

DIFERENTES MODALIDADES DE PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO APLICADAS AO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

Jorge André de Carvalho Mendonça²

Doutor em Direito Processual e Hermenêutica pela
Universidade Católica de Pernambuco

Pesquisador Visitante na Universidade de Duke,
nos Estados Unidos (2018/2019), com

Doutorado Sanduíche no exterior reconhecido no Brasil

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco

Especialista em Direito Processual Público
pela Universidade Federal Fluminense

Professor do mestrado da Faculdade Damas, em Recife/PE

Ex-defensor público

Ex-juiz de direito

Juiz auxiliar no STJ de 2020 a 2023

Juiz federal desde 2003

RESUMO: Existe hoje uma corrente de pensamento jurídico denominada pós-positivismo, que é, provavelmente, a mais aceita no Brasil, inclusive no campo criminal. Ela tem sido investigada não apenas por professores de direito penal, mas também por constitucionalistas, com características distintas e relevantes

1 Trabalho originalmente publicado, na língua inglesa, na revista Human(ities) and Rights, Global Network Journal, Vol.5, número 1, p. 193-203, 2023. Disponível em <https://humanitiesandrights.com/journal/index.php/har/article/view/104/71>. Acesso em 24/05/2026.

2 Doutor em Direito Processual e Hermenêutica pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador Visitante na Universidade de Duke, nos Estados Unidos (2018/2019), com Doutorado Sanduíche no exterior reconhecido no Brasil. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Professor do mestrado da Faculdade Damas, em Recife/PE.

em seu interior. Nossa intenção, neste trabalho, é pesquisar o conteúdo principal de ambas as vertentes do pós-positivismo criminal, incluindo uma breve análise de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Pós-positivismo jurídico. Constitucionalismo. Direito Penal. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO: TRANSFORMAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO AO LONGO DO TEMPO

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, emergiu o período do positivismo científico. Logo após o término da Revolução Francesa, iniciou-se o movimento de codificação nos países de tradição romano-germânica [*civil law*], por razões variadas. Na França, além do célebre Código Civil napoleônico, o país também contou com um Código Penal na mesma década.³ Naquele período, a Escola da Exegese era dominante na França no âmbito da teoria do direito, sustentando que os textos legais eram claros e que, por isso, os juízes deveriam apenas aplicar a lei estatutária, sem interpretá-la.

Como afirmamos em outra ocasião,⁴ em 1801, embora Portalis soubesse que a lei não poderia prever tudo, ela representava a marca dos lugares onde os indivíduos possuíam direitos. Ele também afirmou que em todos os Estados despóticos havia mais juízes e executores do que legislação.⁵

Ao longo do século XIX, esse legalismo prevaleceu no *civil law*, a despeito de algumas variações conforme os diferentes pensadores, especialmente da França e da Alemanha. No direito penal não foi diferente, evidentemente. Fossem mais conservadores ou um pouco menos, os principais penalistas sustentavam o positivismo jurídico, como Karl Binding e Franz von Liszt.⁶

Nos Estados Unidos, porém, país de tradição do *common law*, o silogismo lógico, característico daquele positivismo jurídico tradicional, perdeu espaço na segunda metade do século XIX em razão do pragmatismo filosófico e jurídico. Conforme Oliver Wendell Holmes Jr., por exemplo, a noção de que a lógica é a única força atuante no desenvolvimento do direito é uma falácia, pois a certeza em geral é uma ilusão.⁷ Apesar disso, além de diferenciar mora-

3 Décadas antes, Cesare Beccaria já afirmava que a lei deveria ser clara, sobretudo porque os juízes não podiam interpretar o direito penal, pois não eram membros do Legislativo (BECCARIA 2009, 36 e 40).

4 MENDONÇA 2020, 222-223.

5 PORTALIS 1801, 16-17.

6 Segundo Liszt, que era menos formalista do que Binding, a proteção que uma ordem jurídica confere aos interesses das pessoas é uma proteção segundo regras (LISZT 2003, 141).

7 HOLMES Jr. 1897, 8.

lidade e direito,⁸ ele também escreveu contra o direito natural, afirmando que os juristas que nele creem parecem estar em estado de ingenuidade mental.⁹

Adentrando o século XX, ainda antes da Segunda Guerra Mundial, mesmo no *civil law*, o positivismo jurídico começou a se transformar com maior intensidade. Hans Kelsen, influenciado pelo neokantismo, sustentou que a lei era incerta, por diversas razões. Em decorrência disso, afirmou que não existia apenas uma interpretação correta para cada caso, asseverando que os juízes detinham poder discricionário e também criavam o direito. Em contraste, eram os juristas que não podiam fazer o mesmo, cabendo-lhes apenas indicar as opções admitidas dentro do texto legal, para que o juiz escolhesse uma delas. Do contrário, eles, os juristas, não seriam cientistas.¹⁰

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico tem se transformado especialmente nos países de *common law*, onde segue caminhos distintos, embora sempre estabelecendo diferença entre moralidade e direito. Não dispomos de espaço suficiente para explicá-lo aqui, mas é importante destacar, ao menos, que hoje essa corrente de pensamento pode ser dividida em positivismo inclusivista ou brando [*soft positivism*], positivismo exclusivista ou rígido [*hard positivism*] e positivismo normativo [*normative positivism*].

No Brasil, por outro lado, alguns professores de direito sustentam que o positivismo jurídico entrou em declínio após a Segunda Guerra Mundial. Sem enfrentar esse “novo positivismo”, o antigo passou a ser associado ao fascismo na Itália e ao nazismo na Alemanha, regimes que promoveram atrocidades sob o manto da legalidade.¹¹ Assim, buscam outra forma de pensar o direito, criando o que denominam pós-positivismo jurídico. Mas o que é o pós-positivismo jurídico, especialmente no direito penal? E como o Supremo Tribunal Federal enfrenta a questão?

8 HOLMES Jr. 1897, 2.

9 HOLMES Jr 1917, 41.

10 KELSEN 2006, 387-397. O neokantismo, restabelecendo algum vínculo entre direito e valores, também exerceu influência sobre o direito penal, mitigando de certa forma o positivismo formal. Durante as primeiras décadas do século XX, juristas como Reinhart Frank, Mayer, Edmund Mezger, entre outros, promoveram mudanças na teoria alemã do delito, sem, contudo, abandonar sua estrutura fundamental.

11 BARROSO 2005, 4.

1. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO SEGUNDO OS PENALISTAS

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a importância do direito natural voltou a crescer nos países de tradição do *civil law* como o Brasil. Tratava-se, porém, de um novo direito natural, que passaria a se vincular aos princípios constitucionais.¹²

Na Alemanha, a teoria do delito também se transformou naquele momento. Entre 1945 e 1965 a ideia central era a de que a intenção humana constituía o elemento principal para a solução dos problemas penais.¹³ Passou a ser em geral exigido um elemento subjetivo do delito, voltado a essa intenção, o qual independia de qualquer juízo de valor e representava a verdade eterna, anterior a qualquer norma, o que caracterizava o pensamento, em outras palavras, como ligado a uma espécie de direito natural.¹⁴ Essa teoria exerceu enorme influência no Brasil, onde ainda parece ser aplicada por muitos professores e pelos tribunais penais.¹⁵

Não obstante o pensamento tenha se transformado na Alemanha desde as últimas três décadas do século XX, é difícil afirmar se um novo positivismo prevalece no seu campo penal, sobretudo em razão de várias ideias diferentes sobre o problema. Com efeito, muitos renomados professores relacionam filosofia e normas penais produzidas pelo Poder Legislativo e afirmam que um aspecto político do direito penal pode, por vezes, invalidar essas normas.¹⁶ Apesar da grande controvérsia acadêmica em torno da questão, eles propõem um limite ao legislador, que não poderia criminalizar uma conduta contrariando certos fundamentos filosóficos, sob pena de sua invalidação pelo Poder Judiciário.¹⁷

12 ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA 2019, 327.

13 ROXIN 2014c, 101 e 103.

14 ROXIN 2014b, 118.

15 Superior Tribunal de Justiça 2018.

16 ROXIN 2014a, 90 e 91.

17 Não dispomos de espaço suficiente para explicar todo esse problema, mas importantes juristas alemães que pensam dessa forma, como Hassemer, Schünemann e Roxin, são citados por Greco em uma breve apresentação de obra

No Brasil, os professores de direito penal geralmente partilham de ponto de vista semelhante. Freitas sustenta, por exemplo, que os costumes são capazes não apenas de auxiliar a interpretação do direito penal, mas que, em determinadas situações concretas, situam-se acima da legislação incriminadora, desempenhando papel relevante ligado à política criminal, ainda que somente em favor da liberdade individual, como garantia penal.¹⁸

Greco, professor brasileiro que há muitos anos vive e leciona na Alemanha, parece pensar de modo semelhante. Ao criticar uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sustentou que ele deveria ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal que ainda criminaliza o incesto naquele país. Segundo ele, o tribunal deveria ter separado a conduta imoral do comportamento criminoso, pois desconhecer essa diferença é esquecer o princípio da liberdade no direito penal.¹⁹

Brandão, de forma semelhante, destaca que, além de sua dimensão interpretativa, o direito penal possui também uma feição política, um significado político. Tal aspecto, segundo ele, impõe limites à tarefa legislativa de criminalização de condutas e permite que alguns casos sejam resolvidos mesmo em sentido contrário à norma legal, de acordo com as circunstâncias concretas. Por outro lado, sustenta que os intérpretes não podem desprezar, entre outros, o princípio da legalidade, o que significa que lhes é vedado criar crimes. Ele denominou essa teoria exatamente de pós-positivismo.²⁰

Portanto, ainda que a expressão pós-positivismo não seja usualmente empregada no circuito criminal brasileiro, podemos afirmar que essa teoria, quando estudada pelos penalistas, é sempre de caráter liberal, somente sendo apta a restringir o poder punitivo estatal.

coletiva por eles organizada para discutir o tema (GRECO 2016, 4).

18 FREITAS 2020, 127 e 146.

19 GRECO 2010, 182.

20 BRANDÃO 2006, 195, 200, 202, 204, 206, 207 e 209.

2. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PENAL SEGUNDO OS CONSTITUCIONALISTAS

Além do pós-positivismo penal brevemente explicado anteriormente, existe no Brasil outro pós-positivismo jurídico, ensinado principalmente por constitucionalistas ou por professores de hermenêutica jurídica. Barroso informa que ele constitui o fundamento filosófico do novo constitucionalismo, explicando, também no campo penal, algumas de suas características. Em primeiro lugar, essa teoria se relaciona com os direitos constitucionais e com as restrições à criminalização legislativa e à punição, impostas pelos novos valores constitucionais e pelas transformações dos costumes. Isso se aproxima muito da teoria explicada no tópico anterior. Por outro lado, ela abrange igualmente uma obrigação de criminalizar determinadas condutas, sugerindo que o legislador não pode fazer menos do que o necessário, sob pena de violar a Constituição.²¹ Entendemos que ele quer dizer, em outras palavras, que esse pós-positivismo é capaz não apenas de restringir a criminalização, mas também de ampliá-la, inclusive em sentido contrário à escolha legislativa.

Uma vertente desse pós-positivismo jurídico sustenta que ele se funda especialmente em Ronald Dworkin, Friedrich Müller e Hans-Georg Gadamer. Afirma que a linguagem utilizada pela lei não pode ser totalmente clara e que os métodos de interpretação jurídica são incapazes de alcançar a resposta correta. Porém, sustenta que obter a resposta correta é possível, desde que os intérpretes apliquem princípios jurídicos que conectem moralidade e direito, ainda que em sentido contrário aos textos legais.²²

Provavelmente pensando nessa teoria o italiano Luigi Ferrajoli a denomina constitucionalismo jusnaturalista. Informa que ela mistura a validade dos textos legais com a sua justiça, negando o direito como um sistema apenas de regras, e acrescenta que ela enfatiza o papel do raciocínio jurídico à luz dos

21 BARROSO 2005, 4 e 33-35.

22 Também aqui não dispomos de espaço para explicar outros aspectos dessa teoria nem para citar os importantes estudiosos que são indicados como seus partidários.

princípios constitucionais aplicados às situações concretas, como forma de resolver o que considera uma crise do positivismo jurídico.²³

Streck, renomado jurista brasileiro, parece seguir essa orientação. Aplicando seu pós-positivismo jurídico ao direito penal, ele teve a oportunidade de defender, por exemplo, que uma lei que descriminaliza determinadas condutas como corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outras, é inválida, sugerindo que o princípio da legalidade não é suficiente para uma conclusão em sentido oposto.²⁴

Não podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal decide preponderantemente dessa forma, pois não é nossa intenção realizar aqui uma pesquisa quantitativa. De todo modo, entendemos que isso ocorreu em algumas ocasiões, talvez porque nenhum ministro daquela Corte seja professor de direito penal. Por exemplo, em 2019 o tribunal decidiu criminalizar a homofobia e a transfobia, apresentando um consistente raciocínio moral contra o preconceito e afirmando que não estava praticando analogia. Entretanto, os ministros admitiram que o Congresso não havia logrado criar os tipos penais até aquele momento, embora os parlamentares estudassem a questão há muito tempo. Em outras palavras, a Corte reconheceu que havia uma lacuna na lei e afirmou que outra lei, que criminaliza o racismo, seria igualmente aplicável a essas condutas até que o Poder Legislativo editasse uma lei específica.²⁵ Isso é um típico caso de raciocínio por analogia, utilizado por boas razões morais, mas em detrimento do princípio da legalidade em matéria penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo constitucional brasileiro aplicado ao direito penal pode trazer boas ideias morais para fundamentar o resultado encontrado

23 FERRAJOLI 2012. Por outro lado, afirma ele, há o constitucionalismo positivista como nova modalidade da filosofia positivista do direito. Evidentemente, este também enfatiza a Constituição e a democracia substancial, mas igualmente o princípio da legalidade. Assim, não admite a conexão entre direito e moral.

24 STRECK 2004, 310 e 311.

25 STF, ADO 26/DF e MI 4733/DF.

em casos concretos. Por outro lado, pode conduzir, por vezes, a soluções distintas, embora assentadas em vagos princípios semelhantes. Barroso, por exemplo, atuando como ministro do Supremo Tribunal Federal, emitiu seu voto admitindo a execução imediata da pena de condenações pelo Tribunal do Júri,²⁶ enquanto Streck, na conclusão exatamente oposta, criticou seu voto em comentário acadêmico.²⁷ Embora a divergência diga respeito ao processo penal, o mesmo fenômeno pode, evidentemente, ocorrer em matéria de direito penal.

Por esses problemas, costumamos repetir que concordaremos com a conexão entre direito e moral no dia em que a justiça se tornar uma verdade evidente, ou pelo menos quando for demonstrável como uma verdade matemática.²⁸ Porém, isso não é aceito nem pelo pós-positivismo “científico”.

Mas isso nem é o pior.

Não cremos que o pós-positivismo brasileiro, ensinado pelos constitucionalistas e pelos professores de hermenêutica jurídica, esteja adequadamente diferenciado em suas distintas vertentes, nem organizado de modo a explicar suas divergências internas. Além disso, quando amplia o poder punitivo estatal, sem respaldo em lei, afasta-se consideravelmente da teoria seguida pelo chamado pós-positivismo criminal. Esse é, provavelmente, o problema mais grave.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Re-**

26 STF, RE 1.235.340/SC.

27 STRECK 2023.

28 BOBBIO 2008, 56.

vista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, p. 195-213, jan./jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.689.173/SC**. Sexta Turma, 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e Mandado de Injunção n. 4.733/DF**. 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC**. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada. **Ciências Criminais em Perspectiva**, Recife, v. 1, p. 109-150, jul./dez. 2020.

GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p. 166-185, jan./fev. 2010.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2023.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **Natural Law**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1327676>. Acesso em: 6 ago. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O STF, a prisão no júri e o voto equivocado do ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico (ConJur)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.