condições da primeira tenha lugar por meio de proposições teóricas que fazem referência empírica a normas jurídicas positivas, enquanto a indicação das condições da segunda se produz mediante opções políticas de forma puramente prescritiva.” (FERRAJOLI, 2007, p. 292).

Assim, parafraseando Alexandre Maia, acrescenta-se uma outra dimensão para validade do direito por meio do garantismo²⁵: ao

²⁵ Maia, tratando do garantismo de Ferrajoli, ressalta nele o comprometimento com os postulados constitucionais e a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais; entretanto, acusa um formalismo excessivo que acabaria por redundar no que denomina de vazio ontológico. assim, não obstante o comprometimento do autor e da sua proposta com os princípios democráticos, nota-se que “a tentativa do professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracterizaria efetivamente os direitos fundamentais. logo, em verdade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los. em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do professor Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma ideia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do *status quo* contrário a ideais democráticos?” da mesma forma

procedimento formal de validade, agregam-se elementos substanciais. (MAIA, 2000, p. 43). Afirma-se, por conta disso, que Ferrajoli (o positivismo kelsiano.²⁶ Nesse sentido, o aspecto formal permanece sustentado de acordo com o paradigma anterior (FERRAJOLI, 2002b, p. 7; FERRAJOLI, 2007, p. 201-202); não obstante, a constituição rígida, dotada de supremacia, é a lei positiva que estabelece não só as condições de existência e validade das leis anteriores, “sino también de sus condiciones de validez sustanciales, es decir de las opciones decididas por el legislador constituyente que el legislador ordinario está obligado a respetar.” (FERRAJOLI, 2007, p. 201-202).

Assim, Ferrajoli propõe uma junção entre positivismo jurídico e constitucionalismo para construção de um sistema cerrado, pois isso permitirá, segundo o autor, validar formalmente as leis, mas também a substâncias das decisões, tendo em vista que elas deverão guardar coerência com o conteúdo normativo da constituição, que as condicionam materialmente dentro do sistema. Nesse sentido, sintetiza o autor:

“En resumen, si el rasgo específico del positivismo jurídico que diferencia estructuralmente al derecho moderno de los sistemas jurídicos premodernos es, precisamente, su carácter positivo (y, por lo tanto, artificial y convencional); entonces, el

crítica, Nubio Parreiras desnuda em seu texto a problemática circunscrita no ‘juspositivismo’ garantista, que ao vincular a vigência dos princípios àqueles positivados na constituição, acaba por restringir a aplicação de direito e garantias fundamentais no âmbito penal, tal como se faz possível no princípio da insignificância. (Parreiras, 2019, p. 162 e ss). em face dos limites estabelecidos aqui, não trataremos de tais críticas.

²⁶ Para discussão profunda nesse sentido, cf. Ferrajoli. 2002b. p. 8 e ss).

rasgo específico del constitucionalismo jurídico, que diferencia al derecho de las democracias constitucionales modernas de los sistemas jurídicos-positivos de tipo pre-o paleo constitucional, es una característica no menos estructural y, por así decir, no menos juspodsitivista: la sujeción de las propias leyes al derecho, en virtud de la cual también el deber ser del derecho, es decir, las elecciones que deben presidir a su creación, son artificiales y positivizadas a través de normas sustanciales de derecho positivo.” (FERRAJOLI, 2002b, p. 9)

Isso posto, a abertura do sistema para os critérios de legitimidade externa, consoante a postulados éticos e políticos, se dá dentro do próprio sistema, precisamente a partir da positivação de tais princípios no âmbito da constituição. Diante disso, a legalidade, como se viu, condiciona a validade das normas e é condicionada pelas normas constitucionais intrassistematicamente.

Nota-se que um princípio jurídico, diante disso, só poderá ser reconhecimento na proposta de Ferrajoli se ele estiver positivado no ordenamento jurídico, mais precisamente na própria Constituição.²⁷

²⁷ Assim, para o autor, é com a positivação, dentro de suas exigências, destes princípios/axiomas fundamentais (incorporação limitativa) às normas superiores, especialmente à constituição, que se assegura a proteção do dever-ser, sendo, o contrário, limitador do cumprimento dos direitos fundamentais. (Ferrajoli, 2010, p. 333/336). aí é que se encontra o aspecto substancial do direito positivado, donde se possibilita a autocorreção do sistema diante de eventual antinomia entre as normas hierarquizadas, com a avaliação da (in)validade da norma, não se limitando, como

Isso posto, não serão rigorosamente princípios os valores, mas sim os valores positivados no texto constitucional, o qual, como visto, é condicionante da legalidade, isto é, de todo o ordenamento jurídico.

4. SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CAUSAS SUPRA-LEGAIS DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL NO SG COMO REFLEXO DA VISÃO ‘POSITIVISTA’ DOS PRINCÍPIOS: EXEMPLO DA LESIVIDADE/INSIGNIFICÂNCIA.

A clausura do SG somente ao direito positivo, dentro de uma lógica em que a legalidade estrita condiciona todo o ordenamento jurídico ao mesmo tempo que é condicionada pela Constituição, sendo que esta última estabeleceria, nesta dinâmica, os critérios substanciais de legitimidade ao direito vigente, põe a efeito na proposta de garantismo ferrajoliano um formalismo que resvala na possibilidade de não incidência da supra-legalidade na seara penal e, com isso, paradoxalmente, o garantismo penal poderia permitir nele mesmo o não reconhecimento de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

Isso se dá porque, como referenciado, para não dar qualquer margem à possibilidade de o julgador realizar remessa a critérios alheios ao direito positivo para fundamentar as decisões judiciais, Ferrajoli exige

dito acima, ao aspecto formal (violação de procedimento, incompetência do órgão etc.), senão considerando igualmente os aspectos de justiça material, ou seja, o conteúdo (ou substância) da norma em relação à superior. assim, os princípios, em Ferrajoli, são estes valores positivados, dentro de exigências, nas normas superiores na escala hierárquica das normas, de modo que o desrespeito destes, por norma inferior, exige o controle de constitucionalidade pelos juízes, para posterior reconhecimento da invalidade. (cf. Parreiras, 2019, p. 165).

que os próprios princípios jurídicos, para que possível o seu reconhecimento, sejam estruturados (e analisados) sob crivo de uma visão estritamente positivista. (PARREIRAS, 2019, p. 172).

Isso significará, portanto, que somente os princípios expressamente trazidos no texto da Constituição (rígida) são passíveis de reconhecimento judicial, bem como somente poderão ser analisados e aplicados na forma que o texto os dispõe conceitualmente.

Veja-se, nesse sentido, a nodal questão que é levantada por Núbio Parreiras ao refletir sobre os desdobramentos dessa conjuntura do garantismo ferrajoliano, em relação aos princípios jurídicos (em geral), onde se toma como caso limite o princípio da lesividade (em particular).

Como aponta Parreiras, Ferrajoli não nega a importância da lesividade para o Direito Penal; prova disto é o fato de o autor italiano, inclusive, incluir a dita lesividade em um dos axiomas do seu sistema. Entretanto, como acertadamente ressalta Parreiras, “para a análise da (in)existência da lesividade no ordenamento, Ferrajoli o faz sob um prisma positivista” (PARREIRAS, 2019, p. 172); isso significa que a verificação de existência ou não de lesividade em um caso concreto jamais poderá, segundo Ferrajoli, derivar-se de juízos ou procedimentos axiológicos, mas, exclusivamente, da análise e aplicação direito positivo. É. Nesse sentido que se pronuncia o autor italiano no trecho que transcrevemos a seguir:

Trata-se de questões plenamente jurídicas, que não admitem como respostas juízos ou opções axiológicas, senão asserções baseadas na análise jurídico-positiva, e que, em razão disto, variam de acordo com o ordenamento analisado. Por exemplo, em muitos sistemas socialistas o requisito da lesividade é enunciado

expressamente nos Códigos Penais, onde figura, contudo, não como um elemento estrutural do delito, senão como uma condição em cuja ausência se produz uma eximente remetida à valoração equitativa do juiz. Em outros casos, como no italiano, a doutrina recente identifica o mesmo princípio, não reconhecido explicitamente nos arts. 43 e 49 e parágrafo do Código Penal, que requerem, respectivamente, a existência e a possibilidade de um “resultado danoso ou perigoso” como elemento estrutural do delito. Das duas soluções, que equivalem a formulações distintas da *garantia da lesividade*, é, talvez, preferível a segunda, desde que sob a condição de que seja formulada pela lei, não nos estritos termos do art. 49 – que a subordina à “idoneidade da ação” ou à “inexistência do objeto” –, senão mediante a aberta aceitação de que a concretização do dano ou do perigo determinados são elementos constitutivos do delito. (FERRAJOLI, 2002, p. 379-380).

Note-se, sobre o temário ora analisado, que Ferrajoli defende também uma espécie de ‘taxatividade’ do princípio da lesividade, pois ela deverá ser reduzido, em todas as suas implicações, na própria estrutura constitutiva do tipo penal (PARREIRAS, 2019, 173). Nesse sentido, parafraseando Parreiras, “pode-se dizer que o garantismo postula não apenas por uma expressa previsão do princípio da lesividade, mas que a mesma venha expressamente positivada como elemento estrutural do tipo penal.” (PARREIRAS, 2019, p. 173).

Isso posto, depreende-se que a teorização de Ferrajoli, em face da ausência de disposição expressa na Constituição, ou até mesmo da falta de ‘taxatividade’ da lesividade no próprio preceito penal, pode resultar na impossibilidade de aplicação das causas supra-legais de exclusão dos elementos do crime. É o que se daria, por exemplo, ante aquela mencionada ausência ou falta de ‘taxatividade’, no âmbito da tipicidade, tendo em consideração que o magistrado não poderia, baseando-se na proporcionalidade e no conceito do bem jurídico, afastá-la pela aplicação do princípio da insignificância.

5. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO VALORATIVA DO GARANTISMO FERRAJOLIANO EM FUNÇÃO DA SUPRA-LEGALIDADE: MÉTODO ENTIMEMÁTICO E A ARGUMENTAÇÃO RACIONAL E PROPORCIONAL *PRO HOMINIS* COMO FUNDAMENTO RETÓRICO DE EXCLUSÃO SUPRA-LEGAL DO CRIME TELEOLOGICAMENTE CONFORME A LEGALIDADE, SEGUNDO A PROPOSTA DE CLÁUDIO BRANDÃO.

As causas supra-legais são instituições penais que visam aumentar a esfera de liberdade do homem frente ao poder punitivo estatal. Ditas instituições, porque se baseiam proporcionalidade, encontram-se substancialmente vinculadas ao conceito de bem jurídico; assim, afirma-se expressamente que “as causas supra-legais tem um fundamento que se baseia na proporcionalidade, logo, a noção de bem jurídico está na sua essência.” (BRANDÃO, 2012, p. 215).

Isso posto, apoiando-se no conceito de bem jurídico, que representa em si um valor, as causas supra-legais se estruturam na teoria do delito para possibilitar a exclusão do crime através de elementos que não

estão circunscritos ao direito positivo. Nessa senda, sobre o tema, temos as seguintes considerações de Cláudio Brandão:

Como a pena é uma manifestação de violência e privação de direitos fundamentais, é necessário que a lesão ocasionada com a conduta criminosa seja proporcional a ela, senão a pena não encontrará uma justificação. Por óbvio, essa lesão mencionada é a lesão do bem jurídico, assim deve haver um liame de proporcionalidade entre a pena e a violação ou exposição de perigos de bens jurídicos para que a consequência penal para que a consequência penal se manifeste; caso contrário o direito prevê a incidência de causas supra-legais, que excluirão o crime, embora sem previsão legal. Como visto anteriormente é o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supra-legais do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma e a possibilita o afastamento desta dita norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser reconhecida como proporcional à pena que em tese lhe será aplicável. (BRANDÃO, 2012, p. 215-216).

Diante da possibilidade de consequências arbitrárias na aplicação do Direito Penal sobre o panorama do reconhecimento dos princípios no garantismo penal de Ferrajoli, pois é possível através deste mencionado garantismo *uma interpretação* em face da qual não se reconheça a possibilidade de incidência de uma causa supra-legal de

exclusão do crime, torna-se necessário que se estabeleça um mecanismo de correção valorativa dentro da proposta de Ferrajoli. Sobre tal conjuntura, entendemos plenamente possível que dita correção do garantismo penal, em relação à interpretação das causas supra-legal de exclusão do crime na tipicidade, se concretize através da teorização de Cláudio Brandão, desenvolvia ao tratar este autor do entimema e método penal.

Em sua dissertação de cátedra, Cláudio Brandão, ao tratar do método entimemático e dogmática penal, desenvolve uma proposta que permite a abertura político-criminal da tipicidade no âmbito do método penal através de um veículo interpretativo, chamado entimema, através do se torna possível fundamentar a sua exclusão por meio de uma argumentação racional e proporcional *pro hominis*. (BRANDÃO, 2012, p. 215).

Analisaremos, porque é a parte pertinente a hipótese lançada na pesquisa, os desdobramentos do método entimemático, que são apresentados por Cláudio Brandão, em relação à tipicidade, o qual permitiria e a sua exclusão supra-legal por meio de uma argumentação racional e proporcional, porquanto tal decisão, nestes termos, se mostrará tele logicamente conforme o princípio da legalidade. (BRANDÃO, 2012, p. 215).

A legalidade, argumenta Cláudio Brandão, é o princípio fundante da dogmática do Direito Penal. No devir da evolução histórica das ideias penais, a legalidade representa um marco porque “é o princípio da legalidade que torna o direito penal suscetível de limitações, representando ele a condição para o desenvolvimento do direito penal científico, isto é, a condição para o desenvolvimento dos elementos que integram a dogmática penal.” (BRANDÃO, 2014, p. 73).

O princípio da legalidade, como se sabe, impõe um fundamental significado formal para a dogmática penal, que se direcionam tanto ao

julgador quanto ao legislador. Não obstante, salienta Cláudio Brandão, o dito princípio detém igualmente um cariz material, que transcende em muito as exigências que ele estabelece quanto à forma. (BRANDÃO, 2012, p. 148-149). Sobre o significado material do princípio da legalidade, ele encontra-se vinculado substancialmente ao cariz político do Estado, pois, como afirma o autor:

O princípio da legalidade possui um significado material. Este dito significado espelha uma face *política*, que nenhuma outra instituição do direito penal possui: este princípio é um filtro que permite verificar através do direito penal, em última análise, a própria face política do estado. Por conta desta face política, o princípio da legalidade é norma de sede constitucional(...) (BRANDÃO, 2012, P. 148-149).

Como referenciado, não só todas as instituições que integram a teoria do crime, mas também o próprio método penal, têm a sua gênese na elaboração do princípio da legalidade, que se apresenta, portanto, como uma *conditio sine qua non* para o nascimento e o desenvolvimento do método penal.²⁸

Note-se que essa vinculação entre legalidade e o método penal não se apresenta como uma coincidência histórica, pois, como descortina Cláudio Brandão, o aspecto material da legalidade descortina uma base comum na fundamentação primeira dessas duas instituições,

²⁸ Assim, “os elementos que compõem o conceito tripartido de crime, portanto, somente foram engendrados a partir da elaboração do *nullum crimen nulla pena sine lege*, que é o princípio fundante da dogmática penal.” (Brandão, 2012, p. 188).

porquanto ambas se justificaram inicialmente pelos postulados do iluminismo penal. (BRANDÃO, 2012, p. 191 e ss).

Sobre a influência do iluminismo penal, os fatores que circundavam o contexto histórico do período setecentista fizeram com que se atribuísse a Lei uma função hiperbólica. Diante de tais desdobramentos, a fundamentação inicial do método penal, como sublinha Brandão, pressupôs que através da Lei seria possível encampar de forma absoluta toda a complexidade do direito e da realidade social. (BRANDÃO, 2014, p. 75-76).

Essa hipérbole atribuída à importância e capacidade da Lei, por parte do iluminismo penal (que é, frisa-se, historicamente compreensível), repercutiu no do método de aplicação do direito penal (e de todo o direito), cujo critério apresentado para o seu deslinde foi o silogismo demonstrativo. (BRANDÃO, 2012, p. 191 e ss). O silogismo demonstrativo perfaz a forma mais perfeita possível de dedução, e isso se dá porque ele instrumentaliza a possibilidade de se atingir uma conclusão lógica através da correspondência de duas premissas. Nesse sentido,

“Cabe aqui mencionar que o raciocínio silogístico foi desenvolvido no âmbito da dedução lógica. (...) Enquanto tal, ele possibilita uma conclusão que se verifica em face de uma correspondência entre premissas, assim, o silogismo é a forma mais elaborada possível da dedução, o que levou Aristóteles a conceitua-lo como forma de dedução perfeita” (BRANDÃO, 2012, p. 193-194).

No método penal, traduz o silogismo demonstrativo, a Lei, ao encerrar os casos hipoteticamente considerados e os regular, conformaria a premissa maior; já o fato humano concreto, objeto de regulação legal, a premissa menor. Assim, dadas as duas premissas e a correspondência entre ambas, a sentença judicial – que aplicará a lei (premissa maior) ao caso (premissa menor) – será a conclusão do dito silogismo. (BRANDÃO, 2012, p. 192).

Não obstante, a pretensão do iluminismo penal não era factível. A Lei não é capaz de encerrar em si toda a complexidade da conduta humana, da realidade social, e tampouco do próprio direito. Com efeito, nota-se que, em verdade, “a lei não expressa senão um modelo de comportamento, abstratamente previsto, construído em uma época historicamente determinável com todas as influências desse momento histórico que a criou.” (BRANDÃO, 2012, p. 196-197).

Essa delimitação da capacidade de rendimento da Lei em relação à complexidade do direito enquanto um fenômeno social, e assim irredutível em toda a sua dinâmica à preceitos legais, descortina a ideia de que o silogismo demonstrativo não é o método de aplicação compatível com direito e, em especial, com o Direito Penal. (BRANDÃO, 2012, p. 196). Isto se dá porque, argumenta Brandão, existe uma impossibilidade lógica para tal consideração. Este óbice seria uma decorrência da própria natureza do silogismo demonstrativo, tendo em vista que ele foi engendrado não para as ciências culturais, a exemplo do direito, mas para as ciências naturais. (BRANDÃO, 2012, p. 198). Nesse sentido,

“Tal silogismo é perfeitamente cabível para o raciocínio em face dos objetivos natutrais, como é o caso da física, mas ele não foi construído para as ciências culturais, pois neles

a retórica é a protagonista.” (BRANDÃO, 2012, p. 198).

Note-se que, precisamente por esse motivo, diz o autor em referência, já se reconhecia no âmbito da filosofia grega, consoante às ciências cuja estrutura compatibilizava-se com a argumentação, a incidência de um silogismo não demonstrativo. Isso posto, ressalta Brandão que assim como já bradavam os gregos, o critério apresentado pelo silogismo demonstrativo não é compatível com a complexidade imanente às ciências culturais, tendo em vista que em ditas ciências sempre existirá a necessidade de argumentação (sobretudo na ciência jurídica). Com efeito, quanto às ciências culturais, este imperativo põe a efeito a impossibilidade de se dissociar do seu respectivo método da retórica. (BRANDÃO, 2012, p. 199.).

Em face da substancial vinculação entre o método da ciência jurídica (como ciência social que é) e a retórica, se estabelece que a metodologia do direito não poderá jamais estruturar o seu método com base no silogismo demonstrativo. Afirma Cláudio Brandão, nesse sentido, que a necessidade de argumentação circunscrita ao direito faz com que a sua base metodológica se assente naquilo que os gregos denominavam de entimema ou de silogismo retórico. (BRANDÃO, 2012, p. 199).

Como afirma Cláudio Brandão, esse veículo interpretativo (entimema), diferentemente do silogismo demonstrativo, não permite identificar uma conclusão lógica como dedução derivada da afirmação de correspondência entre duas premissas. Isso se dá porque, no entimema ou silogismo retórico, se reconhece que uma destas premissas estará nele sempre implícita; nesse sentido, “como uma das premissas não está posta, a conclusão não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas e para fundamentá-la, exige a utilização da retórica”. (BRANDÃO, 2012, p. 202).

No silogismo retórico se impõe que a premissa elíptica, a qual se encontra implícita, deverá ser descortinada através da argumentação, isto é, considera-se que ela tem de ser construída retoricamente. Nesse sentido, advirta-se que “é o potencial argumentativo do sujeito, em face da premissa que está elíptica, que determinará a aceitação ou não da conclusão. Neste campo, é a argumentação que gera o convencimento e dá validade a já referida conclusão do entimema.” (BRANDÃO, 2012, p. 202).

Na metodologia jurídica em geral (e no direito penal em particular) verifica-se a incidência de um silogismo retórico, e não, como queriam os iluministas, de um silogismo demonstrativo. Nesse sentido, diz Cláudio Brandão, na metodologia do direito, a premissa menor sempre será conhecida pelo sujeito cognoscendi, pois ela é o caso; já a premissa maior estará sempre elíptica (lei, doutrina, jurisprudência, etc). (BRANDÃO, 2012, p.194).

Com isso, a partir do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador (que na relação com objeto será o sujeito cognoscendi) já concluiu, em verdade, a sua decisão. Com efeito, a partir desta conclusão já tomada, o julgador buscará uma premissa maior para fundamentá-la retoricamente, construindo ele mesmo a premissa que lhe falta para o silogismo. Sobre o assunto, diz Brandão:

“O entimema de primeira ordem põe a nu a aplicação do direito. Com efeito, na metodológica jurídica a premissa maior é elíptica: a partir do conhecimento do caso (premissa menor), o julgador intui uma conclusão e busca uma premissa maior para fundamentá-la.” (BRANDÃO, 2012, p. 203).

Para dar acuidade à aplicação entimemática do Direito Penal, Cláudio Brandão traz à colação o seguinte exemplo:

“Quando no interrogatório do réu o juiz conhece o caso (premissa menor do silogismo retórico), ele já intui o dispositivo de sua sentença, decidindo se irá condenar ou absolver o réu (conclusão do silogismo retórico), mas para justificar a sua decisão, precisará recorrer a uma premissa maior para fundamentar o dispositivo. A premissa maior, por ser a última na linha do tempo a ser utilizada, será escolhida em face da conclusão tomada, servindo para desenvolver uma retórica argumentativa com vistas a justificar a conclusão intida. Assim, a conclusão não é feita a partida da premissa maior, mas é a premissa maior que será escolhida em face da conclusão”. (BRANDÃO, 2012, p. 204).

No silogismo retórico, em sendo a premissa maior retoricamente construída em favor de uma conclusão previamente definida, se estabelece que, no método penal, a tipicidade desempenhará uma função assaz relevante, pois ela estabelecerá um limite negativo ao entimema. (BRANDÃO, 2012, p. 207).

Sobre o limite negativo ao entimema, explica Brandão, a tipicidade o perfaz porque ela é a instituição penal que concretiza o princípio da legalidade no método penal, tanto sob ponto de vista formal como material. Com efeito, ao impor-se através dessa instituição a necessidade de estabelecer uma relação de adequação entre a conduta concretamente realizada e a Lei penal que incrimina o comportamento (BRANDÃO, 2012, p. 207), a tipicidade representará uma limitação do

arbítrio do julgador no que diz respeito à escolha da premissa maior na estrutura do entimema, pois não dará margem para que ele a construa retoricamente de modo a possibilitar a condenação do réu fora daquilo que está disposto no preceito penal, porquanto o princípio da legalidade, que ela traduz na teoria do delito, representará um obstáculo a uma escolha de semelhante feição. (BRANDÃO, 2012, p. 207). Nesse sentido, afirma-se expressamente:

“O juiz, embora possa escolher a premissa maior, não pode condenar fora do que dispõe a lei em face do princípio da legalidade. Assim, a liberdade de escolha da premissa maior, em sede de direito penal, está limitada se a conclusão repretar um prejuízo para o réu, e este limite é a tipicidade.” (BRANDÃO, 2012, p. 207).

Desse modo, pode-se concluir que “caso o juiz escolha uma premissa maior diferente da lei como fundamento de uma conclusão que represente um prejuízo ao réu, a decisão estará eivada de inconstitucionalidade, em face da violação do comando do princípio constitucional da legalidade penal.” (BRANDÃO, 2012, p.207).

Entretanto, é necessário ressaltar - e aqui reside precisamente o que entendemos como possibilidade de, através da proposta de Cláudio Brandão, estabelecer a correção valorativa do garantismo ferrajoliano – que embora a tipicidade desempenhe, no âmbito do método penal, circunscreva um limite negativo ao silogismo retórico ou entimema (pois, como visto anteriormente, se a conclusão intuída pelo julgador se apresentar como um prejuízo para o réu, ele (o juiz) jamais poderá eleger uma premissa maior que não estiver compreendida no texto da Lei para fundamentar dita conclusão), a situação é completamente diversa nos casos em que, ao contrário do caso descrito, o julgador

buscar uma premissa maior para fundamentar uma conclusão que é favorável ao agente.

Sobre o tema, Brandão apresenta acertadamente que a tipicidade não constituirá um obstáculo para se afirmar, no método penal, uma conclusão em benefício ao agente, ainda que esta conclusão se encontre fora da Lei (BRANDÃO, 2012, p. 210). Isso se dá porque, diz-nos Brandão, “como consequência da legalidade, o método penal foi engendrado para limitar a violência do sistema e proteger o homem, por isso, foi criado para aumentar o âmbito de liberdade” e, diante disso, “(...) será teleologicamente conforme a tipicidade e a legalidade, a argumentação racional e proporcional que aumente o âmbito de liberdade, ainda que não esteja essa argumentação baseada na lei.” (BRANDÃO, 2012, p. 215).

Isso significa que, em face do princípio da legalidade penal, “não são contrárias à tipicidade as causas supra-legais, que, em sede de direito penal, aumentem o âmbito de liberdade do sujeito.” (BRANDÃO, 2012, p. 215).

6. Conclusão.

A partir da análise da estrutura constitutiva da legalidade estrita no SG de Luigi Ferrajoli (capítulo 2) em conjunto com a sua proposta de teoria do ordenamento jurídico (capítulo 3), na qual o autor italiano propõe vincular aquele axioma aos critérios materiais de legitimidade através da sua vinculação intrasistemática à substância dos direitos e garantias fundamentais previamente positivados na Constituição, sustentamos que a teorização garantista de Ferrajoli, paradoxalmente, poderia dar azo a uma *interpretação* de não reconhecimento de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas.

Como se consta no desenvolvimento posterior (capítulo 4), a clausura do SG somente ao direito positivo, dentro de uma lógica em que a

legalidade estrita condiciona todo o ordenamento jurídico ao mesmo tempo que é condicionada pela Constituição, sendo que esta última estabeleceria, nesta dinâmica, os critérios substanciais de legitimidade ao direito vigente, põe a efeito um formalismo que encampa a possibilidade de não incidência da supra-legalidade na seara penal. Assim, como as causas supra-legais visam aumentar o âmbito de liberdade do homem, elas traduzem em si garantias fundamentais, e diante disso a impossibilidade de aplica-las implicará, necessariamente, a negativa de ditos direitos por elas assegurados.

A impossibilidade de aplicação das causas supra legais é um efeito da tentativa de Ferrajoli de conferir o maior grau possível de proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão em face do poder punitivo do Estado. Para tanto, ao estabelecer como fatores a racionalidade e a segurança jurídica, Ferrajoli não dá qualquer margem à possibilidade de o julgador realizar remessa a critérios alheios ao direito positivo para fundamentar as decisões judiciais. Com isso, ele exige que os próprios princípios jurídicos, para que possível o seu reconhecimento, sejam estruturados (e analisados) sob crivo de uma visão estritamente positivista.

Ressaltamos, a partir da análise do princípio da lesividade, que diante de eventual ausência de disposição expressa na Constituição, ou até mesmo da falta de ‘taxatividade’ da lesividade (que a visão positivista de Ferrajoli impõe necessária no próprio preceito penal), pode resultar na impossibilidade de aplicação de uma causa supra-legal de exclusão dos elementos de um dos elementos do crime, nomeadamente, a tipicidade, tendo em consideração que o magistrado não poderia, baseando-se na proporcionalidade e no conceito do bem jurídico, afastá-la pela aplicação do princípio da insignificância.

Dada a necessidade de uma correção valorativa no âmbito do SG de Ferrajoli, propomos que ela se perfaça com base na teorização de

Cláudio Brandão, na qual ele descortina o método entimamático do Direito Penal.

O entimema ou silogismo retórico, diferentemente do silogismo demonstrativo (onde a conclusão é uma decorrência lógica da correspondência entre duas premissas), se impõe que uma das premissas que se toma como base para conclusão estará sempre elíptica. Esta premissa, por se encontrar implícita, deverá ser descortinada através da argumentação, isto é, considera-se que ela tem de ser construída retoricamente. Nesse sentido, como afirma Cláudio Brandão, é o potencial argumentativo do sujeito em relação a premissa que está implícita que revestirá de validade a conclusão anteposta do entimema. No método penal, a tipicidade representará uma limitação do arbítrio do julgador no que diz respeito à escolha da premissa maior na estrutura do entimema, pois a tipicidade não dará margem para que ele a construa retoricamente de modo a possibilitar a condenação do réu fora daquilo que está disposto no preceito penal, porquanto o princípio da legalidade, que ela traduz na teoria do delito, representará um obstáculo a uma escolha de semelhante feição.

De outro giro, o princípio da legalidade e a tipicidade são instituições teleologicamente compatíveis com a aplicação supra-legal do direito penal em benefício do agente, pois não há incompatibilidade entre a finalidade daqueles e uma decisão que, em face da ausência de previsão legal expressa, reconheça a exclusão do crime por ausência de lesividade (isto é, aplicação do princípio da insignificância). Isso posto, não há óbice em se construir retoricamente uma premissa maior, na estrutura do entimema, da qual resulte benefício para o réu, ainda que não haja respaldo no direito positivo. Registre-se que semelhante decisão será, a rigor, uma harmonização substancial/material com o dito princípio, pois com isso se cumpre a própria finalidade última para a qual ele foi, desde a sua gênese, elaborado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade e Interpretação no Direito Penal. **Seqüência**. Florianópolis, n. 68, jun. 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina. 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002.

DEVOS, Bryan Alves; NETO, Francisco Quintanilha Vêras. **Trajetória e mutações do utilitarismo jurídico-penal: um ensaio de história das ideias**. Escola de direito de São Paulo da fundação Getulio Vargas. 2 | e1922 | 2019.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta. 1999.

FERRAJOLI, Luigi **El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal**. Madrid: Trotta. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y dolor**. Traducción de Miguel Carbonell. ISONOMÍA, N° 27, Octubre de 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. ISONOMÍA. No. 16, ABRIL DE 2002.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa Brasília**. a. 37 n. 145 jan./mar. 2000. P. 41-46.

PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. **A INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO DE FERRAJOLI PARA EFETIVAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE DEFENDE *DELICTAE***, Vol. 4, N°7, Jul.-Dez. 2019, p. 160-186.

SANCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel . La dogmática de la teoría del delito: Evolución científica del sistema del delito. Procuraduría General de la Nación. Institutos de Estudios del Ministerio Público. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia, 2006.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume . Teoria geral do Direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan: 2003.