

Paulo Queiroz

DIREITO PENAL

Parte Geral

1

12ª edição

Revista, ampliada e atualizada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Paulo Queiroz

Membro do Ministério Público Federal

site: www.pauloqueiroz.net

DIREITO PENAL

Parte Geral

1

12ª edição:

Revista, ampliada e atualizada

2016

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

▶ PARTE I

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

► | 01 | INTRODUÇÃO

Sumário • 1. Conceito de direito penal; 1.1. Relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal; 1.2. Conceito de Direito: limites de um conceito; 1.3. Conceito de Direito: o Direito não existe; 1.4. Leis são necessárias?; 1.5. Direito e arte; 1.5.1. Direito: uma ficção? – 2. Direito penal, criminologia e política criminal; 2.1. Direito penal e política criminal: há distinção realmente? – 3. Direito penal e controle social – 4. Direito penal e moral; 4.1. Deus e o Direito – 5. Caráter subsidiário do direito penal – 6. Caráter fragmentário do direito penal – 7. Ilícito penal e ilícito não penal – 8. Legislação especial – 9. Sobre a legislação em vigor – 10. Contagem dos prazos penais e processuais penais.

1. CONCEITO DE DIREITO PENAL

A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica (...). É preciso, pois, reunir a justiça e a força, fazendo com que o que é justo seja forte, ou que o que é forte seja justo. Pascal. Pensamentos sobre política. São Paulo: Martins Fontes, 1994, aforismo 79.

De acordo com a doutrina, o direito penal ou direito criminal é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais (crimes e contravenções) e comina as respectivas sanções (penas e medidas de segurança).¹ Ou seja, é o conjunto de normas jurídicas por cujo meio o Estado proíbe, sob a ameaça de uma pena, determinados comportamentos (ações ou omissões), aí incluídas as normas que, sem proibirem diretamente determinados fatos, estabelecem as condições de aplicabilidade da pena (dolo, culpa etc.).²

A definição é correta, mas incompleta, visto que, além de definir crimes e cominar penas, o direito criminal institui os princípios e as regras que regulam a atividade penal do Estado, fixando os fundamentos e os limites do poder punitivo, a exemplo dos princípios de legalidade, humanidade das penas etc.

1 Eis algumas definições: Franz von Liszt: o direito penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena, como consequência (Tratado de direito penal alemão, trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, v. 1, p. 1). Mezger: o direito penal é o exercício do poder punitivo do Estado, que conecta ao delito, como pressuposto, e a pena, como consequência jurídica (Tratado de derecho penal, 2. ed. Madrid, 1946, v. 1, p. 27-28). Welzel: o direito penal é “a parte do ordenamento jurídico que determina as características da ação delituosa e lhe impõe penas ou medidas de segurança (Derecho penal alemán, trad. Bustos e Pérez. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 1). Juarez Cirino: o direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas (Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3). Zaffaroni/Batista: o direito penal é o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador das decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito (Direito Penal Brasileiro – I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40).

2 F. Antolisei. *Munuale di diritto penale, parte generale*. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 3.

As normas penais, notadamente as constitucionais-penais, estabelecem ainda a respectiva conformação político-jurídica estatal: liberal, democrática, autoritária, teocrática etc. Os limites do direito penal são, pois, os limites do próprio Estado.

O conceito dado inicialmente parece também confundir direito penal com legislação penal, isto é, confunde lei e direito, embora sejam coisas distintas, como ainda veremos.

Num sentido lato, o direito penal é, portanto, um sistema de princípios e regras que estabelece as condições de legitimação e de deslegitimação da jurisdição penal, que é o poder de dizer o direito. Diz-se *lato* especialmente porque esta definição compreende também o processo e a execução penal.

Num sentido estrito, é a parte do ordenamento jurídico que define as infrações penais e comina as sanções, bem como institui os fundamentos e as garantias que regulam o poder punitivo estatal.

Cabe também conceituá-lo, como faz García-Pablos, sob o enfoque dinâmico e sociológico, como um dos instrumentos do controle social formal por cujo meio o Estado, mediante determinado sistema normativo (as leis penais), castiga com sanções negativas de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas mais nocivas para a convivência, assegurando a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo.³

É certo ainda que, por meio da expressão *direito penal*, é designada a *ciência* do direito penal. Nesse sentido, o saber ou a ciência penal tem por objeto o conhecimento, a interpretação, a sistematização e a crítica do direito positivo.⁴

Por fim, é importante notar que o direito penal é, em si mesmo, uma forma de violência (penas etc.) que se pressupõe justa e necessária relativamente às violências que regula e combate (os crimes), de modo que o direito penal é violência – nem sempre legítima – a serviço do controle da violência – nem sempre ilegítima.

O direito penal é, pois, uma espada de duplo fio, porque é lesão de bens jurídicos para proteção de bens jurídicos (Franz von Liszt). Afinal, pretende combater crimes (homicídio etc.) por meio de graves constrangimentos à pessoa humana, os quais podem variar de uma simples multa à pena de morte, que é uma espécie de assassinato legal.

A violência não é, portanto, estranha ou extrínseca ao direito, mas inerente à ideia e à realidade mesma do direito. O direito penal é violência a serviço do controle da violência.⁵

3 Derecho penal: introducción. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 1-2.

4 García-Pablos, cit., p. 298.

5 Jacques Derrida escreveu: "...tal situação é, de fato, a única que nos permite pensar a homogeneidade do direito e da violência, a violência como exercício do direito e o direito como exercício da

E tão importante quanto o controle da violência é a violência do controle penal.⁶

1.1. Relação entre Direito Penal e Direito Processual Penal

O direito penal não se confunde com o direito processual penal.

Com efeito, se o direito penal define os crimes e comina as penas, por sua vez o processo penal disciplina o modo como se dará a apuração dos delitos e a aplicação das penas. Ou seja, o processo penal estabelece as condições (princípios etc.) de legitimação da jurisdição penal, dispondo sobre quem pode investigar, acusar e julgar as infrações penais, como isso ocorrerá (ação penal etc.) e quando se realizará (prazos etc.).

O direito processual penal é, por conseguinte, a parte do ordenamento jurídico que institui e organiza os órgãos públicos que cumprem a função jurisdicional do Estado e disciplina os atos que integram o procedimento necessário para a aplicação de uma pena ou medida de segurança.⁷

Ao processo penal incumbe, enfim, regular o direito de ação, definir competências, fixar o procedimento e meios de prova, bem como estabelecer as providências cautelares pessoais e reais (prisões etc.) e recursos necessários à aplicação do direito penal, razão pela qual o processo penal nada mais é do que um *continuum* do direito penal, ou seja, é o direito penal em movimento⁸, razão pela qual formam uma unidade. Afinal, e

violência. A violência não é exterior à ordem do direito. Ela não consiste, essencialmente, em exercer sua potência ou uma força brutal para obter tal ou tal resultado, mas em ameaçar ou destruir determinada ordem de direito, e precisamente, nesse caso, a ordem de direito estatal que teve de conceder esse direito à violência, por exemplo, o direito de greve.” Força de Lei. Martins Fontes: S. Paulo, 2007, p. 81. Também Kelsen observou “O Direito e a força não devem ser compreendidos como absolutamente antagônicos. O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias. O Direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada ‘proibida’; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz o uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade.” Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luíz Carlos Borges. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 30.

6 Vera Regina Pereira de Andrade. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1997.

7 Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos. 3. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 75. De acordo com José Frederico Marques, o direito processual penal é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares. Elementos de direito processual penal, v. 1. São Paulo: Forense, 1965, p. 20.

8. Como escreve Fernando da Costa Tourinho Filho, “é o Direito Processual Penal que dinamiza o Direito Penal. O Direito Penal material é a energia potencial; o Direito Processual Penal é o meio

como assinala Aury Lopes Jr., não existe crime sem castigo, nem castigo sem crime e processo, nem processo criminal senão para determinar um crime e impor um castigo.⁹

Ademais, se, como veremos, a interpretação constitui a própria realização do direito, e não a constatação de um direito preexistente, razão pela qual o direito não existe *a priori*, mas *a posteriori*, segue-se, então, que essa realização se dá por meio do processo penal, que cria as condições de legitimação/deslegitimação da jurisdição penal. Como ensinava Calmon de Passos, “não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.”¹⁰

O processo penal é, em suma, o modo constitucionalmente legítimo de realização do direito penal.

Efetivamente, não pode haver direito penal sem processo penal, porque é por meio do processo que o Estado, detentor do poder de punir,¹¹ determinará, por exemplo, se houve crime, quem é seu autor, se a prova produzida é lícita, se se agiu ou não amparado por excludentes de ilicitude ou de culpabilidade etc.. Por isso é que entre o direito penal e o processo penal há uma relação de mútua referência e complementaridade,¹² visto que o direito penal é impensável sem um processo penal (e vice-versa). Daí dizer Calmon de Passos que a relação entre o direito material e o processo não é uma relação apenas de meio e fim, isto é, instrumental, mas uma relação integrativa, orgânica, substancial, uma vez que o direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço, e, pois, somente o é depois de produzido.¹³

A função essencial do processo é criar, portanto, as condições de realização de um direito justo ou ao menos conforme as garantias de um direito penal democrático.¹⁴

pelo qual essa energia pode colocar-se, concretamente, em ação.” Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 54.

9. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.
10. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Revista de processo, n° 102. São Paulo: RT, 2001, ano 26, abril-junho de 2001.
11. Segundo Aury Lopes Júnior, o processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena, visto que o direito penal é desprovido de coação direta e, diferentemente do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente, in Introdução Crítica ao Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3.
12. Figueiredo Dias, Jorge. Direito Processual Penal. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpresão), 2004, p. 28.
13. J. J. Calmon de Passos. Direito, poder, justiça e processo. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 52 e 68.
14. De acordo com Pontes de Miranda, “a finalidade preponderante, hoje, do processo é realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos (...). O processo não é mais que do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo. Daí dizerem alguns autores que é meramente instrumental. Tratado das ações, tomo I. Campinas, SP: Bookseller, 1998, p. 245/246.

Como observa Roxin, trata-se de um processo estruturado dialeticamente, que envolve interesses contrapostos da acusação e da defesa, e que visa a fins complexos: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a legalidade do procedimento e a estabilidade jurídica da decisão.¹⁵

Justamente por isso, os princípios que informam o direito penal (irretroatividade, inclusive) hão de igualmente valer para o processo penal, indistintamente. Também por isso, os constrangimentos previstos na legislação processual jamais poderão exceder àqueles que podem resultar da própria condenação, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade e conversão do processo em pena antecipada. Assim, não cabe, por exemplo, a prisão provisória do réu se a infração penal a que responde não comina pena privativa da liberdade ou admite a substituição por pena restritiva de direito (CPP, art. 283, § 1º).

Ademais, o princípio *in dubio pro reo*, tradicionalmente associado à valoração da prova no processo penal, é também aplicável ao direito penal, porque constitui uma dimensão do princípio da presunção de inocência. Consequentemente, existindo fundada dúvida, por exemplo, sobre se se trata de crime doloso ou culposo, de atos preparatórios ou executórios, se existe ou não nexos causal, se ocorreu ou não prescrição etc., haverá de prevalecer a tese mais favorável ao réu.

É ônus da acusação, e não da defesa, fazer prova dos fatos alegados na denúncia/queixa, ou seja, é seu dever demonstrar o cometimento de uma infração penal punível com todos os seus elementos constitutivos. Não se prova a inocência, mas a culpa. E é sempre preferível absolver um suposto culpado a condenar um possível inocente.

Apesar do que aqui se diz e se propõe, o direito penal e o processo penal são inconfundíveis, porque a prisão provisória (em flagrante delito etc.), por exemplo, não é a própria pena cominada ao crime, nem sua antecipação, a qual pressupõe um processo, sob pena de se confundir o processo de conhecimento com o processo de execução (a própria execução da pena); e, neste caso, o processo, que deveria assegurar ao réu as garantias que lhe são inerentes, com vistas à realização de um julgamento justo seria um simples pretexto para se infligir um castigo antecipado a alguém e legitimar decisões arbitrárias, como se de fato processo algum existisse.

Embora o direito penal e o processo formem um todo indissociável, não é função do processo penal (democrático) prevenir, em caráter geral ou especial, novos delitos, porque tal finalidade pressupõe um agente declarado culpado de crime segundo o devido processo constitucional. Enfim, não é possível, em princípio, falar de prevenção (positiva ou negativa, geral ou individual) relativamente a alguém que a lei tem como presumido inocente.¹⁶

15. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 4.

16. De modo diverso, Jürgen Wolter e Georg Freund. El sistema integral del Derecho penal – delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004. Para uma crítica a esses

Exceção a isso é a prisão preventiva para evitar a reiteração de crimes (garantia da ordem pública), dado o perigo concreto de que tal ocorra. Com efeito, o que de fato está em causa, relativamente à prisão provisória de membros de organizações criminosas, delinquentes habituais, multirreincidentes etc., é a segurança dos indivíduos e a proteção social, típica finalidade político-criminal que pressupõe sentença penal condenatória.¹⁷

O mesmo deve ser dito, *mutatis mutandis*, das medidas cautelares pessoais e reais decretadas para proteger a vítima ameaçada, fazer cessar a atividade criminosa, evitar novos crimes ou exercer algum controle sobre o réu fora da prisão (CPP, art. 319). Assim também ocorre com certas formas de composição previstas em lei, a exemplo da transação penal, suspensão condicional do processo etc.

Por fim, também a execução penal, última etapa de realização do direito penal, há de reger-se pelos princípios constitucionais do direito e processo penal, pois o direito, apesar de dividido em ramos, pretende ser um só. Assim, modificações legislativas criadas em desfavor do condenado não podem atingir as condenações por crimes cometidos anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei mais severa (*v. g.*, uma lei que abolisse o livramento condicional deveria ser aplicada somente aos crimes cometidos posteriormente à sua vigência).

Em conclusão, e contrariamente à doutrina e à jurisprudência ainda hoje majoritárias, temos que os princípios que informam o direito penal não de também valer para o direito processual penal e execução penal, de modo a conferir-lhes tratamento unitário e conforme a Constituição.¹⁸

autores, Fernando Díaz Cantón. Vicisitudes de la cuestión de la autonomía o dependencia entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal. In Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.

17. Parte da doutrina tem que a prisão preventiva para garantia da ordem pública é inconstitucional, por violação ao princípio da presunção de inocência. Ferrajoli propõe inclusive, a abolição pura e simples de toda e qualquer prisão provisória (Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 559/561). Não estamos de acordo com isso. É que, para reconhecer essa ideia extrema, teríamos de partir, lógica e coerentemente, de uma premissa igualmente extrema, isto é, que o princípio da presunção de inocência é absoluto e não comporta uma tal exceção. Ocorre que, se essa tese estiver correta, teríamos de concluir, logicamente, que toda e qualquer medida cautelar pessoal ou real, e não só a prisão preventiva para evitar a reiteração de delitos e semelhantes, seria inconstitucional, já que sempre implicaria um juízo provisório de culpa e, pois, uma relativização (indevida) do princípio da não culpabilidade. Ademais, se a prisão preventiva, nesse caso específico, tem ou não natureza cautelar, isso depende do conceito de cautelaridade de que se parte. Finalmente, se entendermos que casos tão extremos não legitimam a prisão provisória, é improvável que as demais hipóteses legais (conveniência da instrução criminal etc.) possam fazê-lo. Não obstante isso, é certo que na prática é frequente o abuso da prisão preventiva a pretexto de garantir a ordem pública.
18. Também por isso, é recomendável que as reformas penais e processuais sejam feitas simultaneamente e seguindo uma mesma linha político-criminal.

É que, apesar da distinção, direito penal, processo penal e execução penal constituem momentos de um mesmo fenômeno, que é o exercício do poder punitivo estatal, destinados a legitimar/deslegitimar uma forma especial, real e simbólica de violência: a pena.

1.2. Conceito de Direito: limites de um conceito

Dizer que o direito penal é a parte do ordenamento jurídico que define crimes e comina penas, é dizer muito pouco, mesmo porque nada foi dito sobre o que vem a ser o direito *realmente*. E o *direito penal*, antes de ser *penal*, é *direito*; e, pois, sujeito, em princípio, aos mesmos fins e limites de todo o direito.

Pois bem, em primeiro lugar, o direito é um conceito, tal qual justiça, moral, ética ou estética. E como conceito, remete necessariamente a outros conceitos: lei, ordem, segurança, liberdade, bem jurídico etc., que também reenviam a outros tantos, motivo pelo qual só se pode obter um conceito de direito por meio de remissões, associações.¹⁹

Em segundo lugar, o mais elaborado ou prestigiado conceito de direito é apenas um entre vários conceitos possíveis, de sorte que traduz em última análise o ponto de vista de seu autor ou de quem o adota, afinal outros tantos conceitos, mais ou menos exatos, mais ou menos amplos, são igualmente possíveis.²⁰ Também por isso, um conceito constitui uma apreensão sempre parcial do mundo num universo de possibilidades; um conceito é uma simplificação, uma redução.²¹

Em terceiro lugar, todo conceito, como representação (formal) do pensamento, pouco ou nada diz sobre o seu conteúdo, isto é, pouco ou nada diz sobre as múltiplas

19. Cada conceito remete a outros conceitos, não somente em sua história, mas em seu devir ou suas conexões presentes. Cada conceito tem componentes que podem ser, por sua vez, tomados como conceitos (...). Os conceitos vão, pois, ao infinito e, sendo criados, não são jamais criados do nada. Giles Deleuze e Félix Guattari. *O que é filosofia?* S. Paulo: Editora 34, 2005.

20. Eis alguns conceitos: “o direito é, pois, o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade” (Kant, *Metafísica dos costumes*, parte I. Lisboa: Edições 70, p. 36); “o domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo” (Hegel, *Princípios de filosofia do direito*, trad. Orlando Vitorino. São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 12); “Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores” (Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 67).

21. Na Física a situação não é diversa, porque, de acordo com Fritjof Capra, “a Física moderna confirmou, de forma dramática, uma das ideias básicas do misticismo oriental: a de que todos os conceitos que utilizamos para descrever a natureza são limitados, e não são características da realidade, como tendemos a acreditar, mas criações da mente, partes do mapa e não do território. Sempre que expandimos o reino de nossas experiências, as limitações da nossa mente racional tornam-se evidentes, levando-nos a modificar, ou menos a abandonar, alguns de nossos conceitos. *O Tao da Física*. S. Paulo: Cultrix, 1995, p. 126.

formas que ele pode histórica e concretamente assumir, até porque, embora pretenda valer para o futuro, é pensado a partir de uma experiência passada, a revelar que definir algo é de certo modo legislar sobre o desconhecido.²² Também por isso, um conceito, como expressão da linguagem, é estruturalmente aberto, e, pois, pode compreender objetos históricos os mais díspares (v. g., o conceito de legítima defesa depende do que se entenda, em dado contexto, por “injusta agressão”, “uso moderado dos meios necessários” etc.). Conceitos são cheques em branco.

Em quarto lugar, um conceito, que é assim socialmente construído, só é compreensível num espaço e tempo determinados, motivo pelo qual, com ou sem alteração de seus termos, está em permanente transformação, afinal um conceito encerra uma convenção (sempre provisória), e está condicionado por pré-conceitos ou pré-juízos. Por isso é que o legal e o ilegal, o lícito e o ilícito variam no tempo e no espaço, independentemente (inclusive) da alteração dos termos da lei, até porque o direito existe com ou sem leis (v. g., comunidades ou países que seguem um direito costumeiro). Todo conceito, como todo texto, pressupõe um dado contexto.

Exatamente por isso, o que é justo hoje ou o foi ontem não será necessariamente amanhã. Pode ocorrer, inclusive, de se ter por justo e legal num dado momento algo que se tornará injusto e ilegal – e eventualmente criminoso – em momento posterior (v. g., a discriminação de homossexuais ou de filhos havidos fora do casamento, danos ao meio ambiente), podendo-se imaginar que no futuro, tal como já ocorre nalguns países, muito do que atualmente é ilegal se tornará legal (e vice-versa), como a eutanásia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção por tais casais, a mudança de sexo etc. Aliás, historicamente nem todas as pessoas foram consideradas como sujeitos de direito (v. g., estrangeiros, prisioneiros de guerra, mulheres, escravos).²³ O ser do direito é um devir.²⁴

Não existe, portanto, direito vagando fora ou além da história, nem fora ou além das relações de poder que o constituem. Afinal, o tempo – são palavras de Kant – é a condição formal *a priori* de todos os fenômenos em geral, uma vez que todos os objetos dos sentidos estão no tempo e necessariamente sujeitos às relações do tempo.²⁵

22. Talvez por isso, tenha dito Nietzsche que “conhecimento em si no devir é impossível; como é, portanto, possível conhecimento? Como erro sobre si mesmo, como vontade de poder, como vontade de ilusão.” Vontade de poder, cit.

23. Também por isso, não é correto criticar a justiça ou injustiça de um ato ou instituição (v. g., a escravidão) desconsiderando o contexto em que surgiram. Não é de admirar, por isso, que no futuro, tal como já ocorre nalguns países, se for abolida a repressão ao tráfico ilícito, drogas passem a ser vendidas em drogarias e a história da sua repressão seja vista como selvageria ou algo similar.

24. Devir ou vir a ser. 1. O mesmo que mudança. 2. Uma forma particular de mudança, a mudança absoluta ou substancial que vai do nada ao ser ou do ser ao nada. Nicola Abbagnano. Dicionário de Filosofia, cit., p. 268.

25. Crítica da razão pura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 73.

Naturalmente que, apesar de inexistir um direito a-histórico, atemporal, existem pessoas que assim se pretendem, isto é, que são de tal modo conservadoras que estão em permanente conflito com os valores de seu tempo.

Em quinto lugar, o conceito de direito, tal qual o conceito de justiça, liberdade, igualdade, e diferentemente do conceito de cavalo, automóvel etc., que dizem respeito a algo concreto, não remete a uma coisa, a um objeto, propriamente, mas a relações e conflitos que daí resultam (v. g., pais/filhos, empresa/empregados, autores/vítimas, Estado/criminosos etc.). Exatamente por isso, o direito não é um conjunto de artigos de lei, mas um conjunto de relações humanas.²⁶

Espinosa tinha razão, portanto, quando dizia que o bem (leia-se o *lícito*) e o mal (leia-se o *ilícito*) não são coisas reais (*entia realia*), mas entes da razão (*entia rationis*); logo, são apenas relações, e que, por isso, não existem na natureza, “pois jamais se disse que algo é bom senão em relação a outro que não é tão bom ou não nos é tão útil como o primeiro. E, assim, quando alguém diz que um homem é mau, não o diz senão em relação a outro que é melhor; ou, também, que uma maçã é má, senão em relação a outra que é boa ou melhor”.²⁷ Ou, ainda, como escreve Michel Onfray: “o bem e o mal, o verdadeiro e o falso, o justo e o injusto, o belo e o feio pertencem a decisões humanas, contratuais, relativas e históricas. Essas formas não existem *a priori*, mas *a posteriori*, elas devem se inscrever na rede neuronal para ser: não há moral sem as conexões neuronais que permitam sua existência.”²⁸

Finalmente, todo conceito é construído pela equiparação de coisas desiguais e, por isso, constitui uma universalização do não universal, do singular; um conceito nasce, portanto, da postulação de identidade do não idêntico.²⁹ O conceito de crime, por exemplo, refere-se a um sem-número de condutas que a rigor nada têm em comum, à exceção da circunstância de estarem formalmente tipificadas: matar alguém, subtrair coisa alheia móvel, emitir cheque sem provisão de fundos, portar droga para consumo pessoal, abater espécime de fauna silvestre etc. (espécime que pode variar de uma minhoca ou uma borboleta a uma onça pintada), conceitos, que, por sua vez, unificam coisas díspares.

Com efeito, não existe um homicídio absolutamente igual a outro homicídio, nem um furto absolutamente igual a outro furto, nem um crime ambiental absolutamente igual a outro, pois as múltiplas variáveis que sempre envolvem tais atos tornam cada ação humana singular, única, irrepetível. Enfim, um conceito é formado pela eliminação

26. Arthur Kaufmann. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

27. *Breve Tratado de Deus, do homem e de seu bem-estar*, São Paulo: Autêntica editora, 2012, p. 86/87.

28. *A potência de existir*. Michel Onfray. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 47.

29. Nietzsche, Friedrich. *Sobre verdade y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Tecnos, 1996.

do que há de particular em cada ato; e quanto mais exato, mais abstrato e mais vazio de conteúdo se torna.³⁰

Aliás, a analogia, que tradicionalmente tem merecido um tratamento secundário, não constitui (conforme veremos) um elemento accidental, mas essencial ao conhecimento/interpretação, pois o belo e o feio, o justo e o injusto, o legal e o ilegal, são construídos em verdade a partir de comparações (analogias), isto é, recorrendo-se, conscientemente ou não, a experiências (sempre novas) de beleza, de justiça e de legalidade. O direito não é um saber lógico, mas analógico.

Por fim, o conceito de direito não é a própria coisa (práticas sociais etc.) que designamos como direito, assim como o conceito de automóvel não é o próprio automóvel.³¹ Um conceito é essencialmente uma imagem; ela mesma um conceito.

De tudo isso resulta que o direito não está previamente dado, pois é parte da construção social da realidade; e, portanto, o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, razão pela qual a interpretação não é um modo de desvelar um suposto direito preexistente, mas a forma mesma de realização do direito. Enfim, não é mais a interpretação que depende do direito (ou da lei), mas o direito (ou a lei) que depende da interpretação.

Que é, pois, o direito? Sob essa perspectiva, o direito é um conjunto móvel de metáforas e metonímias.³²

1.3. Conceito de Direito: o *Direito não existe*

Três graus de latitude modificam toda a jurisprudência, um meridiano decide acerca da verdade. Curiosa justiça que um rio delimita! Verdade aquém dos Pirineus, erro além. O latrocínio, o incesto, o assassinato das crianças, tudo encontrou seu lugar entre as ações virtuosas. Pode haver algo de mais absurdo que um homem ter o direito de matar-me porque mora do outro lado do rio, e seu príncipe é contendor com o meu, embora eu nada tenha contra ele? Pascal. Pensamentos sobre política. São Paulo: Martins Fontes, 1994, aforismo 76.

30. Nietzsche, Friedrich. Sobre verdad y mentira en sentido extramoral. Madrid: Tecnos: 1996.

31. De acordo com Flávio Kothe, “jamais o que se tem na mente pode ser ‘idêntico’ à ‘coisa como tal’, já porque são duas existências distintas e irreconciliáveis numa só. Já por isso ninguém poderia, portanto, pretender absoluta ‘adequação’, já que existe uma inadequação constitutiva.” Ensaios de semiótica da cultura. Brasília: Editora UnB, 2011, p. 56.

32. Eis textualmente o que Nietzsche escreveu a propósito da verdade: “¿Qué es entonces la verdad? Un hueste em movimiento de metáforas, metonimias, antropomorfismos, en resumidas cuentas, una suma de relaciones humanas que han sido realizadas, extrapoladas y adornadas poetica y retóricamente y que, después de un prolongado uso, un pueblo considera firmes, canónicas y vinculantes; las verdades son ilusiones de las que se ha olvidado que lo son; metáforas que se han vuelto gastadas y sin fuerza sensible, monedas que han perdido su troquelado y no son ahora ya consideradas como monedas, sino como metal”, cit., p. 25.

É importante notar ainda que o que a tradição nos legou com o nome de *Direito* não é uma coisa, isto é, não tem uma essência, uma substância; não existe ontologicamente, independentemente da representação que fazemos a seu respeito, porque constitui uma criação humana, que nasce e morre com o homem, ou seja, o direito não é sólido, nem líquido, nem gasoso, nem animal, nem vegetal.³³

Com efeito, “aquilo que uma teoria do direito objetiva como *direito*”, são palavras de François Ewald, “como natureza do direito, como essência do direito, não tem existência real. O Direito – demos-lhe maiúsculas – não existe. Ou antes, não existe a não ser como um nome que não reenvia a um objeto, mas serve para designar uma multiplicidade de objetos históricos possíveis – que, como realidades, não têm os mesmos atributos, e que podem mesmo ter atributos irreduzíveis”,³⁴ de sorte que, assim como não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos,³⁵ tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos, pois nada é onticamente jurídico, lícito ou ilícito, mas socialmente construído. Em direito nada é dado; tudo é construído.

Em conclusão, o direito é o que dizemos que ele é, porque o direito, como de resto quase tudo que diz respeito ao homem, não está no fato ou na norma em si, mas na cabeça das pessoas, de modo que podemos afirmar, parafraseando o Evangelho (Lucas, 17:21), que o reino do direito está dentro de nós, e que nós o criamos e recriamos permanentemente, dando-lhe distintos significados a cada momento de sua produção segundo um dado contexto histórico-cultural. Dito de outra forma: o direito e o não direito, tal qual o justo e o injusto, o pio e o ímpio, o moral e o imoral, o ético e o estético, é em nós que ele existe!³⁶

33. Calmon de Passos. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67-68.

34. Foucault, *A norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993, p. 160. De modo similar, Calmon de Passos afirma que o direito “enquanto apenas formulação teórica, enunciado normativo, proposição ou juízo, ainda não é o Direito”, pois “o Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja aplicação é possível mediante simples utilização de determinadas técnicas e instrumentos, com segura previsão das consequências”, razão pela qual “O Direito, em verdade, é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado”. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67-68). Não por outra razão, Oliver Wendell Holmes afirmava que o que o direito realmente faz é criar profecias sobre o que os tribunais farão de fato. Textualmente: “the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”, apud Arthur Kaufmann, *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

35. Nietzsche, Friedrich. *Para além do bem e do mal*, trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 92, aforismo 108.

36. Só assim se explica, por exemplo, que, interpretando a Constituição americana, que vigora há séculos, tenha a Suprema Corte entendido, inicialmente, que o racismo era constitucional; mais tarde (década de 1950), passou-se a considerá-lo parcialmente inconstitucional; e, finalmente, a partir da década de 1970, prevaleceu o entendimento de que o racismo é inteiramente inconstitucional. O que mudou, se o texto da lei é o mesmo desde então? A resposta é: o homem que o interpreta!

Daí que o direito, como o poder, não é uma coisa, mas relações/interações/interpretações/decisões, que é algo que se exerce, que se efetua, que funciona como uma máquina social que não está situada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social.³⁷ Constitui, por isso, uma grande simplificação supor que o Estado seja a única fonte de direito ou que o direito se esgote no direito legislado,³⁸ já que cada um carrega dentro de si seus microssistemas jurídicos, e os faz, ou tenta fazê-los prevalecer, nos seus espaços de interação/exercício de poder.

Dizemos, por exemplo, o direito penal, primeiro, por meio dos processos de criminalização primária que vão culminar na edição de uma lei que diga o que é e não é crime, porque assim o exige o princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX); segundo, por meio dos processos de criminalização secundária, isto é, através das ações e reações das pessoas e instituições direta ou indiretamente envolvidas com o crime (Judiciário, Ministério Público, polícia etc.).

Assim, se não há crime (nem pena) sem lei anterior que o defina, segue-se que, por mais que uma determinada conduta humana seja imoral e socialmente reprovável, se não houver lei que a declare criminosa, criminosa não é, sendo jurídico-penalmente irrelevante. É a lei, portanto, que cria o crime, é a lei que cria o criminoso. Numa palavra: só é crime o que o legislador diz que é.³⁹

37. Roberto Machado. Por uma genealogia do poder, in Michel Foucault, *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1995, p. XIV.

38. Não sem razão, Boaventura de Souza Santos refere, além do direito estatal ou territorial, o direito doméstico, o direito de proteção, o direito da comunidade e o direito sistêmico, classificação que não é exaustiva. O direito doméstico – grandemente informal – é o direito do espaço doméstico, o conjunto de regras, de padrões normativos e de mecanismos de regulação de conflitos que resulta da, e na, sedimentação das relações sociais do agregado doméstico; o direito da produção é o direito da fábrica ou da empresa, o conjunto de regulamentos e padrões normativos que organizam o cotidiano das relações do trabalho assalariado: códigos de fábrica, regulamentos da linha de produção, códigos de condutas dos empregados etc.; o direito da comunidade, como sucede com o espaço da comunidade, é uma das fontes de direito mais complexas, na medida em que cobre situações extremamente diversas, podendo ser invocado tanto pelos grupos hegemônicos como pelos grupos oprimidos; finalmente, o direito territorial ou estatal é o direito do espaço da cidadania e, nas sociedades modernas, é o direito central na maioria das constelações de ordens jurídicas, sendo que, ao longo dos últimos duzentos anos, foi construído pelo liberalismo político e pela ciência jurídica como a única forma de direito existente na sociedade, in *Crítica da razão indolente*, São Paulo, Cortez, 2000, p. 290 e ss.

39. Apesar disso, tem razão Niklas Luhmann quando, de uma perspectiva distinta, assinala que “o direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, portanto, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo. Ele envolve um filtro processual, pelo qual todas as ideias jurídicas têm que passar para se tornarem socialmente vinculativas enquanto direito. Esses processos não geram o direito propriamente dito, mas sim sua estrutura em termos de inclusões e exclusões; aí se decide sobre a vigência ou não, mas o direito não é criado do nada. É importante ter em mente essa diferença, pois de outra forma a concepção do direito estatuído através