

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA
116

AD HONOREM — 10

ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
FERNANDO JOSÉ BRONZE

Organizadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA
JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES
MÁRIO REIS MARQUES
ANA GAUDÊNCIO
LUÍS MENESES DO VALE



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

INSTITUTO ▲IVRIDICO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA NO BRASIL: O CONTRAPONTO DO *JURISPRUDENCIALISMO* DE A. CASTANHEIRA NEVES AOS *NORMATIVISMOS*

António Sá da SILVA

1. Introdução

Não creio que seja necessário aguardar tanto, como Brás Cubas aguardou, para abrir a campa que esconde a fragilidade de nossa existência: quando cheguei a Coimbra em 2001 para o mestrado, o desafio intelectual posto pelos textos foi muito grande para mim, mas nenhum deles me igualou tanto ao “herói defunto” que relata suas limitações nos estudos de licenciatura naquela Casa⁽¹⁾, que as desconcertantes “Lições de Introdução ao Direito”, de Fernando José Bronze⁽²⁾. Tanto que quando recebi o convite para juntar meu nome ao de escribas admiráveis para esta homenagem ao Mestre, recobrei a memória dessa advertência machadiana: “sacudir fora a capa, deitar ao fosso as lantejoulas, despregar-se, despintar-se, desafeitar-se, confessar lisamente o que foi e o que deixou de ser”⁽³⁾, poupa-nos do vexame, dos castigos que se sofre ao guardar, para o próprio dia de finados, a confissão pública das misérias que nossa consciência já conhece.

Meu interesse pela questão da interpretação me aproximou, com o tempo, das inquietações do Doutor Bronze, de modo que o tema que julguei adequado para homenageá-lo foi este que ainda é no Brasil bastante controverso: o da constitucionalidade ou não da execução da pena antes do trânsito em julgado,

(⁰) Univ Federal da Bahia (UFBA), Faculdade de Direito. ORCID 0000-0002-2207-927x.

(¹) Machado de ASSIS, *Memórias póstumas de Brás Cubas*, in IDEM, *Todos os romances e contos consagrados*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, v. 2, especialmente capítulos xvii, xx e xxiv.

(²) Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

(³) Machado de ASSIS, *Memórias póstumas de Brás Cubas*, 69.

fora daquelas permissões acauteladoras (preventiva e temporária) do Código de Processo Penal (CPP), este que também fixa as condições de sua decretação. O objetivo desta reflexão não é rediscutir a dogmática penal, a qual já tem suficientes argumentos, tanto num sentido como em outro; contentarei, apenas, em suscitar uma questão muito específica: a disputa atual, entre garantistas e não garantistas, não será demasiadamente redutora, refém das limitações normativistas às quais a interpretação constitucional de nossos ministros aparentemente continua presa? Tentarei enfrentar esta questão, partindo da concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves, acerca do direito e do método jurídico.

Como se sabe, antes de 2009 o Supremo Tribunal Federal (STF) admitia tal execução, entendendo que o recurso manejado pelo executado tinha efeito meramente devolutivo; a partir de então, a Corte entendeu que a antecipação violava o princípio da presunção de inocência, expresso no inciso LVII do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, no artigo 283 do CPP e na legislação internacional; entretanto, a partir de 2016 e pelo julgamento de um *Habeas Corpus*, tal entendimento se modificou, isto para em 2019, na apreciação de ações declaratórias de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, voltar a ser inconstitucional⁽⁴⁾. O estado da arte neste momento, inclusive na doutrina dominante no país, é de que tal proibição é textual, tratando-se de cláusula pétrea da Constituição que sequer pode ser alterada por emenda constitucional; tudo isto sem prejuízo de entendimento minoritário, a exemplo do que defende Barroso, que porfiando com as armas da doutrina denominada de mutação constitucional, sustenta que a presunção de inocência é restrita às instâncias ordinárias do processo, onde “questões de fato” ainda podem ser discutidas⁽⁵⁾.

2. O normativismo e a promessa liberal da certeza jurídica

Nosso ideal da segurança jurídica advém do constitucionalismo moderno, por sua vez advindo do pensamento liberal-iluminista⁽⁶⁾; suas raízes filosóficas, entretanto, remontam às origens da civilização ocidental, com os gregos, os quais deram conta de uma lei que precede todas as outras (φύσις, *physis*), imanente da própria ordem do cosmo (κόσμος, *kosmos*), regendo a criação e a corrupção das

(4) Para uma breve síntese dessa trajetória até 2019 com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n.º 43/DF (e as demais de n.ºs 44 e 54 julgadas na mesma assentada), ver Dirley da CUNHA JÚNIOR, *Curso de Direito Constitucional*, 16.ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2022, 707 e ss.; ver também, no bojo daquela ação, os votos dos ministros Gilmar Mendes (2 e ss.) e Edson Fachin (4 e ss.).

(5) Luís Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 15.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, 157 e ss., bem como o voto do magistrado na ADC 43/DF, 12 e ss.

(6) Mário Reis MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra: Edições do Autor, 2003, 355-435.

coisas⁽⁷⁾; no contraponto essencial à lei existente na Natureza e à ação humana desmedida dentro dela (ὕβρις, *hybris*), a lei humana (νόμος, *nomos*) converteu logo cedo na verdadeira alma da polis (πόλις, *polis*)⁽⁸⁾; de fato, para o grego arcaico, nada é mais aflitivo que a incerteza do porvir, que a possibilidade de sua vida ser arruinada por um deus⁽⁹⁾; assim, teme pelo arbítrio da Fortuna (τύχη, *tyche*), o que elevaria a lei a um guia valoroso para nossos projetos de felicidade, daí que Heráclito tenha dito que mais importante que apagar um incêndio é evitar a insolência dos que querem ser como os deuses, que o povo deve defender suas leis tanto quanto um exército defende seu país⁽¹⁰⁾. É mesmo possível dizer que a invenção da poesia, da cidade-Estado, da legislação e dos tribunais, ocorreu por causa da preocupação com o imponderável, da cautela ante ao infortúnio a que todo mortal está sujeito enquanto vive⁽¹¹⁾.

A primeira formulação de um raciocínio prático, de acordo com Nussbaum⁽¹²⁾, teria sido feita por Platão no seu *Protágoras*, um diálogo que investiga se tanto quanto na vida privada, onde a humanidade já teria desenvolvido uma arte capaz de enfrentar a irracionalidade da Natureza (um embaraço para os projetos humanos), seria possível desenvolver um saber específico para os negócios públicos, protegendo o cidadão de outra contingência: a da gestão temerária de aventureiros, sejam eles impostores que frequentemente tomam de assalto as coisas sérias de interesse comum, sejam ainda aqueles de boa-fé mas incompetentes para administrarem tais serviços; desafiando o sofista Protágoras a dizer se sua promessa de ensinar aos jovens como se tornarem bons magistrados era factível⁽¹³⁾, Sócrates conclui que um humano não precisa aceitar a humilhação do Destino (μοῖρα, *moira*) e seguir à revelia pela vida (como entre nós mais tarde o jagunço Riobaldo

(7) Werner W. JAEGER, *Paidéia: a formação do homem grego*, trad. Artur M. Parreira, 2.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1989, 8 e ss.

(8) Werner W. JAEGER, *Paidéia*, 12 e ss.

(9) Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*, 5.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, v. I, 100 e ss.; Werner W. JAEGER, *Paidéia*, 108 e ss.; HERÓDOTO, *Histórias*, trad. José Ribeiro Ferreira/Maria de Fátima Silva, Lisboa: Edições 70, 2002, livro I, 29.1 e ss.

(10) HERÁCLITO, *Fragments contextualizados*, trad. Alexandre Costa, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2005, fragmento 44.

(11) Maria Helena da Rocha PEREIRA, “Fragilidad y poder del hombre em la poesia griega arcaica”, *Estudios Clásicos* 49 (1966) 307, 316 e ss., 318; ARISTÓTELES, *Política*, trad. Julian Marias / Maria Araújo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951, 1252a, 1253a. Ainda acerca da origem da poesia e do seu contexto sócio-cultural em que tudo se dá, ver SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, trad. D. Luis Cortés Góngora, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1951, livro VIII, capítulo VII.

(12) Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, 15.^a ed., New York: Cambridge University Press, 2001, 89 e ss.

(13) PLATÃO, *Protágoras*, trad. Eleazar Magalhães Teixeira, Fortaleza: EUEFC, 1986, 317e – 3318c.

suspeitava acontecer conosco⁽¹⁴⁾): seríamos diligentes o bastante para ambicionar um saber calculativo, capaz de controlar as deliberações morais, inclusive as que hoje denominamos de decisões judiciais, políticas, econômicas e administrativas⁽¹⁵⁾.

Não se passa direto daqui para o século das Luzes: antes disto precisou que os romanos (séc. I-III) emancipassem, daquele saber relativo à ação (πράξις, *praxis*) que no séc. IV a.C. Aristóteles emancipara do saber teórico-contemplativo (θεορία, *theoria*), uma *praxis* específica para cuidar das controvérsias práticas de nossa vida em comum, à qual deram o nome de direito (*ius/jus*)⁽¹⁶⁾. Mas no plano jurídico-constitucional, a ambição da segurança jurídica floresceu foi num contexto cultural, filosófico e político muito apropriado: aquele onde por um lado se acreditou como nunca na capacidade humana de agir na conformidade com a razão (a razão teórica, diga-se, renovada por Descartes e outros cultores), por outro aquele onde o temor com a arbitrariedade dos reis desencadeou tanto a luta política para conter tais abusos como o surgimento de teorias políticas neste sentido.

Foi assim que o manifesto de Montesquieu por uma “república das leis”, reservou aos juízes ali apenas um mísero papel: o de ser a “boca da lei”, pois “Pode acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”⁽¹⁷⁾. Igualmente Beccaria, a quem cabe o título de patrono do garantismo penal, esperançoso, diria mais tarde que

⁽¹⁴⁾ João Guimarães ROSA, *Grande sertão: veredas*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, 283.

⁽¹⁵⁾ PLATÃO, *Protágoras*, 356d – 357b.

⁽¹⁶⁾ Sobre esse “período luminoso” de nossa cultura, ver A. Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3.º, 101 e ss; José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”, in Nuno Manuel M. S. COELHO / Antonio Sá da SILVA, ed., *Teoria do direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 155 e ss. A própria plebe romana, na luta contra a falta de transparência dos juízes e o privilégio dos patrícios, emplacou a denominada Lei das XII Tábuas; o direito romano implementou a figura do *pretor*; e a própria plebe passou a ter assento no Colégio dos Pontífices, sendo certo que Tiberius Caruncianus, o primeiro plebeu a dirigi-lo, tornou públicas suas “audiências” (Guilherme Braga da CRUZ, “O ‘jurisconsultus’ romano”, in IDEM, *Obras esparsas: estudos de história do direito antigo*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979, 174 e ss.), despertando nos jovens romanos iniciados nas artes liberais (retórica, gramática, filosofia, etc.), a iniciativa (bem-sucedida) de desenvolverem aquele saber específico do qual se disse logo acima (*iurisprudencia*) (Fritz SCHULZ, *Principios del derecho romano*, trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid: Civitas, 1990, 39-59).

⁽¹⁷⁾ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martin Claret, 2010, 175.

a segurança dos cidadãos, afinal, restaria garantida, pois nesse “império de leis”, aos juízes era defeso criar uma para si e até de interpretar as que foram instituídas pelo parlamento⁽¹⁸⁾. Tratou-se ali, como diz Castanheira Neves, de erigir um princípio (por certo ainda vital entre nós) de garantia jurídica “contra o exercício já ilegítimo (político-juridicamente ilegítimo), já abusivo (persecutório e arbitrário), já incontrollável (subtraído à racionalidade jurídico-dogmática e crítico-metodológica) do *ius puniendi* estadual”⁽¹⁹⁾; um corolário das sociedades democráticas, hoje ninguém intelectualmente honesto duvida, que delegam ao legislativo a exclusividade institucionalizadora da canonística penal⁽²⁰⁾.

Mas ironizada antes por Platão ao igualar tal pretensão à de cortar as cabeças da Hidra⁽²¹⁾, a redução do direito à lei foi uma aspiração da burguesia europeia, na luta contra os abusos do rei e do Papa, o que se tornou possível quando a filosofia jurídico-política rompeu com o denominado jusnaturalismo pré-moderno: se antes a lei era pensada como um dado, uma necessidade imperiosa seja daquele *logos* estoico, seja daquela *voluntas/ratio* divina (a *lex aeterna* dos doutores da Igreja) e perante a qual o legislador humano apenas declarava um “direito” pré-existente, com o jusnaturalismo moderno (jusracionalismo) aquela lei se emancipou de qualquer fundamento metafísico e de autoridade, neste caso reivindicada tanto pelo rei como pelo Papa: ela seria imanente da nossa própria razão, daí que válida mesmo que Deus não existisse, ou existindo, não cuidasse das coisas humanas⁽²²⁾; neste contexto a lei passa a ser um mero artefato humano, emancipada de seu contexto ético-comunitário e de condicionantes exteriores de validade^{(23) (24)}; numa

⁽¹⁸⁾ Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas.*, trad. José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, 68 e ss.

⁽¹⁹⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1.º, 353. No sentido colocado pelo jurista-filósofo português, ver o voto do ministro Celso de Mello, na mesma ADC 43/DF, 14 e ss.

⁽²⁰⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 395, 406 e ss.

⁽²¹⁾ PLATÃO, *A República*, trad. Maria Helena da Rocha Pereira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, 426e. Nunca é demais lembrar que se trata de um dos difíceis trabalhos de Hércules: o de cortar a cabeça dessa cobra venenosa, que eram muitas e cada vez que alguém ousava cortar uma, nasciam duas em seu lugar.

⁽²²⁾ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris. Presses Universitaires de France, 1999, livro I, x, 1 e 5.

⁽²³⁾ José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 132 e ss.

⁽²⁴⁾ Não se trata de negligenciar o fato de que aqui vão pressupostas as mesmas ambições de eternidade, universalidade e imutabilidade, encontradas na *Antígona* de Sófocles (séc. V a. C) (SÓFOCLES, *Antígona*, trad. e notas Maria Helena da Rocha Pereira, 11.ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2018, 450-470) e invocadas pela heroína diante de seu algoz, mas de constatar a recriação dos fundamentos do direito natural. Neste contraponto é que Ost, comparando o “juiz pacificador” dos pré-modernos ao “juiz árbitro” dos modernos, diz que se lá nos deparamos com cidadãos comunitariamente integrados por um ideal da vida boa, aqui o que se vê são indivíduos,

síntese, dois projetos de vida boa: o da *communitas* pré-moderna e o da *societas* moderna, esta, de fato, triunfante a ponto de prevalecer até hoje entre nós como o fundamento por excelência das decisões judiciais.

Noutras palavras, o juiz pré-moderno é uma espécie de sábio, formado nos ideais da tradição e guardião de sua mensagem; sua virtude é a prudência (*φρόνησις*, *phronesis*) como disse Aristóteles⁽²⁵⁾, acrescentando que os jovens podem ser excelentes geômetras⁽²⁶⁾, mas jamais bons juízes, já que a faculdade de julgar seria adquirida com a repetição e o tempo; o juiz moderno seria aquele “cuja única função é examinar se um certo homem cometeu ou não um acto contrário às leis” [a] “construir um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral, a menor a acção conforme ou não à lei; a conclusão, a liberdade ou a pena”⁽²⁷⁾; a lei não seria apenas um fundamento da incriminação, mas convertia-se na exclusiva normatividade penal⁽²⁸⁾; seria, sim, insusceptível de controvérsia, como aliás o relator da ADC 43/DF, Marco Aurélio, manifestando sua perplexidade em ter que responder se um texto legal (o artigo 283 do CPP) que reproduz texto constitucional é constitucional, ainda seria: “O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas”⁽²⁹⁾. A ambição é clara: a universalidade de sentido, exemplarmente encontrada nos axiomas matemáticos, bem como em outros materiais empírico-explicativos.

Tudo se explica no contexto de construção de um Estado de direito, no dizer de nosso homenageado, “aquele tipo de Estado ‘em que o direito [é] não só *limite e condição* da actuação política do Estado, mas autenticamente

vinculados entre si por um contrato e não por desígnios exteriores, por intenções egoísticas e contingentes (François OST, “Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice”, in Philippe GÉRARD / Michel van de KERCHOVE / François OST, ed., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*, Bruxelas: Facultes Universitaires Saint-Louis, 1983, 1-70). Ver também, na sua polémica com Ronald DWORKIN / François OST, “Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez”, trad. Isabel Lifante Vidal, *Doxa/Cuadernos de Filosofía del Derecho* 14 (1993) 169-194.

⁽²⁵⁾ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. Maria Araujo / Julian Marias, Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970, 1139a-1139b.

⁽²⁶⁾ “La causa de ello es que la prudencia tiene por objeto también lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, porque es la cantidad de tiempo lo que produce la experiencia. Uno podría preguntarse también por qué un niño puede indudablemente ser matemático y no sabio, ni físico. ¿No será porque los objetos matemáticos son el resultado de una abstracción mientras que los principios de los otros proceden de la experiencia, y de cosas así los jóvenes hablan sin convicción, mientras que les es patente el ser de los primeros?” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1142a). Ver também, *Ibid.*, 1095a.

⁽²⁷⁾ Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 68.

⁽²⁸⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 357.

⁽²⁹⁾ ADC 43/DF, voto do ministro, 4.

dimensão constitutiva do próprio Estado”⁽³⁰⁾; mas que naquele contexto talvez se devendo dizer puramente Estado de legalidade, tratou-se da redução do direito à lei, de um dogma da completude, talvez uma crença de que o *codex* era uma síntese lograda da moral do mundo; a escola da exegese, que bem soube evocar esses ideais garantistas, para além dessa aposta na autossuficiência do legislador, tornaria a lei penal o critério exclusivo de decisão, como um postulado capital da interpretação⁽³¹⁾; consagra-se aqui o fundamento contratualista da lei que encontramos em Rousseau, para quem o cidadão deve a ela obediência, por esta ser fruto de uma vontade geral, manifesta de modo geral e abstrato^{(32) (33)}.

Mas o normativismo e seu ideal da segurança jurídica sequer se restringe a esse legalismo, pois a eles se juntam os arautos da jurisprudência dos conceitos⁽³⁴⁾; aliás, a vinculação do juiz aos postulados da ciência é um esforço que sequer restringe ao normativismo, sendo comum a todo o positivismo daquela época⁽³⁵⁾. Neste normativismo específico do séc. XIX, a pandectística, diferente do que se deu com o normativismo legalista francês onde o protagonismo do direito era encenado pelo legislador, o jurista é titular de um saber e o demiurgo da mais bem elaborada razão jurídica⁽³⁶⁾. A relevância que os exegetistas davam à lei, os pandectistas deram aos conceitos, dispostos naquela pirâmide de Puchta, edificada pela razão e pela qual quanto mais avançamos da base para o vértice,

⁽³⁰⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, 59. Itálicos do autor.

⁽³¹⁾ A. Castanheira NEVES, “Escola da exegese”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2.º, 183 e ss.

⁽³²⁾ Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, “O culto do texto da lei na escola da exegese: seu sentido e limites”, *Boletim da Faculdade de Direito* 79 (2003) 694.

⁽³³⁾ O fato de o ministro Ricardo Lewandowski dizer que o texto normativo discutido exige do juiz apenas obediência à vontade do legislador, este o verdadeiro depositário da vontade popular (ADC 43/DF, 1.), atesta que subsiste entre nós a pretensão de segurança jurídica que no séc. XIX se converteu num verdadeiro culto acadêmico, como se sabe de uma anedota da época: um certo professor Bougnet, perguntado por um aluno o que era o direito civil, teria respondido que não sabia, que apenas ensinava o Código de Napoleão (Ana Margarida Simões GAUDÊNCIO, “O culto do texto da lei na escola da exegese”, 693). Para um contraponto a essa ideia de que o juiz não cria direito, por não ter legitimidade para tal, ver Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 362 e ss.

⁽³⁴⁾ Trata-se aqui da continuação de um movimento iniciado no historicismo de Savigny, qual seja, o de impor algum limite à tese do direito natural racionalista da autossuficiência da lei (Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, trad. António Ulisses Cortês, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 39).

⁽³⁵⁾ Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, trad. António Manuel Hespanha, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 499.

⁽³⁶⁾ Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 491 e ss. Sobre o papel de Savigny na construção da ideia de ciência jurídica, a partir dos estudos das fontes do direito romano, ver também Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, 21 e ss, e sobre o papel de Puchta na condução dessa ciência rumo ao sistema, ver Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 23 e ss.

os estratos se encurtam, sendo a largura o tamanho da compreensão, e a altura, a medida da extensão⁽³⁷⁾; deste modo o sistema jurídico também se diz lógico: seu vértice contém o conceito mais geral possível, permitindo que a partir dele outros conceitos possam ser subsumidos⁽³⁸⁾, num platonismo de regras onde o direito existiria independentemente de sua realização concreta⁽³⁹⁾. Como corolário, tem-se também que ao juiz não é dado o papel de criar direito novo, mas, apenas, o de desvelar o que está contido no sistema⁽⁴⁰⁾.

A pretensão de segurança jurídica, entretanto, levou o direito a pagar um preço muito alto: o de alienar o pensamento jurídico e a prática jurídica da realidade social, a esquecer que “uma proposição jurídica nunca será uma definição axiomáticamente conclusa, mas sempre uma proposição com aquela intencionalidade aberta (indeterminada) que corresponde à sua função normativa referida ao concreto – intendendo para a realidade e o sentido históricos dos casos concretos a que visa se aplicar”⁽⁴¹⁾. É certo que o normativismo de Kelsen não subscreve inteiramente o que vai dito acima, pois diverge da pandectística (bem como de outras concepções interpretativas que lhe sucederam) quanto à possibilidade de um método⁽⁴²⁾, capaz de garantir a univocidade das interpretações: o intérprete, no máximo, constrói uma moldura jurídica, um quadro de possibilidades de decisão e dentre as quais o juiz escolherá qualquer uma delas⁽⁴³⁾; mas não deixa de com ela se alinhar⁽⁴⁴⁾: a pretensão de um logicismo interpretativo está em ver o direito como um conjunto de normas, estruturadas numa pirâmide, conforme uma institucionalização dinâmica; no pensar a interpretação como uma operação mental que progride do escalão superior para o inferior; na pressuposição de uma norma básica fundamental que condiciona as escolhas gradativamente de cima para baixo; na crença de que a decisão concreta já está pré-definida pelo

⁽³⁷⁾ Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 22 e ss. Com efeito, se estamos diante de uma “genealogia dos conceitos” onde há um conceito supremo que codetermina o surgimento dos demais, de onde vem o primeiro conceito? Segundo Larenz, sua origem ali é a filosofia do direito, de modo que o *a priori* jusfilosófico de Puchta é o conceito kantiano de liberdade. Estamos diante de um sistema piramidal totalmente distinto do que seria mais tarde formulado por Kelsen, considerando ainda que no normativismo conceitual há uma redução progressiva do conceito-chave, partindo de um firmamento ético do vértice da pirâmide às planuras do direito positivo (*Ibid.*, 25).

⁽³⁸⁾ Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, 44.

⁽³⁹⁾ A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra, polic., 1998, 105.

⁽⁴⁰⁾ Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 498.

⁽⁴¹⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 173.

⁽⁴²⁾ Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 7.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, 391 e ss.

⁽⁴³⁾ Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, 387 e ss.

⁽⁴⁴⁾ Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, 388.

sistema⁽⁴⁵⁾. Disto se pode dizer, com Castanheira Neves, que o normativismo em geral aposta numa racionalidade teórica, factível apenas quando o intérprete se divorcia do contexto interpretativo, refugiando-se num ideal de pura contemplação da norma penal⁽⁴⁶⁾.

A *ratio* moderna é soberba como lembra nosso homenageado⁽⁴⁷⁾, de modo que submeter hoje o juiz ao império da lógica formal o reduziria a um mero despachante do legislador. É que vai pressuposto do normativismo que o direito é somente um sistema objetivo e autônomo de normas, não “uma aberta e judicativo-doutrinal jurisprudência normativamente constitutiva”⁽⁴⁸⁾; o direito surgiu, com os juristas romanos, como uma atividade *jurisprudencial*, uma apreciação concreta de um caso (*responsa*)⁽⁴⁹⁾, daí que Linhares perceba ali uma *praxis* inconfundível, um tratamento de controvérsias-caso, dado entre sujeitos que se reconhecem como iguais e responsáveis⁽⁵⁰⁾.

3. O jurisprudencialismo e a revisitação do princípio da legalidade criminal

A discussão sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade da execução antecipada da pena, à luz do jurisprudencialismo, deve ser posta em outros termos, visto que o pressuposto normativista anterior, de ser o direito um conjunto de normas abstratas e autossuficientes, encontra-se superado; pode-se dizer mesmo um equívoco da trajetória das concepções interpretativas⁽⁵¹⁾. O próprio princípio da legalidade criminal, se por certo ainda irrenunciável, faz tempo vem expressando inequívocos sinais de superação daquele sentido que a modernidade jurídica lhe atribuiu, passando de um sentido formal para outro de natureza material⁽⁵²⁾. Isto

⁽⁴⁵⁾ A. Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 131.

⁽⁴⁶⁾ “E uma conclusão capital se haverá de tirar e importa sublinhar, numa reiterante caracterização global dessas diversas expressões do cognitivismo normativo-jurídico: através dele postulava-se que a juridicidade pertencia à *razão teórica* e se determinaria em termo de *verdade* – o direito seria algo que se oferecia objectivamente e como tal seria acessível a um conhecimento” (A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 67).

⁽⁴⁷⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 84 e ss, 124, 138 e ss.

⁽⁴⁸⁾ A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 67. Para uma reconstrução sistemática do normativismo, tendo em vista as heranças filosóficas, os pressupostos culturais e teóricos, além das diferentes modalidades que manifesta, além de uma expressiva indicação de leituras a propósito deste tema, ver José Manuel Aroso LINHARES, *Introdução ao pensamento jurídico contemporâneo: sumários desenvolvidos*, Coimbra, 2010, polic., capítulo 1.

⁽⁴⁹⁾ Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè, 1967, 19, 68.

⁽⁵⁰⁾ José Manuel Aroso LINHARES, *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, 140.

⁽⁵¹⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 84 e ss.

⁽⁵²⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 350 e ss.

não afasta o direito, ao contrário, atualiza e efetiva seu objetivo para atualizar e garantir a efetividade de seu objetivo: tornar-se um projeto prático-cultural autônomo⁽⁵³⁾ ⁽⁵⁴⁾. Deste modo, se a execução antecipada da pena é inconstitucional (e quer me parecer até aqui que é), não é pela proibição escrita hoje na Constituição, do mesmo modo que não seria constitucional se o parlamento nos surpreender uma hora dessas lhe autorizando expressamente.

O *continuum* entre lei e direito, uma pressuposição axiomática justificada no contexto iluminista e invocada pelos ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski em seus votos, não se sustenta mais entre nós, inclusive porque a rotina das casas legislativas e o escrutínio de seus membros denuncia a ilusão de Rousseau ao achar que a legitimidade do soberano para o exercício de suas competências é a representação da vontade geral de um povo⁽⁵⁵⁾, sendo certo que a coincidência da atividade parlamentar com as intenções de justiça, ainda que democraticamente embasadas, é coisa da qual hoje se duvida⁽⁵⁶⁾, por vezes fica até manifesto que no lugar de um pretendido consenso racional, o que temos nada mais é que uma concertação de interesses⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾; a contingência política e a mera *voluntas* da qual às vezes a atividade legislativa se cerca, neste momento inclusive no Brasil com espectro mais conservador que no séc. XIX e a amotinar-se para enfrentar a ala que se diz progressista do STF, não apenas não garante como talvez até constitua uma ameaça às garantias do processo penal.

A interpretação tradicional, manejada com frequência em nossas cortes, pres-supõe equivocadamente que “a letra é o sustentáculo de um sentido pré-jurídico da norma (um sentido comum e apenas gramaticalmente recortado), autonomamente determinante do seu exacto sentido jurídico”⁽⁵⁹⁾. Mas uma argumentação que parte dessa idealidade normativa, para admitir ou recusar a constituciona-

⁽⁵³⁾ José Manuel Aroso LINHARES, “A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito”, *Boletim da Faculdade de Coimbra* 78 (2003) 197-216, 208 e ss.

⁽⁵⁴⁾ O direito é assim “a *última instância crítica* (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indisponível à prepotência do poder, seja o poder dos outros homens, seja o poder do poder político” (A. Castanheira NEVES, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2.º, 413 e ss.). Itálico do autor.

⁽⁵⁵⁾ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Do contrato social: princípios do direito político*, trad. Edson Bini, Baurú: Edipro, 2000, 35 e ss., 71 e ss.

⁽⁵⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 409.

⁽⁵⁷⁾ Sobre a concertação de interesses e sobre a dimensão humano-constitutiva do direito, ver A. Castanheira NEVES, “A imagem do homem no universo prático”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1.º, 328 e ss.

⁽⁵⁸⁾ José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 132

⁽⁵⁹⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 281.

lidade, não leva atualmente o intérprete muito longe: encontra-se limitada por aquele discurso objetivista/cognitivista predominante na modernidade e ainda encontrado em algumas concepções da interpretação, no qual a norma penal vai acriticamente considerada, como um puro objeto ou como uma entidade autosubsistente, diante da qual se postula uma atitude meramente contemplativa do intérprete⁽⁶⁰⁾; quando Ricardo Lewandowski afirma que o inciso LVII do artigo 5.º da CF/1988 não comporta “qualquer margem de interpretação”⁽⁶¹⁾, parece estar falando é daquelas mônodas de Leibniz, autênticas substâncias, que por habitarem um mundo sem portas e nem janelas, nada entra e nada sai delas, apenas se oferecem à contemplação.

Se é verdade que a referência a critérios normativos anteriores ao caso é necessária, por não serem eles (nem os princípios da lógica básica) um somenos da atividade judicativa⁽⁶²⁾, a forma como foram invocadas pelos garantistas parece de todo excessiva. É que resta hoje malograda toda tentativa de pensar o direito cognitivamente, num acrítico paradigma sujeito/objeto, e o que é pior, confundindo “verdade prática” com “verdade teórica”⁽⁶³⁾. Com efeito, o normativismo, como já sabemos, “compreende o direito como um antonomamente objectivo e sistemático ‘conjunto de normas’ – não como um complexo casuístico de decisões concretas, não como uma aberta e judicativo-doutrinal jurisprudência normativamente constitutiva, não como uma determinável e estruturante instituição”⁽⁶⁴⁾. O ministro Gilmar Mendes, inclusive, reconhece que “Essa análise da efetiva necessidade da prisão, como medida cautelar no processo, deve se basear nas circunstâncias específicas do caso concreto e, por isso, constitui uma função eminentemente jurisdicional”⁽⁶⁵⁾; esta imprescindível mediação judicativa da norma penal, mesmo que por fundamentos distintos, remete para o que Castanheira Neves diz ser a pedra de toque dessa discussão: a de saber “como, ou segundo que critérios, se haverá de pré-determinar e controlar essa judicativa e concreta mediação”⁽⁶⁶⁾, a evitar deste modo que o resultado da inevitável dimensão criativa da atividade judicante venha frustrar o verdadeiro objetivo do princípio da legalidade criminal.

⁽⁶⁰⁾ A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 59 e ss.

⁽⁶¹⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 1.

⁽⁶²⁾ Fernando José Bronze, *Metodologia do Direito*, 84 e ss., 124, 138 e ss.

⁽⁶³⁾ A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 66 e ss., 122 e ss.; IDEM, *Metodologia jurídica*: 164 e ss.; IDEM, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra, 1971, polic., 25 e ss., 59 e ss.

⁽⁶⁴⁾ A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 67.

⁽⁶⁵⁾ Gilmar Ferreira MENDES / Paulo Gustavo GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 13.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, 578.

⁽⁶⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 420.

A deliberação judicial, pelo menos conforme alguns normativistas, deveria ser indiferente aos valores e conteúdos da existência prática⁽⁶⁷⁾; seu paradigma é o da simples aplicação, e não de uma concreta e responsável problematização⁽⁶⁸⁾. Com o jurisprudencialismo, essa alienação da realidade social circundante não se sustenta, pois como disse Castanheira Neves em suas lições de processo criminal, a indispensável exigência de vinculação de um decreto punitivo ao princípio da legalidade não implica, necessariamente, numa aplicação automática da lei penal: por não ser capaz de realizar juízos dedutivo-linguísticos, devemos entender a vinculação do juiz ao princípio como uma “apreciação suficiente” da prova ou seus indícios, resultando num direito do acusado (e num dever do tribunal) de não aceitar um grau menor de comprovação, uma probabilidade insegura, um convencimento unilateral do órgão acusador⁽⁶⁹⁾ (70).

A fundamentação jurídica não se confunde com um exercício de dedução⁽⁷¹⁾. Tem razão Barroso quando denuncia a falência da pretensão exegetista de reduzir a interpretação à atribuição de sentido aos signos jurídicos⁽⁷²⁾; todavia, recorrer à denominada teoria da mutação constitucional (o fenômeno pelo qual a norma mudaria seu sentido e alcance sem que o texto passasse por qualquer alteração⁽⁷³⁾) é

(67) A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 97 e ss.

(68) A. Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 103 e ss.

(69) A. Castanheira NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, polic., 37 e ss.

(70) De fato, o raciocínio jurídico não é um raciocínio teórico, mas determinado discurso prático tal e qual, já que só estamos realmente falando de direito quando estejam presentes três condições: a *condição mundanal* – as inter-relações subjetivas de direito dão-se pela mediação do mundo, pela correspondência de direitos e obrigações na partilha de um só mundo para muitas pessoas –, a *condição antropológico-existencial* – a inespecialização do homem para lidar com os desafios da sobrevivência impõe-lhe a tarefa de “acabar-se”, de construir o seu próprio mundo humano pela ação e pela cultura, de abrir-se para o futuro e a superar-se a si mesmo –, e a *condição ética*, esta que obriga pensar o direito, somente, como afirmação da pessoa, no reconhecimento recíproco dessa condição (A. Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito”, in A. Castanheira NEVES, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3.º, 13 e ss.).

(71) A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 384. A não ser por uma ambição oitocentista de converter o direito (e por via de consequência a interpretação jurídica) em ciência (pretensão essa da qual o movimento de reabilitação da filosofia prática nos afastou logo depois da segunda guerra mundial). Para uma ligeira síntese e identificação de uma bibliografia indispensável ao aprofundamento desta matéria, ver Antonio Sá da SILVA, “O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século xx: diálogos com a tópic-retórica, a hermenêutica e as teorias da argumentação”, in António Pinto MONTEIRO / Francisco AMARAL / J. M. Aroso LINHARES / Rui de Figueiredo MARCOS, *Jurisprudencialismo e idiomas vizinhos: diálogos com Castanheira Neves*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020, 339-370.

(72) Voto do ministro na ADC 43/DF, 3.

(73) Luís Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 158 e ss.; ver ainda sobre isto o voto do ministro na ADC 43/DF, 12 e ss.

dizer o óbvio, nada acrescenta ao pensamento jurídico: não existe direito imutável, tal como queriam tanto os jusnaturalismos como os positivismos clássicos⁽⁷⁴⁾ ⁽⁷⁵⁾. A redução do direito à norma, legal ou conceitual, como a modernidade jurídica reduziu, restou enfraquecida desde o séc. XIX; de fato, pensado exclusivamente do ponto de vista das liberdades e da individualidade absoluta, o direito recobra agora sua dimensão comunitária, da qual o *homo juridicus* se apartou; a humanidade que hoje se vislumbra não subsiste mais à revelia da comunidade, pois a responsabilidade de uma pela outra é inerente à pessoa: “a pessoa, pela simples razão de ser, se vê investida não só em *direitos*, mas igualmente em responsabilidade – a pessoa é chamada a *respondere* em termos comunitários – já que os *deveres* são para ela tão originários como os *direitos*”⁽⁷⁶⁾. O princípio da legalidade criminal, bem como a ingênua proibição da analogia em direito penal ao não perceber que esta é da própria natureza da interpretação⁽⁷⁷⁾, são agora compreendidos pelo autor português de maneira diferente: como uma exigência de que a decisão penal incriminadora deva ser *secundum legem*, ter fundamento numa pressuposta norma positiva, isto é, “o conjunto de todos os pressupostos legais, especiais e gerais, da incriminação positiva”⁽⁷⁸⁾. Note-se inclusive que deixou de ser evidente, quanto

⁽⁷⁴⁾ Arthur KAUFMANN, “Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa”, trad. Fernando José Bronze, *Boletim da Faculdade de Direito* 78 (2002) 186.

⁽⁷⁵⁾ Com efeito, Barroso, um entusiasta dessa doutrina e ecoando Machado Horta, diz que “As constituições têm vocação de permanência” (Luís Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 157), o que parece um equívoco, curioso inclusive porque dito pelo constitucionalista pátrio que também é um dos cultores do chamado neoconstitucionalismo: como ensina a classicista Maria Helena da Rocha Pereira (“Fragilidad y poder del hombre em la poesia griega arcaica”, 301-318, 302 e ss), na cultura ocidental nem os deuses tiveram essa aspiração, já que desfrutavam de durabilidade, jamais de imortalidade, introduzida entre nós somente no séc. V a.C. por Platão; essa ilusão de que os cânones jurídicos são como objetos matemáticos é uma visão simplista partilhada por jusnaturalistas e alguns juspositivistas, tornando-se um lugar comum frequentado por juristas acadêmicos e do fôro, convertendo-se em um dogma do qual o neoconstitucionalismo tem tentado desvencilhar, aparentemente sem sucesso, bastando ver que em seu voto (ADC 43/DF, 3), no lugar de apresentar uma proposta metodológica nova de realização do direito o ministro invocou foi a moldura interpretativa de Puchta e de Kelsen, confessando o mesmo dogma de um normativista assumido: o de que o direito é um conjunto de normas, estas verdadeiras entidades, capazes de resistirem à ação do tempo e à inexorabilidade de suas transformações.

⁽⁷⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito”, 38; Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 247.

⁽⁷⁷⁾ Sobre o equívoco iluminista de interpretar o direito sem recorrer à analogia, ver A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 448 e ss; Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 247 e ss., 257 e ss; Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, 119 e ss; IDEM, *Analogia y “naturaleza de la cosa”*, 35 e ss.

⁽⁷⁸⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 467.

à analogia e ao seu juízo de correspondências, a exclusão da norma penal, como Figueiredo Dias aparentemente reconhece⁽⁷⁹⁾.

Seria equívoco dizer, ainda, que a Constituição é a última *ratio* a compor a decisão penal⁽⁸⁰⁾. Os votos garantistas de Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello, etc., são elucidativos no sentido de que a presunção da inocência continua insuperável, mas fundados num pressuposto já fracassado há algum tempo: o de que a canonística penal é quase um texto sagrado, cuja liturgia da interpretação requer incensos e outros cuidados; não faltam garantistas a defenderem a descriminalização de condutas à revelia da vigência da norma incriminadora, tudo a atestar que a interpretação não é um exercício de gramática, uma pura declaração de direito pré-existente, exercitada subsuntivamente e sem a mediação do intérprete, seus valores, interesses, ideologia e frustrações⁽⁸¹⁾. Mas dizer que a legalidade criminal não requer uma interpretação literal, que a circunstância interpretativa pode ensejar a busca do direito para além da norma legal, não significa uma abertura para decisionismos penais da história recente do país. Não é fácil ler o voto de Fachin⁽⁸²⁾, deparar com seu esforço para distinguir “presunção de inocência” de “presunção de não culpabilidade”, sem ficar com a impressão de que se está criando um direito novo, isto é, mais uma hipótese de decretação da pena antes do trânsito em julgado, além daquelas prescritas no artigo 312 do CPP; não há qualquer relevância prática nessa diferenciação⁽⁸³⁾, o que enfraquece a argumentação dos que ali vão encontrar razões para justificar a expansão do *ius puniendi*⁽⁸⁴⁾.

⁽⁷⁹⁾ Com efeito, discorrendo sobre seu critério de valoração, o penalista português afirma “não é suficiente dizer que o legislador o escolhe em inteira liberdade e que o intérprete só terá de ir buscar à lei” (Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal*: parte geral, 2.^a ed. portuguesa / 1.^a ed. brasileira, Coimbra: Coimbra Editora/RT: São Paulo, 2007, 28); o que leva o autor a concluir, quanto às ordens axiológicas constitucional e penal, que há entre elas uma relação de mútua referência: “Relação que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de recíproca cobertura”, mas de analogia material, fundada numa essencial *correspondência de sentido e* – do ponto de vista de sua tutela – *de fins*” (Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal*, 120. Itálicos do autor). Para seguir na discussão sobre a inevitabilidade da analogia, incluindo o campo penal, ver Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 247-257).

⁽⁸⁰⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*, 282. Para um desenvolvimento maior desta questão, ver IDEM, “O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro”, in António José Avelãs NUNES / Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ed., *O direito e o futuro/o futuro do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 51-56.

⁽⁸¹⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 40, 84 e ss.

⁽⁸²⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 18.

⁽⁸³⁾ Fábio Roque ARAÚJO / Klaus Negri COSTA, *Processo penal didático*, 2.^a ed., rev., atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2019, 51.

⁽⁸⁴⁾ O jurisprudencialismo não subscreve, nem mesmo, interpretações funcionalistas (A. Castanheira NEVES, O “jurisprudencialismo” – proposta de uma reconstrução crítica do sentido do direito, in Nuno Manuel M. S. COELHO / Antonio Sá da SILVA, ed., *Teoria do Direito: direito*

Nesta altura do trabalho já é plausível dizer que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da prisão, além do previsto no artigo 312 do CPP, não decorre da textualidade do inciso LVII do artigo 5.º da CF/88, porque o puro exegetismo se mostrou irrealizável⁽⁸⁵⁾. Mas o reconhecimento de que a empresa interpretativa do Iluminismo não subsiste mais, não implica em declinar do ofício de julgar, longe dos apelos sociais, dos grupos de pressão, etc., motivados muitas das vezes não pelas razões de Atena, mas pelas das Erínias⁽⁸⁶⁾ e a fome de sangue que expressam na cena: as três senhoras lúgubres (cuja fúria inspirou a criação do Ministério Público⁽⁸⁷⁾) que perseguiram Orestes, antes dele perseguiram Clitemnestra e antes dela Agamênon, mesmo sabendo que cada um deles não tinha culpa nos fatos pelos quais foram denunciados, num exercício explícito de retribuição caprichosa: “ainda vivo, terás de deixar-me sorver a oferenda rubra do teu sangue. Que em ti eu possa saciar a minha sede dessa horrível bebida!”⁽⁸⁸⁾⁽⁸⁹⁾. O risco de simplificação do julgamento em causa fica explícito seja quando

interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, Salvador: Juspodivm, 2012, 23 e ss.), estas que diferentemente das manejas pelo que se convencionar chamar de ativismo judicial, sujeitam-se a alguma controlabilidade ao vincularem a critérios até certo ponto objetivos; as deliberações funcionalistas, sejam aquelas da análise econômica do direito, da engenharia social, do direito alternativo brasileiro, dos *critical legal studies* e outros de natureza assumidamente política, são igualmente recusados pelo autor português: tais tentativas de justificar a decisão judicial, recusando igualmente o *prius* da norma, distanciam do jurisprudencialismo ao partirem dos próprios efeitos, não da justeza da decisão em concreto, como devemos partir. Assumir que há alguma racionalidade nas propostas funcionalistas sem, entretanto, subscrevê-las, significa dizer, no quadro atual do pensamento jurídico, que o direito é somente uma entre outras alternativas para responder ao problema posto desde sua origem com a jurisprudência romana: o do sentido e fundamento de nossa vida em comum. As alternativas funcionalistas nomeadas acima também esforçam por responder ao desafio desta questão, mas aquela dada pelo jurisprudencialismo, é a única que se pode dizer verdadeiramente humana: seja kantianamente ao ver a pessoa como um fim em si mesmo, seja hegelianamente ao invocar a máxima de sermos pessoas e enxergarmos o outro como pessoa (A. Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6/1 (1996) 33), trata o humano como um indisponível, cuja dignidade não admite renúncia ou comensurabilidade.

⁽⁸⁵⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 65 e ss.

⁽⁸⁶⁾ Diz-se assim das três deusas vingadoras: Aletto que segue com fachos acesos e sem descanso o acusado, Tisífone que o açoita e Megera, cuja função é o de gritar repetidamente aos seus ouvidos o crime (Junito de Souza BRANDÃO, *Dicionário mítico-etimológico da mitologia grega*, Petrópolis: Vozes, 2014, 211).

⁽⁸⁷⁾ No Brasil se diz apenas aquele anterior à CF/88, esta que lhe atribuiu papéis outros, além daquele clássico atributo.

⁽⁸⁸⁾ ÊSQUILO, “Euménides”, in IDEM, *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*, trad. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 1992, 265.

⁽⁸⁹⁾ O risco de ceder à paixão das massas é o da simplificação das decisões judiciais: a sede de justiça de BARROSO, arriscando-se atrás de dados da segurança pública, com recortes metodológicos não mostrados e veracidade confiada a notícias de jornais (sabidamente não submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa), levou o magistrado a afirmar que “Eu não vi a pesquisa, ela não

Ricardo Lewandowski afirma que não tem contas a prestar que não seja à Constituição⁽⁹⁰⁾, seja ainda quando Celso de Mello, à época decano do STF, denuncia primeiro a tentação de ceder à paixão das massas⁽⁹¹⁾, protege a Corte da rotulação de ser conivente com a corrupção ao reconhecer o direito de qualquer acusado à presunção de inocência⁽⁹²⁾, por último recorre à doutrina dos direitos fundamentais para mostrar a constância da presunção de inocência apesar de sucessivas alterações do texto constitucional⁽⁹³⁾.

Fundamentar a decisão penal, para além do texto legal, expõe a Corte tanto ao risco de substituir a pura *voluntas* do legislador pela de seus juízes, como a outras incertezas que desde Platão se procura evitar; mas tal fundamento decorre de exigências anteriores e posteriores à modernidade jurídica: a de enxergar o direito não como uma ordem de legalidade, mas de validade... validade normativa que faz com que a juridicidade não seja apenas um sistema de prescrições aleatórias⁽⁹⁴⁾, puro nominalismo, refém de oportunismos políticos e jurídicos⁽⁹⁵⁾.

é oficial, mas vou aceitar como uma pesquisa correta” (ADC 43/DF, 24), algo que só não é mais preocupante que a própria afirmação de que “a presunção de inocência é muito importante, mas o interesse da sociedade na perseguição penal e num sistema penal minimamente efetivo também é muito importante” (ADC 43/DF, 19), aqui aparentemente sugerindo que direitos fundamentais sejam comensuráveis.

⁽⁹⁰⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 1.

⁽⁹¹⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 8 e ss.

⁽⁹²⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 1 e ss.

⁽⁹³⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 14 e ss.

⁽⁹⁴⁾ A. Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, in Augusto Silva DIAS *et alii*, ed., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 15 e ss.

⁽⁹⁵⁾ Trata-se de um pressuposto cultural que distingue *sujeito de pessoa*: como sujeitos, algo que a modernidade buscou, somos apenas um dado natural ou antropológico, sendo certo que o estatuto de liberdade não impede que dela se possa abrir mão (A. Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 33); como pessoas, diferentemente, somos uma conquista axiológica, impedindo que um humano inviabilize a humanidade de outro; a emergência de uma ordem de direito, com os juristas romanos, apenas se viabilizou quando foi possível romper com o cosmo moral dos gregos e dos próprios romanos que lhes antecederam, aquele *continuum* de legalidades natural, religiosa e social onde nossa humanidade se dissolvía (Orestes, Antígona, Sócrates, etc., foram chamados ao sacrifício de sua personalidade, tudo em nome da normalidade institucional, manifesta na ordem da polis): “Os gregos não pensaram verdadeiramente o direito na sua diferenciação específica, e não tiveram, justamente por isso, uma palavra para a denotação ‘direito’ – invocaram *Dike*, que cumpre e controla os ditames de *Themis* (as *themistes*) numa alegoria mitológico-filosófica (o *mythos* e *logos* ainda confundidos) que estava longe de pensar o direito e apenas aludia a uma qualquer necessidade (metafísica) regulativa em geral” (IDEM, “O problema da universalidade do direito”, 101). Neste contexto de ausência da pessoa, de mera sujeição a uma ordem, “a humanidade como que se assumia a si própria em cada um” (IDEM, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 12), onde cada um “respondia pelas transgressões aos deuses tutelares, e portanto ao *nomos* comunitário, na imputação objectiva da acção violadora, com a sua exemplaridade e os seus efeitos” (IDEM, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 11).

O jurisprudencialismo nos desafia, desta forma, a pensar a legalidade criminal não como obediência à *literalidade da lei*, mas ao *direito*, mesmo porque a falácia de que existem textos claros o bastante que dispensam a interpretação (*in claris non fit interpretatio*), sucumbiu desde sua origem com os legistas medievais ao próprio e inescapável paradoxo: somente é possível falar que uma lei é clara depois que a mesma é interpretada⁽⁹⁶⁾. A constatação Marco Aurélio de que a Corte se afastou da univocidade do sentido do inciso LVII do artigo 5.º da CF/88, não deveria lhe causar a perplexidade que confessa: não estamos mais no séc. XVIII quando sobravam motivos para temer os juízes, nem faz sentido atualmente subestimar a capacidade deles de conhecer o direito; pior que isto é a ingenuidade de pensar que são autômatos, pessoas sem ideologia, preconceito, sentimento e valor. Isto não quer dizer que devamos fechar os olhos para os intérpretes voluntariosos⁽⁹⁷⁾, para os “leitores empíricos” que ao invés de lerem a Constituição tal como ela foi feita para ser lida, consideram-se os próprios autores do texto, leem-na como se fosse deles.

Reconhecer na jurisdição, quanto à concretização dos direitos, um relevo maior que Montesquieu e Beccaria reconheceram, não significa conferir aos magistrados capacidades extraordinárias; creio que Dworkin não estava inteiramente errado ao enxergar no direito uma dimensão da moralidade que vincula cada um de nós ao compromisso de vivermos da melhor forma possível⁽⁹⁸⁾; entretanto, o autor estadunidense não pretendeu transformar os juízes em avatares deste nosso tempo, em entidades omniscientes, que tudo sabem e tudo veem⁽⁹⁹⁾, muito menos reabilitar neles a virtude de um Catão, a fim de que reformassem moralmente o mundo e as pessoas. Nem mesmo a recusa de qualquer normativismo, de sua pretensão teórica, não deve levar sequer à aposta de Fish no refúgio dos juízes em comunidades interpretativas: preocupado com a situação de pluralismo atual, renuncia a qualquer cálculo teórico e ao controle metodológico, o que faz recorrendo ao

⁽⁹⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “Interpretação jurídica”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2.º, 338.

⁽⁹⁷⁾ Umberto ECO, “Superinterpretando textos”, in IDEM, *Interpretação e superinterpretação*, trad. MF, São Paulo: Martins Fontes, 1997, 53 e ss., 79 e ss.

⁽⁹⁸⁾ Ronald DWORKIN, *A raposa e o porco-espinho*, trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2014, 26, 342, 383, 620.

⁽⁹⁹⁾ “Eu gosto de usar uma frase que já se tornou um pouco lugar comum: as pessoas têm direito à própria opinião, mas não aos próprios fatos. Portanto, eu gostaria de problematizar e discutir essas premissas de fato, que foram lançadas da tribuna. Gostaria de dizer que, das minhas constatações, para bem e para mal, nenhum desses três fundamentos resiste ao teste da realidade – nem o da textualidade, nem o do encarceramento, nem o do interesse dos pobres. São ideias que não correspondem aos fatos, diria Cazusa” (Voto do ministro na ADC 43/DF, 2). Quem lê esta frase do ministro Barroso fica tentado a dizer que enquanto refuta com propriedade a pretensão dos denominados garantistas de se apropriarem dos signos linguísticos, incorre noutra pretensão: a de se assenhorar de fatos empíricos da realidade e dominá-los com a mesma perícia.

desempenho profissional e à institucionalização das práticas desses juízes⁽¹⁰⁰⁾; ao custo certamente de incorrer, como aliás pontua Linhares⁽¹⁰¹⁾, numa autoclausura interpretativa, no esoterismo e na aceitação acrítica dessas práticas irrefletidas.

Não existe uma senha para entrarmos no texto, descobrirmos sua intenção ou a intenção de seu autor, o que leva Esser a dizer que os critérios de justiça de um problema jurídico não nos são dados previamente pelo ordenamento, mas pela decisão individualizadora, demandando um alto grau de responsabilidade do exercício da jurisdição⁽¹⁰²⁾; a interpretação jurídica não é um processo especulativo onde verdades e falsidades são reveladas, mas uma *praxis*, situada no contexto da dialética aristotélica onde o máximo que podemos ambicionar é o da verossimilhança⁽¹⁰³⁾; constitui assim numa atividade permanente dos juristas de experimentarem em cada caso os cânones normativos já experimentados pelo tribunal ou pela doutrina, com o objetivo de mostrar sua viabilidade ou não em um caso novo⁽¹⁰⁴⁾. A interpretação pode assim ser entendida, com Castanheira Neves, como “a determinação do sentido normativo (que não apenas hermenêutico-significativo gerais) de uma “fonte” jurídica [...], qualquer que ela seja [...] em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito⁽¹⁰⁵⁾”.

Isto nos permite enfrentar o debate sobre a (in)constitucionalidade da execução antecipada da pena, sem os riscos que a interpretação tradicional nos expõe, sejam os impostos pelo normativismo legalista, sejam ainda os do decisionismo penal. É equivocado inscrever a interpretação jurídica nos domínios da ciência, tal como Barroso (aparentemente em contradição com o que também diz e acertadamente

⁽¹⁰⁰⁾ Stanley FISH, *Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies*, Duke University Press: Durham, 1989, 87, 98 e ss; IDEM, *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*, Cambridge: Harvard University Press, 1980, 303 e ss.

⁽¹⁰¹⁾ José Manuel AROSO LINHARES, *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007, 47 e ss, 63 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Josef ESSER, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. Salvatore Patti / Giuseppe Zacaria, Camerino: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1983, 11 e ss, 32 e ss., 112 e ss.

⁽¹⁰³⁾ Para o contraponto lógica dialética, apodítica ou demonstrativa, diferenciadas por Aristóteles, ver Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, trad. Davi Macedo, 2.^a ed., São Paulo: Loyola, 1998, 18 e ss, 143 e ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Disto decorre que aquela separação, estabelecida pelos iluministas entre o criador e o intérprete do direito, tão abissal quanto a que separava o pobre Lázaro do rico avarento, não existe de fato.

⁽¹⁰⁵⁾ A. Castanheira NEVES, “Interpretação jurídica”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2.º, 337-338. O itálico é do próprio autor.

que entre o direito e seu autor está o intérprete que o compreende), para quem “A *hermenêutica jurídica* é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito”⁽¹⁰⁶⁾; curiosamente, esta é a concepção normativista da interpretação, subscrita acriticamente e de modo generalizado por autores que se autodenominam pós-positivistas⁽¹⁰⁷⁾, retirando o direito do domínio da *praxis* para alojá-lo no território dos saberes denominados de contemplativos⁽¹⁰⁸⁾; a interpretação do direito tem natureza prudencial (não busca conhecer o direito em si, mas o que existe numa situação particular), argumentativa, constitutiva, não reprodutora do direito interpretado⁽¹⁰⁹⁾.

Como já disse⁽¹¹⁰⁾, o que o jurisprudencialismo propõe é um relevo maior da jurisdição, uma circularidade hermenêutica que nos salvando da enganosa hierarquização de critérios decisórios (postas na estrutura de uma pirâmide, tanto pelo normativismo conceitual do séc. XIX como pelo normativismo kelseniano do séc. XX), recorre aos diferentes estratos do sistema: as normas (que gozam da presunção de autoridade), os princípios (autênticos *ius*, que gozam da presunção de validade) e a jurisprudência (a judicial que goza da presunção de justiça e a doutrina que desfruta da presunção de racionalidade)⁽¹¹¹⁾, sendo certo que aqui o intérprete tem o dever de visitar cada um deles. Deve-se acentuar ademais

⁽¹⁰⁶⁾ Luís Roberto BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 304.

⁽¹⁰⁷⁾ Uma filiação deveras confusa, seja por assumir premissas do pensamento que critica, seja também por não distinguir positivismo e normativismo, normativismo e legalismo e não diferenciar os diferentes normativismos; seja mais ainda por supor que possa existir um direito para além do direito positivo, isto é, o direito historicamente válido em determinado tempo e lugar (Antonio Sá da SILVA, *Teoria e Prática em Direito e Literatura*, Salvador: EDUFBA, 2023, 34).

⁽¹⁰⁸⁾ Vale dizer, aqueles cujos objetos são estáveis, de modo que o saber acerca deles não tem poder de alterá-los, como a geometria que conhece, mas não faz com que um triângulo deixe de ser uma figura de três lados. Para um contraponto entre a ambição científica do direito que floresceu durante a modernidade e que subsiste no pensamento de autores que se propõem ser críticos desse modelo, com a *praxis* aristotélico-tomista, ver o meu *Teoria e Prática em Direito e Literatura*, 18 e ss., especialmente as bibliografias indicadas ali para o desenvolvimento dessa questão. Muito além dos autodeclarados neoconstitucionalistas, aspiram esse horizonte pós-positivista todos os que recusam uma autonomia do direito, sejam os que demandam sua aproximação com as humanidades (o direito e literatura, o direito e cultura, etc.), sejam ainda os que advogam a dita interdisciplinaridade desse direito recorrendo aos saberes empírico-explicativos (a análise econômica do direito, o funcionalismo jurídico da *social engineering*, os *critical legal studies*, etc.).

⁽¹⁰⁹⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 422.

⁽¹¹⁰⁾ Antonio Sá da SILVA, “A imaginação literária e o direito: a (im)possibilidade de um modelo jurídico-decisório nos argumentos de A. Castanheira Neves e de Martha C. Nussbaum”, in Nuno Manuel M. S. COELHO / Antonio Sá da SILVA, ed., *Teoria do direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 223.

⁽¹¹¹⁾ Sobre o manejo desses extratos na interpretação, bem como sobre a dignidade dos princípios em Castanheira Neves, ver José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, nota 193, 166 e ss.

com o autor português que a dogmática jurídica, com a crise dos pressupostos da legalidade do século XIX, assume papel determinante na atualidade, podendo aqui ser convocada na reabilitação do fundamento da prevenção do direito penal: a mesma se torna uma depositária da exigência de uma justiça protetiva e da objetivação do *ethos* da culpa incriminadora⁽¹¹²⁾. Isto porque ela é chamada “a uma função mediadora e de *controle* entre a lei e o juízo – a função de uma reelaboração normativa e de reconstrução sistemática da primeira para a definição de estruturas e modelos normativo-jurídicos que enquadrem, orientem e estabilizem criticamente o segundo”⁽¹¹³⁾; como diz Fernando José Bronze no seu elogio à cooperação entre juristas acadêmicos e juristas do foro, a experiência jurídica frequenta atualmente essa região transfronteiriça habitada pela jurisprudência doutrinal, radicada “na fadigosa procura, para os problemas jurídicos, de argumentos (desejavelmente) concludentes, não na autoritária afirmação, para as querelas doutrinárias, de verdades (supostamente) irrefutáveis”⁽¹¹⁴⁾.

Como visto a lei penal, quiçá o próprio direito positivo, é um pressuposto necessário para a justificar uma decisão; todavia, não é autossuficiente, e, por si só, não oferece os critérios, menos ainda os fundamentos normativo-jurídicos da decisão⁽¹¹⁵⁾; o intérprete não desvencilha da necessidade de recorrer a critérios normativo-jurídicos extratextuais e transpositivos, de modo reconstitutivo e continuado. O ponto de partida para o juízo decisório, neste caso, não é a prescrição

⁽¹¹²⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 397 e ss.

⁽¹¹³⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 465. Como é de todo sabido, na discussão sobre as fontes do direito o normativismo legalista, assim como o normativismo kelseniano, negaram à doutrina qualquer função constitutiva do direito (Norberto BOBBIO, *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, trad. Márcio Pugliesi *et alii*, São Paulo: Ícone, 2006, 161 e ss); todavia, a superação desses modelos, como vimos, mostrou que “o pensamento jurídico doutrinal participa, relevante e imprescindivelmente, na constituição do direito” (A. Castanheira NEVES, “Fontes do direito”, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995, vol. 2.º, 89), podendo mesmo dizer que “na unidade totalizante da jurisprudência jurisdicional e da jurisprudência doutrinal, é que verdadeiramente constitui a *jurisprudência* – a jurisprudência em sentido integral e próprio, *iuris-prudentia*” (A. Castanheira NEVES, “Fontes do direito”, 90. Os itálicos são do autor).

⁽¹¹⁴⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 198-199. Mais se diga que a solução dogmática, além de exercer um controle de justeza pelo juízo material da decisão concreta, antecipa seus critérios normativo-penais (controle de concordância), oferece maior rigor e objetividade aos critérios legais, confere unidade à intencionalidade normativa (apoiando-se na experiência de sua aplicação, o que a legalidade, só por si, não é capaz de fazer), afasta o arbítrio tanto legal como jurisprudencial (a exigência de coerência com o sistema punitivo) (A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 464 e ss); o jurista-filósofo diz que “poderá considerar-se estável ou invariante a intencionalidade normativa que se objetiva na unidade do tipo, mas já não serão fixos ou formalmente invariantes os modos e os limites de realização dos elementos típicos” (A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 468).

⁽¹¹⁵⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*, 29 e ss.

normativa anterior, mas o caso concreto; isto remete o juiz, distante hoje do logicismo penal de Beccaria, para a exigência concreta de manejar uma dialética sistema-problema, face à iniludível porosidade do sistema jurídico⁽¹¹⁶⁾; no seu juízo normativo concreto, não se vincula à literalidade da lei, mas ao “*consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da ‘consciência jurídica geral’, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça”⁽¹¹⁷⁾; nela é que o princípio normativo do direito, vale dizer, “a síntese de todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o *sentido de direito*”⁽¹¹⁸⁾, pode ser encontrado.

4. Conclusão

É preciso concluir, sendo necessário dizer, dessa discussão do jurisprudencialismo com os normativismos, primeiro que o princípio da legalidade criminal é uma conquista civilizacional e com o qual não se pode transigir, seja qual for a motivação que se queira mobilizar; como disse Faria Costa, aludindo ao direito penal como instrumento limitador da liberdade ingênita do humano e à sempre inalterada resistência humana em abrir mão dela, afirma em seu discurso laudatório a Beccaria e seus princípios: “É assim propugnado um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*”⁽¹¹⁹⁾. Depois, importa dizer que não obstante o fascínio do então ministro Marco Aurélio pela literalidade do inciso LVII do artigo 5.º da CF/88⁽¹²⁰⁾, sua demanda não somente é infrutífera: sua procura pela universalidade do sentido normativo daquela fonte jurídica, recorrendo exclusivamente a propriedades linguísticas, não apenas será sempre malograda como também é uma temeridade, já que reduzir o direito à *voluntas* congressual pode até produzir mais insegurança jurídica que a construção jurisprudencial, nos termos em que Castanheira Neves enxerga a jurisprudência judicial e a jurisprudência doutrinária.

Ficou claro neste percurso que uma lógica científica é impraticável no campo da *praxis*, inclusive da *praxis* jurídica, de modo que a atividade judicativa não se dá pelo exercício da subsunção; essa pretensão foi demandada por alguns legistas medievais em decorrência do surgimento do código justinianeu e da forte influência que a escola dos glosadores exerceu na formação jurídica, mas, já ali,

⁽¹¹⁶⁾ A. Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 22 e ss.

⁽¹¹⁷⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*, 80.

⁽¹¹⁸⁾ A. Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*, 280. Itálicos do autor.

⁽¹¹⁹⁾ José de Faria COSTA, “Ler Beccaria hoje”, in Cesare BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, trad. José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, 20.

⁽¹²⁰⁾ Voto do ministro na ADC 43/DF, 5.

começou a se mostrar irreal com a emergência dos comentadores⁽¹²¹⁾; nem mesmo a dignidade que a lei humana alcançou nesse período em face das leis divina e natural, pela pena de um filósofo da escolástica e precursor do esforço de fazer da razão o único fundamento do direito, Santo Tomás de Aquino, foi capaz de conferir a essa lei a autossuficiência que até hoje alguns pensam existir: nos seus tratados da lei, da justiça e da prudência⁽¹²²⁾, o que realmente encontramos é a reabilitação da filosofia prática aristotélica, onde a atividade jurídica é antes de tudo uma atividade prudencial, capaz de mergulhar na sua tradição e extrair dela os saberes assentados entre seus membros esclarecidos, no sentido de resolver as controvérsias surgidas na partilha do mundo; esta sabedoria de vida corresponde àquela “arca do tesouro” da qual nos fala nosso homenageado, isto é, o saber doutrinal que recolhe da discussão acadêmica e da experiência do foro, as soluções mais justas para os novos casos que surgem⁽¹²³⁾.

Creio que não podemos nem precisamos aqui tomar partido na disputa entre liberais e comunitaristas sobre onde encontrar a legitimidade do direito, penso que basta ouvir o poeta Horácio quando prudentemente adverte que “É difícil dizer com propriedade o que não pertence à tradição”⁽¹²⁴⁾; a ambição platônica de formar um demiurgo acima das virtudes e vícios humanos não logrou ser possível nem necessário; não estou certo nem de que mudar a Constituição, para admitir a execução antecipada da pena, pacificaria a divergência quanto à sua constitucionalidade; isto simplesmente porque o direito enquanto tal não é um texto, como pretendiam exegetistas confessos⁽¹²⁵⁾, no que não apenas nossos principais interlocutores do método jurídico aqui atestam, mas também autores como Müller (“A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo”⁽¹²⁶⁾) e Canotilho (“o conteúdo semântico

⁽¹²¹⁾ António dos Santos JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 26 e ss.

⁽¹²²⁾ Para uma introdução ao contributo do Doutor Angélico a estas matérias, especialmente para a identificação bibliográfica a respeito, ver Antonio Sá da SILVA, “A teoria da lei de Santo Tomás de Aquino”, *Revista Jurídica da Universidade de Santiago* (2013/I) 57-69.

⁽¹²³⁾ Fernando José BRONZE, *Metodologia do Direito*, 65, 127 e ss.

⁽¹²⁴⁾ HORÁCIO, “Quinto Horácio Flaco – Arte Poética”, HORÁCIO, *Arte poética*, 4.ª ed., rev. e aum., trad., int. e com. R. M. Rosado Fernandes, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012, 128.

⁽¹²⁵⁾ Fernando José BRONZE, “Alguns Marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito* (2003/Volume Comemorativo) 153 e ss.

⁽¹²⁶⁾ Friedrich MÜLLER, *Teoria estruturante do direito*, trad. Peter Naumann / Eurides Avance de Souza, São Paulo: RT, 2008, 192. Penso que no lugar onde se diz “positivista”, o autor gostaria de dizer “normativista”, pelas distinções hoje necessárias das quais tomamos conhecimento neste trabalho anteriormente. Ainda sobre a diferença entre texto e norma, ver *Ibid.*, 46 e ss; sobre o silêncio do normativismo kelseniano a respeito da correção do conteúdo da norma e sobre a normatividade concreta, ver *Ibid.*, 25 e ss.

da norma constitucional não significa a identificação entre *texto* e *norma*. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o sinal linguístico; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’⁽¹²⁷⁾) em sede de hermenêutica constitucional também assentam. Com efeito, o dissenso subsistiria, primeiro, porque como se viu neste trabalho a pretensão de redigir leis claras, autossuficientes e imunes à interpretação, foi fulminada desde a origem; depois porque quem diz o que é o direito, a rigor, não é a contingência legislativa, mas aquele “consenso jurídico-comunitário” que Castanheira Neves fala, algo que pode ser realmente pouco e que seria importante desenvolver em outro trabalho, mas por ora já me parece ser a única resposta plausível para essa querela sobre as fontes jurídicas e em face da qual nosso STF tem oscilado bastante: a mediação da dogmática, sugerida por Castanheira Neves como alternativa ao pretendido formalismo legal-interpretativo, parece hoje capaz de reconciliar o princípio da legalidade criminal com a exigência de sua intencionalidade material^{(128) (129)}.

⁽¹²⁷⁾ Sem me comprometer aqui com as implicações semióticas e cognitivistas que esta transcrição sugere, ver José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed., 2.^a reimpr., Coimbra, 2003, 1214; para a visão do autor, sobre como essa distinção desafia o intérprete e implica numa compreensão de um “direito judicial”, ver *Ibid.*, 704 e ss.

⁽¹²⁸⁾ A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 418 e ss.

⁽¹²⁹⁾ Com efeito, tornou-se hoje necessário considerar que “o conteúdo normativo-jurídico da lei determinado pela interpretação não era um em si que a interpretação apenas explicitasse, mas um conteúdo metodológico-normativamente imputado à lei pela sua reelaboração hermenêutico-normativa no processo da concreta realização do direito” (A. Castanheira NEVES, “O princípio da legalidade criminal”, 422). Talvez Heidegger tenha exagerado ao acusar o humanismo e a metafísica ocidental de substituírem a discussão sobre o *ser* pela do *ente* (Martin HEIDEGGER, *Carta sobre o humanismo*, trad. Pinharanda Gomes, 5.^a ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998, 39 e ss; IDEM, *A caminho da linguagem*, trad. Márcia Sá C. Schuback, Petrópolis: Vozes, 2003, 194 e ss), concretamente aqui (por um esforço de tradução) significando a renúncia de nosso compromisso com a pesquisa do direito em concreto em nome do conforto de se apegar à aparência do direito, sempre inevitavelmente e provisoriamente mostrado ao jurista (Sobre isto, ver Antonio Sá da SILVA, *Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade*, Coimbra: Faculdade de Direito, v. II, 638 e ss); digo isto porque como ninguém ignora, ao diferenciar a lógica formal da dialética, da *praxis*, Aristóteles reconheceu os limites da investigação sobre a verdade neste terreno do conhecimento humano, enxergando nela a dignidade de uma lógica, mas não aquela que se ocupa de objetos imutáveis ao longo da vida, mas a que discute sobre temas controversos e sobre os quais há divergência no auditório sobre o que tais objetos sejam realmente (IDEM, *Teoria e Prática em Direito e Literatura.*, 289 e ss).



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Edição apoiada pela



ISBN 978-989-9075-76-4



9 789899 075764

Depósito Legal n.º 539932/24