

BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME), DO PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO DO SISTEMA JURÍDICO, À LUZ DAS TEORIAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

BRIEF CRITICAL ANALYSIS OF LAW 13.964/2019 (ANTI-CRIME PACKAGE), FROM THE INTERNAL AND EXTERNAL POINT OF VIEW OF THE LEGAL SYSTEM, IN THE LIGHT OF THE THEORIES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

Alexandre Brandão Rodrigues¹

Antônio Flávio de Oliveira²

RESUMO

Realizou-se uma breve digressão histórico-filosófica das três principais concepções de direito e avaliar como funciona o problema do decisionismo judicial e do controle material da produção legislativa nestas concepções. E frente a essa análise foi feita uma crítica à Lei 13.964/2019. O método utilizado foi o da filosofia da história e o dedutivo. O resultado obtido foi que com o Constitucionalismo Contemporâneo o sistema jurídico deve ser visto como um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos. Quanto ao “Pacote Anticrime”, verificou-se que vários dispositivos da lei sofrem com vício de inconstitucionalidade que devem ser declarados ou, no mínimo, ser dada uma interpretação conforme a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo contemporâneo. Garantismo jurídico.

Teoria e filosofia do direito.

ABSTRACT

A brief historical-philosophical digression of the three main conceptions of law was carried out to measure how the problem of judicial decisionism and the material control of the legislative production in these conceptions works. In light of this analysis, a criticism of Law 13.964/2019 was made. The method used was the philosophy of history and the deductive reasoning. The result obtained was that with Contemporary Constitutionalism the legal system must be seen as a system of rules, principles, policies and procedures. As for the “Anti-Crime Package”, it was found that several provisions of the law suffer from an unconstitutionality defect that must be declared or, at least, given an interpretation according to the Constitution.

¹ Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIJUÍ (2008). Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Diretor-presidente da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do RS (Fesdep). Subdefensor Público-Geral para Assuntos Jurídicos.

² Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Caxias do Sul (1996). Subdefensor Público-Geral do Estado para Assuntos Administrativos (2017-2020). Defensor Público-Geral do Estado.

KEYWORDS: Constitutionalism contemporary. Legal guarantee. Theory and philosophy of law.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Metafísica e a norma jurídica no jusnaturalismo. 3 O positivismo jurídico – a ilusão de neutralidade, a abertura para a discricionariedade judicial e a ausência de análise da validade material da norma. 4 O constitucionalismo contemporâneo e o papel dos direitos fundamentais, os princípios como categoria normativa apta a afastar a discricionariedade judicial e a fazer um controle material da produção legislativa. 5 Uma breve análise crítica dos fundamentos filosóficos e jurídicos da lei 13.964/2019, “o pacote anticrime”. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, foi proposta como um dos principais instrumentos do atual governo e, principalmente, do então Ministro da Justiça e segurança Pública, Sérgio Moro, para o combate à corrupção e para garantia da ordem e da segurança pública. Na Mensagem 50 ao PL 882³, que veio a se tornar na referida lei, o então ministro ressalta que o objetivo da lei é estabelecer medidas contra a corrupção, crime organizado e crimes graves praticados contra pessoa.

O PL 882 foi muito modificado no Congresso, recendo muitas emendas e, em muitos pontos, alterado substancialmente, inclusive com a criação de institutos processuais inéditos, como é o caso do Juiz de Garantias. O que, de certa forma, tornou a referida lei, processualmente falando, um avanço em termos de garantias processuais. O que não se pode dizer das disposições materiais.

Desde já, ressalta-se, que não se pretende neste estudo analisar a leis, os seus avanços e retrocessos, mas sim analisá-la no âmbito da Teoria e da Filosofia do Direito. O discurso apresentado pelo governo, em especial pelo Ministério da Justiça, teve um apelo fortemente moralista, como se o projeto de lei do “Pacote Anticrime” tivesse o condão de restabelecer a moralidade pública tão vilipendiada por atos de corrupção pública e privada e pela criminalidade organizada e violenta. Para isso, propõe medidas que interferem gravemente na esfera de liberdade de cidadãos que, por ventura, venham a responder ou sejam condenados por

³ Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55975F56EF9F99F687C718BDAD453663.proposicoesWebExterno2?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019

determinados crimes.

Diante disso, pretende-se, portanto, primeiramente, fazer uma breve digressão histórico-filosófica das três principais concepções de direito, para poder entender o papel que a moral e que a metafísica exerce nessas concepções e, assim, avaliar como podem influenciar no decisionismo judicial (por meio da discricionariedade e até do arbítrio), bem como no controle material da produção legislativa. Para essa análise utilizar-se-á o método da filosofia da história. Diante dessa análise, entender as razões utilizadas na gênese do PL 882 que venho se transformar na Lei 13.964/2019. E assim, fazer uma crítica à lei com base na filosofia do direito, ou seja, do ponto de vista externo ao ordenamento jurídico, bem como uma crítica quanto a validade material da lei, do ponto de vista interno ao ordenamento jurídico. Para tanto o método utilizado será o dedutivo, portanto, aplicar-se-á, como ensina Lakatos (2003, p. 94), “a chamada ‘afirmação do antecedente’ (modus ponens) e a denominada ‘negação do consequente’ (modus tollens)”.

Assim, o problema que se apresenta pode se dividido em dois: quais são as principais concepções do direito e como se dá a influência da moral nessas concepções de modo a propiciar um controle da discricionariedade judicial e do controle da validade material da produção legislativa? E, diante do Constitucionalismo Contemporâneo, é possível fazer a crítica do ponto de vista externo, com base dos valores externos ao sistema jurídico e do ponto de vista interno, da validade da lei com base nas categorias jurídicas, regras e princípios?

Há que ser salientado que não se pretende fazer uma análise exaustiva da referida lei, muito pelo contrário, pretende-se, simplesmente, fazer um indicativo dos problemas, axiológicos e de validade, que poderão ser enfrentados pelos operadores do direito.

2 A METAFÍSICA E A NORMA JURÍDICA NO JUSNATURALISMO

O presente estudo tem que iniciar pelo Jusnaturalismo, pois trata-se da primeira concepção de direito. Em termos gerais⁴, caracteriza-se por ser uma

⁴ Em termo gerais, porque diante da grande diversidade de teorias jusnaturalistas, é quase impossível apontar características gerais que englobem todas as teóricas.

concepção do direito em que há duas ordens jurídicas, uma natural (metafísica⁵) e outra legal (positiva). Nessa concepção do direito, o direito positivo está ligado, ontologicamente, à moral (justiça) e esses valores buscados pelo jusnaturalismo tem um cunho metafísico, ou seja, transcendem ao sensível e tem caráter generalista, próprios das causas primeiras (*a priori*). É importante ressaltar que para o jusnaturalismo, o ser do direito (ontologia) está intimamente ligado ao seu valor (axiologia). De modo que o direito posto, se não for justo, não é direito. E isso influencia diretamente a epistemologia do jusnaturalismo, pois a forma de se conhecer o direito deve estar de acordo com as concepções morais (de justiça). O que favorece ao arbítrio, pois tais concepções são subjetivas e favorecem, invariavelmente, aquelas pessoas que detêm o poder. Em suma a moral está estritamente ligada ao conceito do direito. A primeira vez que a tensão entre o direito natural e o direito positivo foi retratada pela literatura foi por volta de 440 a. C., em *Antígona*, obra de Sófocles⁶.

O fundamento filosófico do Jusnaturalismo está na filosofia clássica, em especial de Sócrates e Platão que é, ao mesmo tempo, lógica e metafísica, pois remete ao “mundo das ideias”, que significa para Platão “modelos”. Entendia Platão (inspirado em Pitágoras) que há um lugar, que não está no tempo e no espaço, onde existem os modelos ideais de tudo o que existe. Acreditava na “existência de tais entidades estáveis ‘alhures’ – em um lugar separado do mundo apresentados pelos sentidos.” (FEREJOHN, 2011, p. 151). Como resalta Habermas (1990, p. 40), essa epistemologia metafísica idealista se caracteriza pela tensão de duas formas de conhecimento: “A forma discursiva, apoiada na empiria, e o anammésico, voltado para a contemplação intelectual; de outro lado, da oposição paradoxal entre ideia e fenômeno, entre matéria e forma”.

Esse pensamento metafísico-ontológico do idealismo clássico repercutiu no

⁵ Pode-se dizer que metafísico é o estudo de questões que transcendem ao físico, ao sensível. O termo “Metafísica” surgiu, porque os livros de Aristóteles que tratam da “filosofia primeira” foram organizados depois dos livros de “física” pelos seus glossadores.

⁶ Nessa obra, a tragédia começa com a determinação de Antígona de enterrar o seu irmão, Polinice, de acordo com os preceitos religiosos vigentes na época. Tal determinação vai de encontro com a ordem do soberano, Creonte, que determinou que aqueles que houvessem atentado contra a cidade não poderiam ser enterrados e teriam o seu corpo comido pelas aves do céu e pelos cães da terra. Tal determinação de Creonte, além de desobedecer à lei natural, ofende ao morto e aos seus familiares, pois fará com que o espírito do morto não consiga fazer a devida transição para o mundo espiritual. Por isso, Antígona, contrariando a ordem de Creonte, enterra o seu irmão (SÓFOCLES, 2001).

direito. Tanto Platão, como Aristóteles, falam do termo “direito positivo”, mas ligado à ideia de justiça, ou seja, de justiça positiva, como as leis que regem a vida social. Esses filósofos entendiam que o direito natural está em toda parte e “[...] prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva”. (BOBBIO, 1995, p. 17). Já o direito positivo, como visto, refere-se à justiça que rege a sociedade. Trata-se de ações “[...] antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei”. (BOBBIO, 1995, p. 17).

No jusnaturalismo clássico o conhecimento do direito estava ligado à intuição. Contudo, não existe controle do que é “justo” e a definição e o critério de justiça ficavam totalmente ao arbítrio de quem detinha a autoridade. Na Idade Média, segundo Bobbio (1995, p. 19), a “[...] distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritos medievais”. Distinção essa defendida por Santo Tomás de Aquino, onde o direito divino, irradiado por Deus, passou a fazer a vez do direito natural. Segundo Santo Tomás de Aquino, se a lei contrariar o direito natural “[...] já não será lei, mas corrupção da lei”. (AQUINO, 2005, p. 576). Entende Santo Tomás de Aquino que a *lex humana* “[...] deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer.” (BOBBIO, 1995, p. 20).

No século XIV, surgiram várias forças que possibilitaram a eclosão de uma nova consciência na Humanidade⁷ e modificou totalmente a forma em que o Homem vê o mundo e a si próprio. O mundo se desencantou, as respostas não estavam mais em Deus, mas no interior de cada homem. Para o direito, não houve uma mudança tão significativa, pois o dualismo característico do jusnaturalismo ainda persistiu.

Na filosofia, o Racionalismo foi um marco, Descartes, fortemente influenciado pela certeza da lógica matemática, compara a sabedoria a uma árvore, na qual nas suas raízes estão a metafísica, no seu tronco está a física e os demais conhecimentos ligados ao sensível e, nos seus ramos e folhas estão os conhecimentos aplicados como a medicina, psicologia, moral. Por mais que a

⁷ Pode-se citar: a instabilidade da estrutura feudal com a ascensão da burguesia; o Renascimento italiano; a Reforma Protestante; e a surgimento da Ciência Moderna com as descobertas de Copérnico (RUSSELL, 2013). A Terra deixou de ser o centro do universo, mas, em compensação, o Homem assumiu um papel central no pensamento filosófico.

filosofia de Descartes seja calcada na razão e no método, as suas bases são sustentadas pela metafísica, visto que a busca dessa racionalidade é feita de forma subjetiva, no interior de cada indivíduo. (DESCARTES, 2000).

O método cartesiano influenciou e influencia a ciência e a filosofia até hoje, mas o racionalismo sofreu oposição de outra vertente do conhecimento científico e filosófico da Modernidade, o empirismo. David Hume foi o grande crítico do racionalismo, pois entendia que todo o conhecimento provém de duas fontes principais: das percepções direitas geradas pelos sentidos e das ideias pálidas dessas impressões. Então, ele nega a ideia racionalista das conexões entre as coisas, que possibilita o conhecimento delas, pois entende que tudo o que podemos conhecer são essas pálidas impressões dos sentidos. (HUME, 2000). Para o direito, Hume teve grande influência para o positivismo jurídico.

Mas a ponte entre o empirismo e o racionalismo foi erguida pelo pensador alemão Immanuel Kant, com a sua teoria do idealismo transcendental. Kant entendia que existem dois mundos, ou seja, duas categorias que, em conjunto, dão a possibilidade que se conheça o mundo sensível⁸: o mundo da experiência (empírico), que se conhece de forma *a posteriori*; e o mundo das coisas em si (racional), que independem da experiência, que se conhece de forma *a priori*. Kant não nega o conhecimento empírico (do mundo, relativo ao tempo e espaço), mas entende que ele sozinho não basta, é necessário para o conhecimento humano que seja feita a ligação com que sabemos de forma *a priori*⁹ (NODARI, 2009; RUSSELL, 2013).

Com Kant, o sujeito cognoscente toma assento no centro do conhecimento e, assim, se estabelece mais uma revolução da Modernidade: primeiro nas ciências com Copérnico; depois na filosofia, com Kant. Essa preocupação em relacionar a experiência com a racionalidade, ou seja, o conhecimento *a posteriori* com o *a priori*,

⁸ Kant entendia a lógica de forma completa, por isso que as categorias que possibilitam o conhecimento (a razão prática e a razão pura) se referem ao fenômeno (*fenomena*). Mas todo o fenômeno necessita de uma causa (de uma origem) e essa causa Kant chama de númeno (*noumena*), que trata-se da coisa em si, que é incognoscível. Não se pode conhecer a coisa em si, por isso que a filosofia de Kant não tratava do númeno, este serve, somente, para dar lógica ao seu sistema. “Por estar fora do espaço e do tempo, a coisa em si é uma peça do mobiliário metafísico que, apesar de uma certa epistemologia subjetiva, nos assegura a possibilidade de evitar o ceticismo e reconhece um campo de experiência que seja ao menos intersubjetivo. Kant é forçado a esta posição porque não admite a existência independente de espaço e tempo. Se removermos estes dois da lista de conhecimentos *a priori*, a coisa em si resulta supérflua.” (RUSSELL, 2013, p. 374).

⁹ Para saber mais: VEGAS, Juan Castillo. La intuición intelectual em Kant. In: Revista do Direito da UNISC: Santa Cruz do sul, n.38, p. 1787-201, julho/dezembro de 2012.

sempre foi uma das suas preocupações, visto que: “Os limites dos conceitos *a priori* são os do campo da experiência. Se formos além, nos envolveremos em metafísica e ‘dialética’ infrutíferas, o que, para Kant, carrega um significado depreciativo”. (RUSSELL, 2013, p. 374).

Bem, se funda em Descartes e Kant a base filosófica da Modernidade, o conhecimento era obtido de forma subjetiva, em uma relação entre sujeito-objeto, em que a razão subjetiva é determinante. Essa marca subjetiva do racionalismo idealista é o que Habermas (1990, p. 41) chama de filosofia da consciência, visto que a procura da razão em si mesmo:

A autoconsciência, ou é conduzida a uma posição fundamental, como fonte espontânea de realizações transcendentais, ou é elevada à categoria de absoluto, como espírito. As substancias ideais transformam-se nas determinações categoriais de uma razão produtora, de tal modo que agora, numa peculiar guinada reflexiva, tudo é referido ao uno da subjetividade produtora.

A busca da razão se dá interior do homem. Epistemologicamente, a filosófica da consciência teve como defeito ser excessivamente solipsista, ou seja, ser por demais subjetiva, pois o conhecimento *a priori* somente pode ser buscado no interior de cada pessoa, bem como a noção de dever e, conseqüentemente, a de moralidade.

Em que pese ter sido o jusnaturalismo, por milênios, a principal teoria jurídica; e, ainda hoje, existirem teóricos que defendam essa tese dualista, não pode se negar que, atualmente, essa concepção de direito conta com poucos adeptos. Por ser uma teoria apriorística, visto que se baseia na metafísica, pois remete a um conhecimento suprassensível, em que as suas razões se encontram dentro da mente do julgador (solipsista), essa racionalidade não pode fundamentar uma decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, em que é determinante uma racionalidade pós-metafísica, exigindo-se o respeito a princípios de ordem democrática, como o da separação dos poderes e o da legalidade.

Portanto, uma concepção de direito que é subordinada à moral, sendo que essa é acessada pelo julgador de forma apriorística (metafísica), faz com que a decisão judicial seja mais do que discricionária, ela tangencia ou, até mesmo, entra nas raias do arbítrio. Tal concepção era tão subjetiva que chegou a fazer com que Luís XIV, rei absolutista francês declinar que “o Estado sou eu”. E era mesmo, não existia controle. Para resolver esse problema da certeza e da segurança jurídica, foi

teorizada uma nova concepção de direito, o positivismo jurídico, que visou dar a certeza e neutralidade para a ciência do direito, para tanto, tentou afastar a metafísica. Mas, com se verificará, além de não conseguir concretizar esses ideais, não conseguiu resolver o problema da discricionariedade judicial, ou seja, a falta de controle transferiu-se para a fase de produção legislativa e para as decisões judiciais dos casos difíceis.

3 O POSITIVISMO JURÍDICO – A ILUSÃO DE NEUTRALIDADE, A ABERTURA PARA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA VALIDADE MATERIAL DA NORMA

Após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado Liberal e da codificação, que trouxe consigo o princípio da legalidade, o jusnaturalismo perdeu força. O Estado foi visto como um mal necessário, por isso não podia intervir nas relações entre os cidadãos. Ferrajoli ressalta que essa positivação representou um grande progresso nos planos epistemológico, jurídico e político, visto que “a separação do direito positivo da moral e da política, de outro comporta a separação entre a ciência do direito e o próprio direito, que pela primeira vez se torna autônomo como ‘objeto’ ou ‘universo’ empírico relativamente independente da atividade dos juristas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 802)

E na Filosofia, no final do século XIX, início do século XX, foi declarado que “Deus está morto”. (NIETZSCHE, 2011) Com esta sentença, Nietzsche pretendeu por fim a moralidade cristã que dominava no mundo acidental até então. Mas, conseguiu mais, conseguiu por em cheque a racionalidade metafísica que imperava na filosofia ocidental. (MARTON, 1990). Então, Nietzsche proporcionou uma transvaloração dos valores dominantes até então no pensamento filosófico ocidental. A partir de então, a forma do homem se conhecer e conhecer o mundo vai mudar radicalmente. Perde-se a essência, e se tem somente a existência. E os valores passam a ser “humanos, demasiado humanos”, e não mais perenes e absolutos dispostos em um mundo ideal.

Nesse momento, a filosofia de Kant e Hegel são questionadas e não se admite mais uma explicação psicológica das relações lógicas e conceituais, surge a filosofia analítica de Frege e Russell (entre outros), para dar um passo na guinada linguística. Em especial Frege, entende que há diferenças de pensamentos e de

suas representações. As representações são sempre atribuídas a um sujeito e identificadas no espaço e tempo, já os pensamentos ficam adstritos à consciência individual e são mais complexos que as representações. Quando o pensamento é verdadeiro, a sua representação constitui um fato. Assim, não é possível aprender sem a mediação de pensamentos e de suas representações, visto que os pensamentos só são acessíveis quando representados através de proposições. (HABERMAS, 2003).

Essas proposições são elementos da linguagem gramatical e, para se entender a estrutura do pensamento é necessário desse *medium* da linguagem. (HABERMAS, 2003) Nesse ponto, partindo da filosofia de Gottlob Frege e não desconsiderando a filosofia de Kant, Ludwig Wittgenstein (1999) muda essa perspectiva, e aproveitando-se da virada linguística, estabelece que os limites da linguagem é que definem os limites de mundo de cada pessoa. Então, para ele, toda a discussão filosófica até então travada se deu com base em erros fundamentais: porque tanto a linguagem quanto o mundo são formalmente estruturados e essas estruturas podem ser decompostas. A relação entre as estruturas do mundo e da linguagem é que traz o conhecimento, de forma com que a linguagem retrata o mundo, retratando-o de forma com que concorde com a realidade.

A filosofia de Wittgenstein influenciou, decisivamente, o movimento filosófico conhecido como Círculo de Viena, que se trata de uma escola de pensamento que teve como principal objetivo afastar da ciência qualquer aspecto valorativo, por meio, fundamentalmente, do rigor da linguagem, da objetividade do enunciado do discurso científico e pela repulsa e afastamento de todo o aspecto metafísico. Compunham o Círculo de Viena pensadores da envergadura de Otto Neurath, Karl Popper, Rudolf Carnap, entre outros. (LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013)

Hans Kelsen participou de algumas reuniões do Círculo de Viena, foi influenciado por esse movimento filosófico, mas acabou se afastando devido à influência da filosofia idealista transcendental de Kant em seu pensamento. Mas a influência dessa perspectiva neopositivista do Círculo de Viena encontra-se presente em sua teoria, tanto é que o principal objetivo foi criar um método puro para o estudo da ciência do direito.

Com base nesse movimento filosófico que tinha horror a metafísica, surgiu o positivismo jurídico que tem como principal característica: ontologicamente, o direito é somente o direito positivo; epistemologicamente, a análise do direito se dá por

meio da análise lógica da linguagem jurídica; e axiologicamente, o valor está separado do direito, faz parte da área de estudo da filosofia do direito¹⁰.

Certamente, o positivismo jurídico tem como uma das suas teses principais a da separação do direito e da moral; no caso, o ser (ontologia) do direito está separado do seu valor (axiologia). O que interessa para o positivismo jurídico não é o valor ou a justiça do direito, mas sim a sua validade, que é puramente formal. Como visto, axiologicamente, para o Positivismo Jurídico o valor está afastado da Ciência do Direito. Deve ser levado em consideração muito mais a forma do que a substância das normas. Nesse contexto juspositivista, dois autores se destacam, no âmbito normativo, Hans Kelsen e no analítico, Herbert Hart. Mas essas teorias não conseguiram dar conta de explicar o direito no constitucionalismo contemporâneo, em especial o papel dos direitos fundamentais.

A teoria de Kelsen pretende que o jurista se atenha somente a questões jurídicas, que são as que estão postas pela lei, pela norma jurídica positiva, ou seja, afasta a moral, a religião, a metafísica, e qualquer outra ordem normativa que não seja jurídica da análise da ciência do direito. O objeto da ciência do direito, para ele, é somente o direito. A validade que interessa para o cientista jurídico é a validade formal. Assim, para Kelsen, a principal função da ciência do direito é definir o direito como ele é, de forma pura, sem ideológicas. Desta forma, segundo esta orientação metodológica, o direito fica reduzido ao sistema normativo. (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003; CADEMARTORI e ESTEVES, 2013)

O projeto juspositivista Kelsen tem por base quatro teses principais: A primeira tese é a que afirma que o direito é somente direito positivo, exclusivamente positivo. (NOGUEIRA, 2010; LUZ, 2003) A segunda tese é a do relativismo moral, que rejeita a teoria de uma moral absoluta, por entender que a moral absoluta não pode ser conhecida cientificamente. A terceira tese do projeto juspositivista de Kelsen trata da diferença entre a normatividade e causalidade, entre o aspecto deontológico e o ontológico, ou seja, entre o *dever-ser* e o *ser*. A quarta tese é a da pureza, refere-se à análise metodológica da ciência do direito, e não do processo de criação social do direito. Kelsen admite que valores morais, religiosos, ou de outra ordem axiológica podem influenciar o legislador na criação do direito. (DIMOULIS, 2006; NOGUEIRA, 2010)

¹⁰ Trata-se, nas palavras de Ferrajoli (2006), do ponto de vista externo da análise do Direito.

Acontece que a teoria pura do direito de Kelsen permite, dentro da moldura estabelecida pela norma geral, um amplo espaço de liberdade (discricionariedade) para a decisão judicial. E é a vontade do julgador que é determinante para a definição da norma jurídica individual a ser aplicada no caso em concreto. E, em consequência disso, como adverte BITENCOURT, CALATAYUD e RECK (2014, p. 52), “a cadeia de validade (o processo de validação) das normas não se verifica, como afirma Kelsen, do ápice para baixo, mas, em realidade, de baixo para cima”. O que possibilita que não se tenha critérios para a produção legislativa, a lei é válida desde que tenha se submetido e passado por um processo legislativo válido, não há uma análise material do conteúdo da lei. Essa falta de análise de critérios materiais de produção legislativa possibilitou que as leis nazista, totalmente imorais, genocidas, fossem consideradas válidas por que passaram com êxito pelo processo legislativo.

Posteriormente, depois da metade do século XX, um teórico inglês, Herbert L. A. Hart constrói uma teoria juspositivista que entende o direito como um sistema de regras (um sistema interligado de regras primárias e secundárias). Com base nas críticas a estes modelos positivistas jurídicos precedentes, Hart parte para a criação de uma teoria que tem por base um sistema jurídico. Hart, tal como Kelsen, propôs como concepção de direito como um sistema escalonado de normas, mas o fundamento do sistema jurídico para Hart (1994) está na aceitação de duas classes de regras: regras primárias (que impõe deveres/obrigações) e regras secundárias (que são todas aquelas que servem para identificar e elucidar as regras primárias – conferem poderes). (MACCORMICK, 2010).

Maccormick (2010) critica a teoria de Hart no que refere ao direito e o seu funcionamento. Entende Maccormick (2010) que Hart fornece somente uma compreensão parcial do direito, isso porque o sistema jurídico é sempre fundamentado em princípios. Desta forma, nunca o juiz dispõe de discricionariedade no sentido “forte”. Em casos de textura abertas das normas jurídicas, o juiz dispõe de discricionariedade para procurar a resposta correta em coerência com os princípios e valores do sistema jurídico. Assim, a discricionariedade do juiz é exercida em *stantards* predeterminados: quando esses *stantards* são regras, a discricionariedade se entende por uma área restrita; quando as regras dão orientação ambígua ou conflitante, pode-se recorrer a outros *stantards* de julgamento. (MACCORMICK, 2010). Essa é a crítica feita pelos teóricos pós-

positivistas, em especial por Dworkin.

Enfim, o Positivismo Jurídico (juspositivismo) teve a pretensão de afastar a moral do direito e, como isso, afastar qualquer traço metafísico da análise normativa. Mas, com isso, não conseguiu evitar e até favoreceu, a discricionariedade judicial. O grande problema das teorias juspositivistas é que consideravam o Direito como um sistema de regras jurídicas, ignoravam a existência dos princípios como uma categoria normativa, que tem como objetivo nortear a interpretação do Direito. As teorias propostas pós-positivistas ou, como muitos preferem, constitucionalistas contemporâneas, tentam resolver esse problema, pois exigem a análise material não só na interpretação da lei, como também como requisito da produção legislativa.

4 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS PRINCÍPIOS COMO CATEGORIA NORMATIVA APTA A AFASTAR A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A FAZER UM CONTROLE MATERIAL DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Houve uma mudança de paradigma, ou seja, o positivismo, tanto o lógico, quanto o jurídico, tentou afastar a metafísica própria das perspectivas teóricas jusnaturalistas e apegou-se no rigor da linguagem, e afastou, os valores morais do conceito do Direito. Contudo, para isso, valeu-se de categorias transcendentais num apelo metafísico, a exemplo da norma hipotética fundamental. O direito foi visto somente como um sistema escalonado de regras jurídicas e não resolveu o problema da discricionariedade judicial. Da mesma forma pecou no controle material do processo legislativo, visto que era a validade era somente formal, com ênfase no trâmite legislativo, não se preocupava com o aspecto material.

A perspectiva teórica juspositivista dominou o cenário jurídico do ocidente, em especial, no período histórico que vai do século XIX ao início do século XX. Nisso, eclode a Segunda Guerra Mundial, que proporcionou um espetáculo de atrocidades que resultou na morte de milhões de pessoas: o holocausto nazi-fascista, a maior crise humanitária do século XX, o que fez o positivismo jurídico ser questionado. Com isso, como ressalta Leal (2007), houve a necessidade de resgatar e fortalecer a noção de democracia e de direitos humanos. Tais direitos, junto com o princípio de dignidade humana, ocuparam lugar de destaque nas constituições e, por serem universais e invioláveis, ultrapassaram o simples critério da maioria, protegendo a

todos.

Assim, surgiu o neoconstitucionalismo. Buscou-se novos fundamentos para a República, houve um retorno à teoria material, associado aos direitos fundamentais e a aspectos valorativos que deram à constituição uma natureza aberta. Rompeu-se com a ideia de neutralidade (concepção liberal-individualista) e passou-se a ter a compreensão da necessária vinculação entre moral e política. (LEAL, 2007)

Esclarece Streck (2012) que, na Europa, o neoconstitucionalismo surgiu como um movimento que visou dar normatividade à constituição, pois nesse continente, até a metade do século XX, não se conhecia a concepção de constituição normativa. Acontece que, no Brasil, ele chegou tardiamente, somente na segunda metade do século XX, e provocou “[...] condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabaram por contribuir para a corrupção do próprio texto da constituição.” (STRECK, 2012, p. 61 e 62). Por isso, ele defende que é necessário não se utilizar mais da expressão *neoconstitucionalismo* para denominar esse novo constitucionalismo que surgiu depois do pós-Segunda Guerra e denominá-lo de constitucionalismo contemporâneo.

No positivismo jurídico, a preocupação do jurista estava centrada na lógica e na sistematicidade do ordenamento, com o constitucionalismo contemporâneo não houve o abandono do sistema, mas se deu ênfase a garantia dos direitos fundamentais. A legislação e a ordem jurídica é aperfeiçoada como um todo. O paradigma da ordem subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais vincula todos os poderes do Estado; esses valores não correspondem a um direito suprapositivo (direito natural), mas de um caráter principiológico dos direitos fundamentais que proporciona uma abertura de interpretação. (LEAL, 2007; SARMENTO, 2004; SARLET, 2012).

Diante desses casos difíceis, surge a necessidade de se salientar a importância da interpretação do direito, não visto mais como um sistema de regras (conforme a perspectiva positivista), mas sim como um sistema de regras e princípios, em que esses também tem força normativa. Fica claro, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo não é um abandono de todos os cânones do positivismo jurídico, até porque nenhuma teoria defende a desconsideração da lei ou da regra jurídica, e sim uma evolução, que implica em uma outra concepção de direito, na tentativa da superação da discricionariedade judicial, com a resolução dos casos difíceis com a decisão com base na normatividade dos princípios.

Houve uma evolução da teoria do direito, pois adota uma racionalidade pós-metafísica, que busca compatibilizar uma moralidade universalista assentada no chão do mundo. Dessa forma, se reconhece uma moral objetiva, materializada como direitos fundamentais, nas constituições ocidentais, principalmente no pós-Segunda Guerra, contudo se repudia a moral de natureza metafísica, como aquela admitida pelas correntes jusnaturalistas.

Para melhor entender o alcance que das teorias do constitucionalismo contemporâneo e o papel normativo da Constituição que impede as decisões judiciais discricionárias, bem com a produção de leis inconstitucionais que contrariam princípios e regras constitucionais fundamentais, é importante analisar, mesmo que brevemente, as teorias de Ronald Dworkin, de Robert Alexy e de Luigi Ferrajoli.

Para Dworkin (2014; 2007) o sistema jurídico não é composto somente por regras, mas também por princípios e políticas. A diferença do conceito de princípios para o de políticas, para Dworkin, é que: Os argumentos políticos são utilizados pela prática legislativa com o fim de apresentar uma solução para um grupo, ou seja, visa um fim coletivo, que pode ter um caráter econômico, político ou social; Já os princípios visam proteger ou garantir um direito individual ou coletivo, mas dizem respeito a questões de justiça, equidade, ou seja, tem uma dimensão moral. São os princípios, não a política, que informam a prática judicial. Para ele toda norma é composta por princípios e tais princípios não podem ser explicados pela regra de reconhecimento. (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014; RODRIGUES, 2005)

Isso porque os princípios têm como característica serem gerais e indeterminados e, assim, a colisão de princípios deve ser analisado no caso em concreto, ponderando de acordo com o peso e a importância de cada um. O princípio que tiver maior peso preponderará sobre o outro, mas o princípio preterido manterá a validade. Desta forma, o sistema jurídico para Dworkin não é um sistema de regras, mas sim um sistema de regras e princípios. (BITENCOURT, CALATAYUD e RECK, 2014)

A outra perspectiva teórica pós-positivista que merece ser abordada é a teoria de Robert Alexy. Para Alexy os direitos fundamentais não constituem uma ordem neutra, mas fornecem princípios objetivos para pautar a vida em comum. Dispõem de um duplo aspecto que vale para todos os âmbitos do direito: como direito de defesa do cidadão contra o Estado; e, como uma ordem objetiva, que vale como

decisão fundamental e se projeta para todo o direito. Assim, todas as leis devem ser interpretadas e limitadas pelos direitos fundamentais. Essa eficácia de irradiação determina a sua condição objetiva e fornece diretrizes para a aplicação do direito infraconstitucional.

O conflito entre direitos fundamentais e democracia, segundo Alexy (1999), resolve-se no caso concreto com a supremacia de tais direitos. Eles são democráticos, pois são a garantia dos direitos de liberdade e igualdade e são capazes de manter o processo democrático. E, desta forma, asseguram o desenvolvimento e a existência das pessoas em geral. Mas, são também ademocráticos, porque desconfiam do processo democrático e vinculam, inclusive, o legislador. Alexy (1999) entende que nenhuma das duas posições pode ser seguida exclusivamente, o caminho a ser trilhado está no meio destas duas posições extremadas.

Diante da natureza aberta dos direitos, Alexy (2008) propõe a distinção teórico-estrutural entre regras e princípios, que é um dos pilares da sua teoria dos direitos fundamentais. Entende que regras e princípios são espécies do gênero norma e que esta divisão é qualitativa. O critério que permite diferenciar regras e princípios é a consideração dos princípios como mandamentos de otimização, no sentido de que ordenam que algo seja realizado na medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Já as regras são normas que são satisfeitas ou não: válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige (nem mais, nem menos), pois contêm determinações daquilo que é fática e juridicamente possível. A eficácia objetiva dos direitos fundamentais, entendidos como mandamentos de otimização, estão associados e vinculados às noções de incerteza, mobilidade, dinâmica do Direito e da Constituição, visto que permite a sua adequação no tempo e espaço e que cumpram a dupla função no ordenamento jurídico e Constitucional. (ALEXY, 2008)

Outro autor pós-positivista, isso porque reconhece os direitos fundamentais como valores morais históricos que têm sido positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados (nas Constituições, em especial), sendo concreções dos valores de liberdade, igualdade e solidariedade, que se resumem no conceito abstrato de

dignidade humana (ATIENZA, 2013), trata-se de Luigi Ferrajoli¹¹.

Ferrajoli (2006) se afasta e supera o juspositivismo tradicional, pois entende que o Estado de direito não é simplesmente um “Estado legal”, ou seja, regulado por leis, mas caracteriza-se por ser um Estado em que, no plano formal, zela pelo princípio da *legalidade* e, no plano substancial, requer a “funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 790)

Então, o Garantismo no Estado constitucional de direito trata-se de um novo paradigma jurídico e normativo, pois condiciona a criação legislativa no aspecto formal (próprias do positivismo jurídico) e no aspecto substancial, que se atém ao significado dos valores substanciais que foram positivados na forma de princípios fundamentais, o que caracteriza o seu constitucionalismo. (GÓMEZ, 2012)

A validade jurídica vista nesse duplo sentido, formal e material, se apresenta como uma correção do positivismo normativista. Em um Estado democrático de direito as constituições ditam as condições formais de vigência, “mas estabelecem ainda *o que* ao príncipe não deve desagradar (ou agradar), isto é, os direitos invioláveis dos cidadãos cuja garantia é condição de validade substancial das normas por ele produzidas.” (FERRAJOLI, 2006, p. 807) O princípio da estrita legalidade das motivações judiciais exige que o juiz faça uma verificação jurídica das condições de validade formal da lei (vigência) e de validade material, ou seja, uma valoração da norma frente as normas superiores do ordenamento jurídico. Não pode, em um Estado democrático de direito, os juízes e os juristas se conformarem com uma análise acrítica e avaliativa das normas como se fossem dogmas indiscutíveis. A fidelidade ou sujeição à lei deve ser observada quanto “às leis constitucionais, sobre cuja base o juiz tem o dever jurídico, e o jurista tem a tarefa científica, de valorar – e eventualmente de censurar - as leis ordinárias vigentes.” (FERRAJOLI, 2006, p. 808)

Não se deve olvidar que o juízo de validade substancial das leis é um juízo de valor, ou seja, sujeito a valoração operativa do juiz, e esta valoração que pode investir contra o princípio de estrita legalidade. Mas esta inclusão de valores se dá

¹¹ Ferrajoli entende o seu Garantismo Jurídico como uma concepção formal, juspositivista crítica, da teoria dos direitos fundamentais e não pós-positivista, mas diante do papel dos valores constitucionais em sua teoria, entende-se que ele deve ser melhor enquadrado como pós-positivista.

“sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento” (FERRAJOLI, 2006, p. 809), como é o caso da Constituição brasileira, e há exclusão de valores nos níveis mais baixos. Isso permite ao juiz, com base nestes valores, invalidar as leis que se coloquem em conflito.

Neste aspecto, o positivismo crítico da teoria garantista ressalta a importância dos direitos fundamentais como fonte de legitimidade material de todo ato produzido pelo Estado. Não se satisfaz com a mera existência (vigência) da norma, ou seja, não confunde vigência com validade. É necessário que toda norma esteja de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico para que seja válida. O Garantismo está fortemente ligado à defesa dos direitos fundamentais.

Verifica-se que os princípios, como valores constitucionais, figuram na ordem constitucional como direitos fundamentais e têm hoje papel de destaque no sistema jurídico. Não mais como valores de justiça acessados metafisicamente, como queria as perspectivas jusnaturalistas, mas sim como valores da ordem jurídica, garantidos constitucionalmente e servem como uma ordem normativa objetiva que irradia para todo o ordenamento jurídico. O que faz com que toda a produção normativa do Estado deva espelhar esses princípios fundamentais sob pena de invalidade.

É importante ressaltar que para Dworkin e Ferrajoli os princípios têm um caráter deontico e conduzem para o “fechamento” do sistema ao conduzirem para uma resposta correta; já para Alexy, por serem os princípios mandamentos de otimização de natureza axiológica (valorativa), os princípios proporcionam uma “abertura” do sistema. (STRECK, 2012).

Existe sim uma diferença conceitual entre direito e justiça (moral) que deve ser observada, tanto que a ideia interpretativa da teoria de Dworkin não se baseia na justiça, mas sim na integridade. Essa diferença foi salientada pelas teorias juspositivistas, com a falha de não entender a natureza normativa dos princípios e de abrir espaço para a discricionariedade judicial. Com a guinada interpretativa, a relação entre regras e princípios ficou clara, pois se reconheceu a influência da moral no direito (que nunca foi negado pelos positivistas), mas uma moral objetiva é a que está na base do ordenamento jurídico na forma de princípios. E isso possibilitou tanto o enfrentamento da discricionariedade judicial como a análise material da produção legislativa, ambos nefastos para as bases democráticas da

República¹².

Em suma, com bases nos princípios constitucionais, deve-se fazer a análise não somente formal da lei, mas também material, do contrário se compromete as próprias bases do regime republicano, que está na democracia, na legalidade e na separação dos poderes. Portanto, pretende-se no próximo capítulo analisar se materialmente a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, está ou não em consonância com os princípios fundamentais da Constituição da República. Para tanto, utilizaremos o aporte do garantismo jurídico como teoria e crítica do direito.

5 UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E JURÍDICOS DA LEI 13.964/2019, “O PACOTE ANTICRIME”

Um dos aspectos do Garantismo Jurídico (o terceiro) é o de *filosofia política* que exige do direito e do Estado a constante justificação externa dos bens e nos interesses dos quais tutela. Nesse aspecto, o Garantismo consiste em uma doutrina laica de separação do direito e moral, da validade e justiça, “da legitimação e de perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 787)

Ferrajoli parte do raciocínio que os valores fundadores, que são os interesses e necessidades naturais –individuais e coletivas- são a justificação ou a razão de ser das coisas “artificiais”, no caso, do direito e do Estado. É com base no respeito a estes interesses e necessidades que se faz a crítica relativa ao “ponto de vista externo” do direito. (FERRAJOLI, 2006, pp. 787-788) E ressalta que, historicamente, sempre houve duas orientações opostas: uma que defende “a ideia de autojustificação do direito penal como valor em si ou como imediata atuação de valores ontológicos e metajurídicos, e aquela de sua heterojustificação como instrumento oneroso de tutela de interesses concretos e vitais dos cidadãos.” (FERRAJOLI, 2006, p. 812) As primeiras entendem que o direito e o Estado são bens e valores intrínsecos; e as segundas, que defendem que estas instituições políticas e jurídicas são “males necessários para a satisfação dos interesses vitais do cidadãos”. (FERRAJOLI, 2006, p. 812)

¹² Claro que, não se pode desconsiderar, como foi visto no capítulo passado, que essa busca à “resposta correta” utiliza-se muito da intuição do intérprete e, isso, também abre um certo espaço para a discricionariedade judicial.

Para as primeiras orientações, Ferrajoli, parafraseando Niklas Luhman, em expressão utilizada na sua teoria sistêmica¹³, denomina de doutrinas *autopoiéticas* as que entendem que o Estado é o fim em si mesmo. As segundas doutrinas, a contrário senso, são denominadas por Ferrajoli doutrinas *heteropoiéticas*, que entendem o Estado como um meio (e não um fim em si mesmo), legitimado “unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola”. (FERRAJOLI, 2006, p. 812)

Nas doutrinas *autopoiéticas* as leis não tem somente validade e vigor, mas possuem valor “associado *a priori* à sua forma, ou pior, à sua fonte”. São doutrinas que confundem o direito com a moral, o ser com o dever ser. Tiveram enorme e nefasta influência na história da cultura política, em especial “as doutrinas idealistas, nas múltiplas versões do juspositivismo ético-liberal-nacionalista, fascista e stalinista – de várias formas resultantes da doutrina hegeliana de ‘estado ético.’” (FERRAJOLI, 2006, p. 813) Para estas doutrinas, o direito e o Estado são bens por si só, o que faz com que se perca a justificação ético-político externa, e que se torne “uma doutrina de ausência de limites aos poderes do Estado.” (FERRAJOLI, 2006, p. 813)

Ao contrário, *heteropoiéticas* são as teorias segundo as quais a legitimação política do direito e do Estado provém “da sociedade, entendida como soma heterogênia de pessoas, de forças e de classes sociais”. (FERRAJOLI, 2006, p. 813) Para estas doutrinas o que é natural não é o poder ou o Estado: “mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é *artificial* não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutelá-los ou limitá-los”. (FERRAJOLI, 2006, pp. 813 e 814)

Ferrajoli, em que pese ser contrário as concepções metafísicas do jusnaturalismo, entende os que direitos naturais como direitos pré-estatais ou pré-políticos, “no sentido de que não são fundados pelo Estado, mas são ‘fundamentais’ ou ‘fundadores’ de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua

¹³ Niklas Luhman, com a sua teoria dos sistemas, adotou a perspectiva autopoiética do Direito. (BARRETTO, 2009, p. 550) O termo “autopoiético” baseia-se nas definições dos biólogos chilenos Francisco Varela e Humberto Maturana para designar a capacidade dos seres vivos de produzirem a si próprios. (FERRAJOLI, 2006, p. 827)

organização, delimitação e disciplina funcional.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814) Afastando, assim, a concepção dos direitos naturais como entidade ontológica, que, segundo ele, constituiu o vício ideológico do jusnaturalismo. Na sua concepção os direitos naturais “não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814)

Nessa concepção de justificação externa, o Estado não é um valor, nem um fim em si mesmo, mas uma instituição humana. “Não é, em suma, a fonte ou a forma das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não justificam politicamente a sua produção.” (FERRAJOLI, 2006, p. 814)

Há que se ressaltar que para Ferrajoli, a democracia¹⁴ deve ser vista sob dois vieses: tanto formal ou política (fundada no consenso dos cidadãos), como social ou substancial (fundada na garantia dos direitos das pessoas). Portanto, trata-se de uma doutrina da legitimação formal (política) de *quem decide*, bem como da legitimação substancial *do que é devido decidir*. (FERRAJOLI, 2006, pp. 814 e 815)

Assim, no sentido filosófico-político, o Garantismo trata-se na doutrina *heteropoiética* da separação do direito e da moral, que consiste “na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo” (FERRAJOLI, 2006, p. 815), primando pelo ponto de vista externo, ético-político, portanto, crítico em relação a eles; e na concepção “utilitarista e instrumental do Estado, finalizando apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, 2006, p. 815)

Diferente de toda a forma de totalitarismo, que prima por uma visão finalista e otimista do poder como bom, o Garantismo que tem como pressuposto “uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, a degenerarem nepotismo.” (FERRAJOLI, 2006, p. 816)

Este esquema de justificação externa se traduz em uma aporia, no sentido de que a legitimação política do Estado democrático de direito não é nunca perfeita, visto que os escopos e valores justificativos nunca são plenamente realizados. No Garantismo e democracia os modelos normativos não são perfeitamente realizados e servem “como parâmetros de perda da legitimação política.” (FERRAJOLI, 2006, p.

¹⁴ Para saber mais: RODRIGUES, Alexandre Brandão; DORNELLES, Daniéle. A democracia na perspectiva do constitucionalismo garantista. In: Constitucionalismo Contemporâneo e suas formas contemporâneas. 1 ed. Curitiba-PR: Multideia, 2017, v.I, p. 45-62.

818) Diferente do que ocorre nas culturas jurídicas de Estados autoritários ou totalitários, em que concebem “as funções ideais do Estado com as reais, a fonte normativa de justificação com a justificação mesma, o dever político com o ser jurídico, ou pior, com o ser de fato dos poderes institucionalizados.” (FERRAJOLI, 2006, p. 818) Esta face ética do direito e do Estado originou todas as modernas perversões autoritárias, que emergem em tempos de crise, desde o fascismo ao stalinismo.

Em especial, quanto ao direito penal, essas fontes de legitimação permitem apenas justificações *a posteriori* (conotações empíricas), parciais (relativas a normas singulares), imperfeitas (grau mais ou menos alto de legitimidade, mas jamais de legitimidade absoluta), contingentes (ligadas a aspectos do passado ou do presente do sistema, nunca referente a seus aspectos futuros) e condicionadas (dependentes da força e da maturidade democrática dos sujeitos sociais e de sua capacidade de controle sobre os poderes). (FERRAJOLI, 2006, p. 822)

Pode-se, com bases nas teorias constitucionalistas contemporâneas, ou seja, com a atual concepção que temos do direito, fazer uma crítica não só quanto a validade da norma, no caso se ela é inconstitucional por contrariar algum princípio ou regra constitucional (âmbito da Teoria do Direito), mas também quanto a sua legitimação externa, no caso se os valores que animam aquela norma são valores republicanos.

Pretende-se, portanto, de uma maneira muito breve, verificar que tipo de valores informaram a Lei 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, e se eles se coadunam com a filosofia imposta pela nossa ordem jurídica constitucional. Na Mensagem 50 ao PL 882¹⁵, que veio a se tornar na referida lei, o então ministro da justiça Sérgio Moro ressalta que:

A primeira e essencial observação, é a de que este projeto tem por meta estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Ele enfrenta os três aspectos, corrupção, organizações criminosas e crimes com violência, porque eles são interligados e interdependentes. Portanto, de nada adiantaria enfrentar um deles sem que os outros fossem objeto de idênticas medidas.

Pode-se começar a análise com o nome iures da Lei, “Pacote Anticrime”, que é, por si só, uma falácia, pois dá a ideia de que a lei em si, é adequada e suficiente

¹⁵ Disponível em:

“https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=55975F56EF9F99F687C718BDAD453663.proposicoesWebExterno2?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019”

para combater e evitar o crime. E, pior, esta falácia é tão nociva que pressupõe que qualquer pessoa que faça uma crítica a referida lei, por qualquer razão que seja, por exemplo, por contrariar um princípio ou regra constitucional, está, portanto, a favor da corrupção ou do crime organizado. Como ensina Warat (1994), é a clássica falácia produzida por ambiguidade e vagueza textual em que a utilização de determinado termo, no caso “anticrime”, para obrigar o interlocutor a concordar com todo o texto.

O pior é que há muito tempo se sabe por meio de estudos de criminologia que são vários os fatores criminológicos e não é uma lei que conseguirá evitar ou resolver o problema do crime em uma sociedade, é até ingênuo e infantil pensar dessa forma. Como ressalta Carvalho (2011, p. 4): “A hipótese que orienta a investigação é a de que problemas complexos não podem ser tratados de outra forma senão complexamente”. Não se está defendendo aqui que a norma não pode e deve ser um instrumento de garantia e efetivação dos direitos fundamentais, mas sim que a norma repressora, sozinha, sem políticas públicas adequadas não é suficiente para isso. Ainda mais quando, no caso, a própria norma compromete direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Fazendo uma crítica “do ponto de vista externo” dos fundamentos do então PL 882, verifica-se que são de cunho punitivista, pois por meio de um discurso moralista de defesa social da pátria por meio do combate ao crime e à corrupção, propõe medidas de constitucionalidade e, até, moralidade duvidosas, como é o caso, por exemplo, da excludente de ilicitude para os policiais. Enfim, propaga, como visto, doutrinas qualificadas por Ferrajoli como *autopoiéticas*, que confundem o direito com a moral e entendem que o direito e o Estado são bem em si mesmo. Doutrinas inconstitucionais pois atentam contra o direito fundamental da dignidade humana, bem como contra vários direitos individuais, também fundamentais, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Contudo, se sabe que o referido projeto de lei foi modulado pelo Congresso Nacional resolvendo vários vícios de constitucionalidade¹⁶, o que possibilitou até que houvesse avanços, em especial no processo penal, cita-se o instituto do juiz de

¹⁶ O andamento do processo legislativo do PL 882 pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>

garantias¹⁷. Acontece que, principalmente, quanto a dispositivos de âmbito material, subsiste uma gama de inconstitucionalidades diante da afronta expressa a regras e princípios constitucionais, que necessitam ser fulminados pelo Poder Judiciário, quer declarando expressamente a sua inconstitucionalidade, quer dando-lhes uma interpretação conforme a Constituição. A título exemplificativo podemos citar os seguintes dispositivos introduzidos pela Lei 13.964/2019:

- o parágrafo único do art. 25 do Código Penal, a chamada excludente de ilicitude para policiais que, se não for dada uma interpretação conforme a Constituição, pode ser interpretada como uma chancela para que os policiais possam matar sem serem responsabilizados;

- o § 1º do artigo 75 do Código Penal, que aumentou o tempo máximo de cumprimento de pena para 40 anos e que, em muitas hipóteses, em especial dependendo da idade da pessoa, vai de encontro a regra constitucional prevista no inciso XLVII, que veda a prisão perpétua;

Bem como, outros dispositivos da referida lei que necessitam de uma análise crítica dos operadores do direito para que seja verificado, do ponto de vista interno, se não estão indo de encontro com os direitos fundamentais garantidos como regras e princípios constitucionais.

Necessário, portanto, que seja feita uma análise da validade material dos dispositivos criados pela Lei 13.964/2019, visto que as razões do projeto de PL 882 são maculadas de um moralismo exacerbado, próprias de doutrinas autopoiéticas aptas a produzir um punitivismo que supera os limites constitucionais permitidos pela nossa ordem jurídica.

6 CONCLUSÕES

A análise do direito não pode ser feita mais de forma idealista e apriorística, em que os fundamentos da lei e da decisão judicial são eleitos de forma livre e autoritária por quem detém o poder, seja juiz, governante ou legislador, como preceitua os cânones do jusnaturalismo. Da mesma forma, não existe mais espaço

¹⁷ O que foi objeto de várias críticas do então Ministro da Justiça Sérgio Moro, como pode ser verificado nos seguintes veículos de imprensa: <https://veja.abril.com.br/politica/moro-reforca-critica-figura-do-juiz-de-garantias-apos-sancao-de-bolsonaro/>; <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/espero-que-stf-ou-cnj-corrija-falhas-no-juiz-de-garantias-diz-moro/>; <https://www.seudinheiro.com/2019/politica/entenda-a-polemica-do-juiz-de-garantias-sancionado-por-bolsonaro-e-criticado-por-moro/>.

para uma análise isenta da lei re da decisão, que pretenda ser neutra, mas que se torna ingênua, como pretende as doutrinas juspositivistas.

Com o constitucionalismo contemporâneo, se exige do intérprete uma postura crítica das leis e das decisões judiciais, pois o sistema normativo não é somente um sistema de regras jurídicas, mas sim um sistema de regras, princípios, políticas e procedimentos, em que a constituição está, verdadeiramente, está no ápice. A separação do direito e da moral, um dos principais princípios do juspositivismo, ainda está presente no constitucionalismo contemporâneo, de modo a evitar que ondas moralistas possam comprometer os direitos fundamentais que não são de uma parcela da sociedade, mas de todos.

Ocorre que, superada a neutralidade ingênua, surgem os princípios, como categorias normativas, de natureza jurídica deôntica, como instrumentos para que se possa fazer a necessária crítica tanto da lei, como da decisão judicial. Com os postulados jurídicos do constitucionalismo contemporâneo, modificou-se a própria noção de democracia, que não é vista somente como direito da maioria (formal), mas também como a garantia do direito de todos.

Então, a constituição, por meio de suas regras e princípios que garantem os direitos fundamentais, adquiriu carga normativa e, com nela, é possível evitar decisões judiciais decisionistas, que tem por base valores outros que não os valores eleitos pela pela ordem jurídica constitucional, bem como é possível a análise material, e não somente formal, da produção legislativa. É o que Ferrali chama de crítica do ponto de vista interno do sistema jurídico.

É possível também, realizar uma outra crítica, dos valores que animam as normas que são produzidas, se tais valores são autopoieticos, próprios das Razões de Estado, ou heteropoieticos que, por sua vez, são baseadas em razões próprias das filosofias do “Estado de direito”. Essa crítica pode ser feita também, não somente com base em valores externos ao sistema jurídico, mas sim com base em princípios, pois esses valores próprios do “Estado de direito” (heteropoieticos), foram incorporados por nossa Constituição e, portanto, possibilita que se faça uma crítica do ponto de vista interno, ou seja, uma crítica quando a validade material da norma.

Quanto a Lei 13.964/2019, o “Pacote Anticrime”, verificou-se que as razões que animaram o PL 882, que deu origem a lei, foram “razões de Estado”, puramente moralistas, insufladas por um punitivismo exacerbado, mas foram moduladas pelo Congresso Nacional durante o trâmite do processo legislativo. Acontece, que vários

dispositivos da lei, sofrem com vício de inconstitucionalidade que devem ser declarados ou, no mínimo, ser dada uma interpretação conforme a Constituição.

Por isso, necessitam de uma análise crítica atenta por parte dos atores jurídicos, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, ou seja, no que se refere a validade material da norma. Só assim, será possível depurar uma lei que teve em sua gênese valores provenientes de uma retórica moralista, que remete a uma falácia moralista que vai de encontro aos princípios mais fundamentais de nossa República

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais no Estado Constitucional democrático. In: *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set.. 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Cristina Monereo, Teoría formal y material de lós derechos fundamentales. Reflexiones em torno a la teoria de lós derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Valência, nº 27, p. 121-154, 2013.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005, vol. 4.

BITENCOURT, Caroline Müller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janriê Rodrigues. *Teoria do direito e discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica ao positivismo*. Santo Cruz do sul: Essere nel Mondo, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução e notas Mácio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; ESTEVES, João Luiz Martins. A ideologia da neutralidade: uma abordagem sobre o juspositivismo normativista e seus limites frente à democracia social. In: *Scientia Iuris*, [S.I.]; vol.17, p. 193-210, 2013.

CARVALHO, Saulo de. *Antimanual de criminologia*. 4º de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DESCARTES, René. *Discurso do método; As paixões da alma; Meditações*. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Col. Gilmar Mendes. Série 2. São Paulo: Editora Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3º ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FEREJOHN, Michael. *O conhecimento e as formas em Platão*. In: BENSON, Hugh H.. Platão. Tradução: Marco Antônio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. La compleja teoría de la validez jurídica de Principia Iuris. Una revisión crítica. In: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Valência nº 26, p. 57- 81, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Direito e Democracia: Entre a faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HART, L. A. Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HUME, David. *Investigação Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Nova Cultural, 2000.

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

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. Ed..São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Neopositivismo e teoria pura do direito. In: *Seqüência*, n. 47, p. 11-31, dez. 2003.

MACCORMICK, Neil. H.L.A. HART. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARTON, Scarlet. Nietzsche. *Das forças cósmicas aos valores humanos*. Brasília: Editora brasiliense, 1990.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. Trad.: Paulo César de Souza São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

NODARI, Paulo César. *A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant*. Caxias do Sul: Educs, 2009

NOGUEIRA, Gabriel. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PLATÃO. *A república*. Tradução de Ingrid Cruz de Souza Neto. Brasília: Editora Kiron, 2012.

RODRIGUES, Alexandre Brandão. *O uso dos princípios para o afastamento das regras jurídicas: uma crítica à discricionariedade judicial nas decisões do Habeas Corpus nº 126.292/SP e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44 do STF*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018.

RODRIGUES, Alexandre Brandão; DORNELLES, Daniéle. A democracia na perspectiva do constitucionalismo garantista. In: *Constitucionalismo Contemporâneo e suas formas contemporâneas*. 1 ed. Curitiba-PR: Multideia, 2017, v.I, p. 45-62

RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin*. Coimbra: Almedina, 2005

RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*; tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SÓFOCLES. Antígona 510 a 515. In: *Sófocles: A Trilogia Tebana*. Tradução de Mário da Gama Kury. 9ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Moraes da Rosa ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Vol.I – Interpretação da lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. (Coleção “Os Pensadores”) São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.