
Ciência estratégica do Direito e Direito Penal Econômico estratégico (fragmentos teóricos de *uma nova intuição* acerca da ciência do direito e da ciência criminal secundária)

Strategic Science of Law and Strategic Economic Criminal Law - theoretical fragments of a new intuition on the science of criminal law and secondary criminal science

Luciano do Nascimento Silva

Professor Associado do Centro di Studi sul Rischio dalla
Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università del Salento, Itália
Professor Visitante no Centro de Humanidades da
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB
Pesquisador do CNPq e CAPES.

RESUMO: As presentes letras jurídico-filosóficas informam as primeiras linhas cognitivas do mundo das ideias traduzidas no que intitulamos de pensamento estratégico aplicado à ciência do direito e do direito penal econômico. Tradução de ruptura com o pensamento moderno ou iluminista jurídico-teológico de matriz formal e legalista, expressão de um positivismo puro. O pensamento estratégico da ciência do direito procura demonstrar uma nova intuição sobre o direito e acerca do direito penal moderno, fundada em matrizes como, por exemplo, o funcionalismo cultural, histórico e socioantropológico; teorias do pensamento político de construção do modelo de Estado moderno na renovação dos assuntos estatais; e, na infinitude cognitiva do pensamento estratégico de guerra. **Palavras-chaves:** Direito Penal Econômico; Pensamento Estratégico; Teoria Estratégica do Direito.

1. A teoria estratégica do direito

Uma teoria estratégica?¹ Uma teoria estratégica do direito? Uma teoria estratégica do direito penal econômico? Sim, exatamente isto. Mas o que é esta teoria estratégica? E, mais ainda, o que quer

¹ O texto ora apresentado corresponde originalmente aos primeiros lineamentos – origem e evolução da construção teórica da matriz da filosofia do direito penal moderno – do que passamos a intitular de *teoria estratégica da ciência do direito e teoria constitucional do direito penal econômico estratégico*, traduzida no trabalho dissertativo de Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), sob a orientação acadêmica dos Professores Catedráticos Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade. Trabalho doutoral intitulado “*Critérios Constitucionais de Fundamentação do Direito Penal Econômico Estratégico – a teoria da definição das estruturas clássicas do direito penal em seu novo perfil – teoria estratégica – e dos princípios constitucionais na proteção dos bens jurídicos supraindividuais*”.

significar o emprego da estratégia no direito? Trata-se, de maneira inaugural, de uma teoria de transportação e transposição, como muitas outras, presentes no Direito². A matriz estratégica aqui intitulada encontra sua origem longínqua em dois planos fundamentais: primeiro, no *pensamento político* que originou o modelo do Estado moderno por Niccolò Machiavelli³ e Thomas Hobbes⁴ e na vertente do *ius puniendi* como exercício do poder político pioneiramente construída no século 19 por Tobias Barreto⁵; e, segundo, no pensamento estratégico de guerra de Karl

² Entende-se como exemplo de transportação a *teoria da imputação*, construção filosófica original de Hegel que depois foi comentada como *conceito de imputação objetiva* por Larenz na sua tese de doutorado (*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*) no campo do Direito Civil, em 1927, e que um pouco mais a frente foi transportada por Honig (*Kausalität und objektive Zurechnung*) para a esfera do Direito Penal, em 1930. Modernamente (em publicação de livro em homenagem a Honig) ela aparece nos estudos de Roxin (*Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*), em 1970, que baseado na concepção formulada por Honig introduz a inovação, dentre outras, da *idéia de risco e perigo* no instituto da imputação penal. Já quanto ao termo transposição pode-se mencionar o exemplo da *teoria da autopoiese*, do campo da biologia molecular (estudos neurofisiológicos) de Humberto Maturana e Francisco Varela (*Autopoietic Systems ou Autopoiesis and Cognition: The Realization of Life*), que depois foi utilizada por Niklas Luhmann na construção teórica dos sistemas sociais (*Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*), e por Gunther Teubner (*Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*) na ciência do direito.

² MACHIAVELLI, Niccolò. **Il Principe**. Introduzione e note di Federico Chabod. A cura di Luigi Firpo. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1961. Também na versão eletrônica *De Principatibus*. Disponível na internet: <http://www.lastoria.org> (Storia, didattica e comunicazione All Right Reserved – Pubblicato su: 2005-12-14).

³ Ibid.

⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil [Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastic and Civil]. Tradução portuguesa do Brasil de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Pizza da Silva. 2ª edição São Paulo : Editora Abril Cultural, 1979. Também na tradução italiana de Pacchi, A. **Leviatano**. Bari-Roma, Laterza, 1989; e ainda, na tradução castelhana Sánchez Sarto, Manuel. **Leviatan** – o la Materia, Forma y Poder de una Republica, Eclesiastica y Civil. 2ª edición. México : Fondo de Cultural Económica, 1993.

⁵ BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C. Editores, 1884; MERCADANTE, Paulo. PAIM, Antonio (Orgs.). BARRETO, Luis Antonio (Dir.). LIMA, Jakson da Silva (Col.). **Estudos de Direito III** (Edição Comemorativa – Governo do Estado de Sergipe/Secretaria de Estado de Cultura e Meio Ambiente). Rio de Janeiro: Editora Record, 1991; BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito** (Parte I – Filosofia do Direito. II – Sobre uma nova intuição do direito; III – Introdução ao estudo do direito; IV – Idéia do direito; Parte II – Direito Criminal. I – Fundamento do direito de punir; IV – Delitos por omissão; VI – Mandato criminal). Campinas: Bookseller, 2000.

von Clausewitz⁶ e no que se denomina comumente como sendo uma *teoria da ação estratégica*⁷ ou *teoria geral da estratégia*⁸, na sua concepção original, ontológica, histórica e clássico-medieval da renovação dos assuntos de Estado. O direito estratégico é um direito político (*directu politicu*); uma estratégia jurídico-político-econômico-social de base constitucional. Fala-se, portanto, das mais diversas formas de estratégia: a “estratégia militar”; a “estratégia teológica”; a “estratégia política”; a “estratégia econômica”, etc., até mesmo de uma “estratégia jurídica” quando a referência é feita no que concerne a uma atuação no processo, no campo da defesa processual. Mas, em momento algum se propugnou por um pensamento do Direito como uma Teoria Estratégica⁹ em que o jurídico é colocado como um instrumento científico-metodológico da apropriação simultânea direta e aplicada do seu objeto caracterizador de ciência. Mas o que é, exatamente, esta *apropriação simultânea direta e aplicada*?

O apontamento original que surge aqui reside na interpretação filosófica fornecida sobre o significado do Direito. Sustenta-se – numa construção teórica inicial – um pensamento do fenômeno do Direito como uma Teoria Estratégica.

⁶ Vejam-se: WATTS, Barry D. **Clausewitzian Friction and Future War**. Washington, DC: Institute for National Strategic Studies - National Defense University - McNair Paper 52, 1996; ARON, Raymond. **Pensar a Guerra, Clausewitz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986; SANTOS, J. Loureiro dos. **Incursões no domínio da estratégia** (Segunda Parte – Teoria Geral da Guerra. Conceito de guerra segundo Clausewitz). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983; MORAVEC, Emanuel. **Rumos da Estratégia Contemporânea** – sentido e significado da guerra actual (capítulo – “A luta das ideias”). Lisboa: Edições Alma, 1941.

⁷ FERNANDES, António Horta. **O Homo strategicus – ou a ilusão de uma razão estratégica**. Lisboa: Edições Cosmos – Instituto da Defesa Nacional, 1998.

⁸ SANTOS, J. Loureiro dos. **Incursões no domínio da estratégia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. ALVES, José Lopes. **Estratégia – panorama geral da sua teoria**. Lisboa: Dom Quixote, 1999.

⁹ O Direito como Teoria Estratégica numa afirmação de *ciência*, como conhecimento global (uno) que se acende mediante leitura, pensamento reflexivo, instrução comunicacional, erudição e sabedoria (a)valorativa, numa perspectiva da identificação de um conjunto de conhecimentos socialmente adquiridos, organizados e produzidos, num reconhecimento histórico de acumulação, composto de uma gênese da mundialização e realizado no *trialismo* do objetivismo, estrategismo e pragmatismo, com elementos que lhe permitem uma *transmissão científica*, dotado de estruturas, métodos e metodologias, teorias e linguagens especificamente transformadas, num olhar de compreensão e orientação das atividades humanas, políticas, econômicas, sociais etc.

Uma estratégia jurídica de poder e dominação conceptiva da regulação da convivência comunitária, no plano nacional; e, do monopólio da argumentação teórica de legitimação da política de intervenção, nos planos nacional e internacional. Que se realiza por dimensões, seja numa ordem das fontes na representação matricial própria de um grupo; seja num espaço vetorial (global) num número de sua base; seja neste espaço global num número de coordenadas necessárias à determinação unívoca elástico-abstrata de seus pontos; ou ainda, no número mínimo de variáveis necessárias à descrição analítica de seu conjunto, na formação do núcleo de poder. Momentaneamente, vislumbram-se seis planos conformadores: *a)* num entendimento do Direito numa concepção fenomenológica, numa criação espiritual e de gene epistemológico; *b)* na formulação do desenho de suas políticas de introdução, conhecimentos gerais, proposição de função e finalidade e aplicação direta; *c)* numa construção do Direito como produto principiológico na concretização dos seus elementos basilares: fundantes e estruturantes; *d)* no reconhecimento do núcleo de proteção denominado de bem jurídico, que o historicismo jurídico-político determina sua base e desenvolvimento através das gerações; *e)* numa construção do Direito como processo constituinte da ordem dogmático-normativa, na função da lei como ordenamento jurídico de regulação social; e, *f)* no seu ascender central de identificação no pronunciamento jurisprudencial em dizer o Direito, constituindo-o, declarando-o, renovando-o, transformando-o e extinguindo-o.

Por este horizonte filosófico identifica-se uma raiz estratégica do Direito, o que provoca a afirmação contundente da existência de uma “teoria estratégica do direito”¹⁰, tendo no jurídico um instrumento caracterizador científico-

¹⁰ A Teoria Estratégica do Direito num campo circunscrito dentro da ciência concernente a determinada parte ou aspecto da atividade humano-político-social. A soma dos conhecimentos

metodológico da apropriação simultânea direta e aplicada. E aqui, a resposta. Esta apropriação simultânea direta e aplicada quer significar uma estratégia em que seu núcleo científico é determinado (em partes fundamentais) pelos objetos de estudos de outras ciências. Sua construção, ou melhor a construção do seu objeto de estudo – que reside na formulação teórica global dos mecanismos proporcionais da convivência social –, constitui-se sempre mediante um método da apropriação direta dos objetos de estudo de outras concepções científicas, nomeadamente as ciências sociais e naturais, para uma aplicação direta na visão de um campo prático proporcionador de legalidade, poder e civilização. O direito, portanto, apropria-se diretamente do objeto científico da história, da antropologia, da religião, da política, da economia, da sociologia, da medicina, da biologia etc., de maneira a prescrever seu posicionamento originário como ciência, como ciência jurídica, humana e social.

O direito depois de apropriar-se dos objetos considerados de seu interesse, quando da sua conseqüente aplicação também o faz estrategicamente, ou seja, sua aplicação direta é sempre realizada por um método fragmentário e nunca por um emprego em sua totalidade ou a utilização numa única área do direito, mas sim por uma eleição das áreas consideradas estratégicas (minimização) para a realidade do direito, sempre emprega o objeto científico até o seu esgotamento funcional na visão de uma renovação em conformidade com a sua teoria geral. Em regra o papel renovador é exercido entre a jurisprudência e a produção doutrinária na sua infinita dialética, esta última, por sua vez, é considerada o próximo núcleo a ser apropriado, desta vez um fragmento interno e não externo. Todo este processo (com raízes na ontologia, normativismo e empirismo) proporciona ao direito a

humanos, habilidade intuitiva, sabedoria. Como também uma *ciência aplicada* que é produzida com a intenção de ser empregada a objetivos práticos, na esfera “básica científica” que trata dos aspectos mais gerais ou fundamentais da realidade, sem uma preocupação material das suas prescrições no binômio: *tempo e espaço*, pois estes não mais existem. A mensagem explícita de participação fundamental nos conhecimentos necessários ao exercício de um campo de atualidade social.

aquisição de um espaço científico de poder, dominação e civilização. Infalivelmente uma ciência detentora do “monopólio competente” de determinar as conformações democráticas – assim como as antidemocráticas – das sociedades modernas ocidentais. Mais ainda, estabelece uma doutrina da dominação no campo da legalidade da ação e da intervenção.

Este “império do direito” tem suscitado uma indagação que se sustenta por séculos e séculos, qual seja: o que é o direito? Esta é uma indagação que tem recebido uma série infundável no desvendar do seu real significado, as heranças clássica e medieval ocidental têm motivado as formulações para uma determinação do que é o direito (*Ubi societas, ibi ius*), seja com a filosofia, com a religião, com a história, com o próprio jurídico (legislação e jurisprudência), com o político, com a economia etc., enfim, a concepção metodológica é praticamente interminável, infinita no lapidar do direito para encontrar uma espécie de postulado definitivo, absoluto e categórico.

Partindo de um juízo crítico, extremamente crítico no que denominou de *perplexidade da teoria jurídica*, Hart lança um olhar fulminante e implacável para a indagação: o que é o direito? Abdicando de qualquer definição singular que possa fornecer ao direito uma conceituação de consenso, e mencionando uma *forma estática* de compreensão do direito em cinco pontos:

- i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; ii) regras que exigem que as pessoas compensem aquelas que por si são ofendidas de certas maneiras; iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmem direitos e criem obrigações; iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando

foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos;
v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas¹¹ (...)

(...) de forma a demonstrar que todos têm uma ideia preliminar do que seja o direito, porque persiste a indagação?

Para iniciar sua definição indefinida realiza um percurso trifásico da compreensão do Direito. Inaugura com o entendimento da definição de Austin, em que determinadas espécies de conduta humana já não são mais facultativas, mas obrigatórias num sentido específico, ou seja, diante da situação real de que uma pessoa é forçada a praticar um ato mediante uma voz de ameaça, uma promessa de ameaça concreta com instrumentos coercivos, como é o caso do assaltante. Diante desta hipótese estaria o sentido da ciência do direito; uma segunda hipótese está ligada a situação em que a conduta não é facultativa, e sim obrigatória, uma obrigação fundada em regras morais assumidas pelo direito, obrigação de conduta que subtrai do indivíduo parte de sua liberdade, seria um partilhar de vocabulário acordado entre o direito e a moral, aí estaria a essência do direito; e, uma terceira, de representação geral, baseada na existência de um sistema jurídico de *regras gerais*, assim o direito percorre seu caminho de definição. Hart, então, fornece sua definição indefinida quando diz que,

há, claro, muitos outros tipos de definição, além da forma tradicional muito simples que debatemos, mas parece nítido, quando recordamos a natureza das três questões principais que identificamos como subjacentes à questão recorrente “o que é o direito”, que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição, lhe podia dar resposta satisfatória. As questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes deste tipo de resolução. A história das tentativas para dar definições concisas mostrou isso.¹²

¹¹ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. 3ª edição. Contém um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 7.

¹² *Ibid.*, p. 21.

Na iniciativa de adotar uma definição do objeto tomando como gene a *ciência dogmática do direito* e a *apreciação judicial de casos*, de forma a estabelecer uma delimitação e um entendimento fixo do significado do direito, tendo como base a construção jurídica alemã de sua época, que fundada na lei ou na *proposição jurídica*, é que Larenz vai ofertar sua compreensão acerca do que seja o direito, na afirmação de que

por *ciência do direito* entende-se neste livro aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente constituído, ou seja, a tradicionalmente denominada Jurisprudência.¹³

No entanto, reconhece o relacionamento que o direito mantém com outras ciências (história do direito e sociologia do direito), porém, não admite um conceito de ciência do direito que seja compartilhado com a definição de outras ciências, pois, assim, no seu entendimento, proclamar-se-ia uma negação (incapacidade) da aquisição de conhecimentos obtida pelo Direito, comunga a ideia de que a fórmula fundamental deve está centrada em determinar a propriedade jurisprudencial a partir do direito. Seu ensinamento consiste em afirmar que,

determinar a especificidade da Jurisprudência, dos métodos e modos de pensamento nela utilizados, a partir da especificidade do Direito exige um conhecimento mais aproximado do seu objeto. É com efeito fácil demonstrar que qualquer metodologia jurídica depende da concepção de Direito que lhe subjaz. O Direito é um objeto por demais complexo; a ele reportam-se não só as distintas ciências particulares como também a Filosofia. A metodologia jurídica não pode existir sem a Filosofia do Direito¹⁴.

¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. [Methodenlehre der Rechtswissenschaft]. 3ª edição. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 2

¹⁴ Ibid., pp. 3-4.

Esta complexidade do Direito apontada na gama de ciências celulares de sua configuração, de uma ligação obrigatória do emprego metodológico com o *cosmos* filosófico também faz suscitar um fenômeno bem particular identificado por Englisch, que se situa no campo da apropriação direta das ciências da linguagem como a literatura, a música, a arte etc., pois estas despertam um interesse ao leigo, exerce sobre este uma magia, um encanto. Já a obra de conteúdo jurídico exerce algum fascínio apenas para os iniciantes, pois o leigo a despreza.

Responder-nos-ão, talvez, que o Direito e ciência jurídica são duas coisas diferentes, e que só esta última é suspeita aos olhos do leigo. Mas, à parte o fato de que o leigo somente se preocupa com o Direito na medida em que este é um preceito prático. Direito e ciência jurídica não são de forma alguma duas coisas assim tão diferentes. São em todo caso muito menos diferentes do que, por exemplo, a arte e a ciência (teoria) da arte, na medida em que promove a sua compreensão¹⁵.

Neste campo, que pode ser descrito como de apropriação interna, em que se debatem o Direito como fenômeno espiritual abstrato e o jurídico como ciência de delimitação, é que Englisch vai atribuir um papel de praticidade à ciência jurídica, quando afirma que

constitui um privilégio quase exclusivo da ciência jurídica, entre as outras ciências do cultural, o fato de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, pode afeiçoar o Direito mesmo e a vida que ele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência jurídica, esta há de ser uma ciência prática¹⁶.

Por um lado, se a indagação (o que é o direito?) persiste e as conceituações são diversas, inúmeras; por outro, há uma unidade de pensamento, que é quanto a sua representação no brocardo *divinarum atque humanarum rerum notitia*, em afirmar sua alma viva e forte, poderosa e dominadora. Instrumento de sabedoria e

¹⁵ ENGLISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 2001, p. 12.

¹⁶ Idem, p. 13.

conquistas. Provavelmente esta *alma viva e forte*, esteja representada na dialética conceitual do Direito, que pode ser a expressão da *existência da vontade livre ... a liberdade enquanto ideia* (Hegel); ou o *conjunto das condições do arbitrário de cada um e de outros que se articula na lei geral de liberdade* (Kant); ou como *fundamento último de todo o pensamento e juízo jurídicos* (Stammler); ou a *realidade que tem por sentido servir os valores jurídicos* (Radbruch), ou ainda o *sistema de puros conceitos fundamentais* (Kelsen, Nawiasky e Stammler). O que se nota é uma estratégia global do Direito em ora ser parte, ora o todo. De forma a figurar como total.

Uma outra configuração do Direito denominada de Teoria da Instituição, que fornece sua interpretação num contexto trifásio ou tricotômico, encontra espaço de maneira a realizar sua conformação teórica diversa daquela unicamente normativa. Para tanto estabelece um método *tridimensional* de reconhecimento em que o conceito de Direito elenca: *a)* deve reconduzir-se ao conceito de sociedade em dois sentidos recíprocos (*ubis ius ibi societas e ubi societas ibi ius*); *b)* o conceito de direito deve conter a ideia da ordem social – no sentido de exclusão dos elementos de arbítrio e força; e, *c)* a ordem social que é postulado do direito não é aquela dada pela existência da norma que disciplina as relações sociais – é a compreensão da órbita social em si mesma (o que não exclui a norma) no tempo, a sua organização, estrutura e posição, que constitui a sociedade como unidade.

Assim, para Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*) os elementos constitutivos do direito são três: a sociedade, a ordem e a organização. Ensina Norberto Bobbio que esta construção do direito pode ser assim entendida:

a **sociedade** como base de fato sobre a qual o direito existe; a *ordem* como o fim ao qual o direito tende; e a **organização** como meio para a

realização da ordem. Pode-se dizer, em síntese, que para Santi Romano o direito existe quando há uma **organização de uma sociedade ordenada**, ou por outras palavras, uma **sociedade ordenada através de uma organização** ou uma **ordem social organizada**. Esta sociedade ordenada e organizada é que Santi Romano chama de **Instituição**. Dos três elementos constitutivos o mais importante, o decisivo, é certamente o terceiro, a organização: os dois primeiros são necessários, mas não suficientes¹⁷. (Grifo nosso).

A representação da doutrina do direito como instituição quer significar também uma contestação ou reação direta ao enquadramento estatal que fora submetido o direito com o advento do Estado novo. Isto acontece num processo em cadeia numa revitalização das teorias jurídicas de tradição cristã como em Georges Renard (*Théorie de l'institution*, 1930), ora na sugestão da corrente socialista de liberdade (Proudhon), ou anarquista, ou sindicalista como em Georges Gurvitch (*L'idée du droit social*, 1932 - *Dichiarazione dei diritti sociali*, 1949). Na teoria do direito, em França, com Maurice Hauriou, e em Itália com Santi Romano. Também na Itália, com Guido Fassò, numa construção que considera *instituição* também a relação jurídica entre duas pessoas, faz da *instituição* a categoria primeira da experiência jurídica (*Storia come esperienza giuridica*, 1953), que experimentou aplicação no estudo dos ordenamentos particulares ou de concretas situações, da parte de um filósofo do direito como Cesarini-Sforza, que estuda o direito dos privados, a “autonomia privada” como um ordenamento jurídico distinto do ordenamento estatal (*Il diritto dei privati*, 1929), da parte de historicistas do direito como Grosso, que se vale da teoria de instituição e da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos para uma mais adequada compreensão do direito romano (*Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*); e, mais recentemente, da parte de um civilista, Salvatore Romano, o qual, revendo o estudo de Cesarini-

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Generale del Diritto**. (Recta Ratio - testi e studi di filosofia del diritto). Collana diretta da Francesco d'Agostino e Francesco Viola. Torino : G. Giappichelli Editore, 1993, p. 9. Para uma visão completa do Direito como *Instituição*, veja-se: MACCOMICK, Neil. WEINBERGER, Ota. **IL Diritto come Instituzione**. A cura de Massimo La Torre. (*Legal Philosophical Library - An International Series on Philosophy and Theory of Law* Edited by Carla Faralli and Enrico Pattaro). *Seminario Giuridico della Università di Bologna* (Miscellanea 8). Milano : Giuffrè Editore, 1990.

Sforza, reexamina todo o problema do direito privado à luz da teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos (*Ordenamenti giuridici privati*, 1955). Uma aplicação ao caso específico da relação entre ordenamento privado e estatal está no incomparável Piero Calamandrei (*Regole cavalleresche e processo*, 1929 – *Studi sul processo civile*)¹⁸.

A construção mais recente da teoria do direito como relação jurídica é identificada nos estudos de Alessandro Levi (*Teoria generale del diritto*, 1953). Lembra Norberto Bobbio que Levi “havia feito do conceito de relação jurídica a base sobre a qual levantou sua construção. De início fala da relação jurídica como do conceito ‘sobre o qual se funda a construção sistemática, ou científica, de todo ordenamento jurídico’. A relação jurídica é definida como o conceito fundamental do ordenamento jurídico: ‘este conceito de relação jurídica ... não o conceito de dever, nem aquele do direito subjetivo, e menos ainda aquele da norma, ... é o conceito fundamental, central do ordenamento jurídico’. A centralidade deste conceito se revela no fato de que Levi o eleva a conceito filosófico, como se fosse uma espécie de categoria fundamental e originária para a compreensão do direito”¹⁹.

O *Cosmos* do Direito não é apenas indeterminado, mas também é infinito. No entanto, numa metodologia filosófica de união, numa reunião espetacular de ideias, elaborações, construções, configurações, conformações, concepções etc., Miguel Reale oferta sua *Teoria Tridimensional do Direito*. Inicia sua formulação teórica do direito com o que chamou de *o tridimensionalismo abstrato ou genérico*, em que o faz com base numa análise fenomenológica da experiência jurídica com sua

¹⁸ Ibid., p. 11-13.

¹⁹ Ibid., p. 18.

validação no primado fundamental do historicismo, para comprovar que *o direito é tridimensional*. Sua visão do Direito elenca: “o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a *valores* determinados”²⁰. O apuramento destes elementos conformadores da composição jurídica abstrato-genérica na identificação global do Direito, seria realizado separadamente, para somente depois se ter uma ciência conjunta do direito. Uma tarefa designada aos especialistas do Direito, que mais a frente sofreria uma análise (síntese) por parte dos jusfilósofos. O direito como *fato*, estaria sob a incumbência dos sociólogos, etnólogos, psicólogos, historiadores etc; o direito como *valor* ficaria a cargo dos axiólogos e politicólogos; e, finalmente, o direito como *norma* sob a égide dos juristas e lógicos.

Diz Miguel Reale que esta compreensão reflete o antigo entendimento da filosofia como “Enciclopédia do saber científico”, e que o reconhecimento de sua viabilidade gera o que denomina de *tridimensionalismo genérico de tipo enciclopédico*²¹. Fala ainda, das concepções contrárias (Radbruch, *tridimensionalismo genérico antinômico*; Ortega y Gasset, *perspectivismo*), que não admitem a possibilidade de conciliação prática entre os pontos fundadores da teoria. Mas também, lembra que se trata de uma fase embrionária, que faz originar o denominado *tridimensionalismo específico*, como forma da sua superação. A ideia esboçada é no sentido de que os componentes (*fato*, *valor* e *norma*) são partes separadas de um todo, o Direito. E, afirma categoricamente, que o conteúdo obrigatório de qualquer análise do Direito leva em consideração os três elementos da composição teórica.

²⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 7ª edição, revista. 2º Volume. São Paulo: Edição Saraiva, 1975, p. 449.

²¹ *Ibid.*, p. 450.

Menciona ainda acerca da semelhança teórica envolvendo sua concepção tridimensional e a de Sauer, mas que sua teoria leva a um fechamento específico do conteúdo tridimensional, como uma das notas essenciais e características da experiência jurídica, o que conduz ao encontro do posicionamento esboçado por Recaséns Siches. Faz questão de lembrar que a *tridimensionalidade específica* comporta construções distintas (Sauer - ênfase ao *valor*; Jerome Haal - ao *fato social*), separadas por pontos fundamentais da composição, bem como o aparecimento das doutrinas que determinam uma possibilidade de integração fundada no *processo dialético* (Recaséns Siches - *dialética da razão vital*), na relação de passagem complementar, num mutualismo construtivista.

A partir daí esboçam-se as mais minúsculas distinções existentes nas diversas compreensões do caráter tridimensional do direito. Inicialmente, surge um determinado esquema das teorias tridimensionais, que demonstra as particulares: a) elementos constitutivos da experiência jurídica - fato, valor e norma; b) nota dominante - eficácia, fundamento e vigência (tridimensionalidade específica); c) concepções unilaterais - sociologismo jurídico, moralismo jurídico e normativismo abstrato; e, d) "a", "b" e "c" - estudo separadamente - tridimensionalidade genérica²². Sua teoria tridimensional, portanto, comporta duas vertentes fundamentais: a primeira, o tridimensionalismo abstrato ou genérico; a segunda, o tridimensionalismo específico e a unidade da experiência jurídica²³.

Para a construção do Direito como uma teoria tridimensional, quanto à primeira vertente (o tridimensionalismo abstrato ou genérico), depois de iniciar

²² Ibid., p. 451.

²³ Respectivamente os capítulos XXXV e XXXVI da **Filosofia do Direito** (1975). Infelizmente não consultamos duas obras fundamentais na sua construção filosófica do direito, que são: **Fundamentos do Direito** (1940) e **Teoria Tridimensional do Direito** (1968).

por um esclarecimento das espécies de teorias tridimensionais, Miguel Reale delinea o que denominou de “O Trialismo de Lask e o Monismo Neo-Hegeliano”, por uma incursão na Escola sudocidental alemã, especificamente nos escritos de Emil Lask, Frederico Münsk e Radbruch. Para tanto menciona a conclusão da necessidade da superação do historicismo de base empírica e do jusnaturalismo (Emil Lask), o jusnaturalismo quer extrair magicamente da absoluteza do valor o substrato empírico; o historicismo por pretender extrair o substrato absoluto do valor. Porém, ambos têm um mérito imortal, que é o de ter posto em evidência o fático e o valioso²⁴.

Uma categoria que surge no desenvolvimento do trialismo é a da *cultura* (Windelband e Rickert), na filosofia jurídica de contributos fenomenológico (Husserl) e dialético (Hegel), são proposições resolutas, que partem da antítese valor e realidade em que o Direito se submete ao estudo trifásico: realidade impregnada de significações normativas objetivas (jurisprudência, ciência do direito e método jurídico-dogmático); como um fato social (sociologia jurídica, método sócio-teorético); como valores (significações, abstrações da realidade, filosofia do direito e método crítico ou axiológico). O alcance é o da Teoria Social do Direito e Jurisprudência (Jellinek), numa determinação do mesmo como sendo um fator de realidade cultural, de comunhão na vida social; ou na representação das significações normativas na composição dogmática.

Toda esta delineação para afirmar que “essa contraposição ou antagonismo entre “realidade” e “significação”, entre “ser” e “dever ser” só se justifica à luz de uma concepção sistemática das ciências culturais; mas uma compreensão *histórica* da cultura implica o reconhecimento de uma correlação: há um *dever ser* para o filósofo do Direito como tal, cujo caráter dimana de uma validade absoluta, em uma

²⁴ REALE citando Lask. **Filosofia do Direito**, op. cit., p. 452-3.

instância supratemporal; e há um *dever ser* para o cientista do Direito, que depende de um dado empírico, da vontade da comunidade, como momento de sua validade concreta”²⁵. Este debate filosófico atinge a conclusão de Emil Lask, compreendida nas implicações dos estudos filosófico, dogmático e social do Direito, de que o objeto central da atenção jurisprudencial não é a Lei, mas sim o Direito. Tem-se assim, portanto, o quadro geral da concepção da tridimensionalidade genérica. Esta reserva uma célula para o denominado *intermezzo neo-hegeliano*, que das construções de EMIL LASK surge uma fragmentária composição de correntes (Fredrico Münck, Julius Binder, Karl Larenz e Giovanni Gentile), afirmando ou procurando superar a formulação tridimensional numa aplicação binômica: fato e norma, no *logos* da *Justitia*. Neste binômio de confirmação ou de superação fica evidenciado

o trialismo que ainda se conserva implícito na obra de Münck, que se resolve inteiramente no monismo de Binder, fiel à dialética hegeliana dos opostos: o Direito passa a ser visto como realidade ou validade concreta, tornada insubsistente qualquer distinção entre *factum* e *valor*, só concebível de um ponto de vista abstrato e intelectualista, assim como lhe parece sem sentido “o problema do fundamento da validade”: o Direito é conhecido, concebido e realizado enquanto válido, e não pode ser conhecido, nem compreendido senão como Direito vigente²⁶.

A partir de agora a análise se dirige para o campo do *Trialismo de Radbruch*, que expressa toda uma elaboração pautada na *posição relativista* de incompletude e insuficiência da *tridimensionalidade genérica ou abstrata*. O intuito realizador do tridimensionalismo de Radbruch reside no renovar da diferenciação existente entre *realidade* e *valor*, entre *ser* e *dever ser*, com a particularidade de uma oposição a doutrina de Stammler, pois sua distinção não admite o subsistir da simples antítese entre um e outro no campo do domínio. É um posicionamento do inverso, pois

²⁵ REALE citando e contestando Jellinek. Ibid., p. 454

²⁶ REALE citando Binder. Ibid., p. 455-6.

entre a categoria *juízo de existência* e a categoria *juízo de valor* é preciso estabelecer ainda uma categoria intermédia: a dos juízos *referidos a valores* (*wertbeziehenhend*); assim como, correspondentemente, entre as categorias de *natureza* e *ideal*, é preciso dar um lugar à categoria cultural, isto é: a ideia de Direito é, sem dúvida, um valor; o Direito, porém, não é um valor, mas uma *realidade referida a valores*, ou seja, um *fato cultural*²⁷.

Deste modo, transitamos, pois, dum dualismo para um *trialismo* nas maneiras possíveis de contemplar o Direito, se abstrairmos duma quarta maneira possível que é ainda a da sua contemplação religiosa. Ora, “é este trialismo que faz da Filosofia Jurídica uma Filosofia cultural do Direito”²⁸. A tridimensionalidade cultural filosófico-jurídica do Direito que esboça Radbruch, representa um processo de obrigatoriedade da exclusão, para não se chegar ou superar o trialismo e atingir o “tetralismo do direito” com a possibilidade da contemplação religiosa do Direito. O pensamento tridimensional – que em verdade é tetradimensional – de Radbruch propõe três variantes para a compreensão do Direito: do *direito como ciência* nasce o entendimento baseado na identificação deste como fenômeno cultural, com poder e capacidade de desdobrar realidades jurídicas que agregam significados aos valores; do *direito como filosofia*, como ciência do espírito, uma filosofia sempre valorativa (*bewertend*) na iniciativa de construir o Direito como valor cultural; e, do *direito como filosofia religiosa*, procurando seu entendimento numa visão de superação dos valores (*wertüberwindend*), mas fornecida com base no património cultural teológico, seria a essência do direito ou o direito sem essência.

Afirma Miguel Reale que a esta classificação se deve acrescentar uma outra, que é a atitude *não valorativa* (*wertblind*) de não observância aos valores culturais,

²⁷ REALE citando Radbruch. Ibid., p. 457.

²⁸ REALE citando Radbruch. Ibid., loc. cit.

que é característica própria da teoria social do direito, da história do direito, do direito comparado ou da sociologia jurídica. Tudo isto para concluir que,

como se vê, o trialismo de Radbruch desdobra-se em um tetralismo, mas o que é mais importante ponderar é que todas as atitudes acima discriminadas, na concepção desse mestre do relativismo jurídico, conduzem a condutas irreduzíveis e antinômicas²⁹.

A configuração do seu tridimensionalismo abstrato ou genérico alcança aquilo que apontou como sendo uma “tridimensionalidade implícita”, presente nas doutrinas de Santi Romano e Maurice Hauriou, com a identificação de suas construções do Direito como Instituição, o denominado Institucionalismo, ao qual se refere Norberto Bobbio. Para Miguel Reale, estas compreensões do Direito, de repúdio as teorias reducionistas, só poderiam ser consideradas *bidimensionais*, pois “é de cunho estritamente jurídico, mantendo-se no plano científico-positivo, sem qualquer subordinação da juridicidade a critérios deontológicos”³⁰. Sua teoria, então, aporta temporariamente no intitulado Trialismo Perspectivístico (Legaz y Lacambra e Eduardo Garcia Máyner), de raízes culturais e axiológicas, mas também contaminado pela “pureza do direito” de Kelsen, por um lado. E uma comunicação conciliatória deste “perspectivismo” na fonte de Ortega y Gasset, com o devido contributo de Hartmann e Scheler, por outro. Este “tridimensionalismo perspectivístico” estabelece sua tripartite nas concepções da fenomenologia, aporética e ontológica. E, para fechar a conformação desta primeira vertente tridimensional, analisa o que poderia ser chamado de Tridimensionalismo do Common Law (Roscoe Pound e Julius Stone), que no campo das generalidades teóricas abandonam as incursões metodológicas da dialética do espírito e da construção do justo e da verdade através do historicismo. Ratificam a experiência

²⁹ Ibid., p. 458.

³⁰ Ibid., p. 460.

jurídica na seara da sociologia como ambiente promotor das decisões pragmáticas (na desconsideração de *fato*, *valor* e *norma*), para uma negação do perceber do direito nas lições de parcialidade. O tridimensionalismo é sociológico, lógico e filosófico, de cunho fundamentalmente pragmático decisivo.

A segunda vertente do tridimensionalismo realiano, o denominado Tridimensionalismo Específico e a Unidade da Experiência Jurídica, é concebida em cinco pontos primordiais: a) a tridimensionalidade estática; b) pressupostos do tridimensionalismo dinâmico; c) valor, dever ser e fim; d) nomogênese jurídica; e, e) processo normativo e poder. A tridimensionalidade estática (Sauer) em consonância com os estudos realianos estabelece um marco de fechamento da teoria, pois realizou uma percepção da essência dos três elementos da coordenação teórica da formulação do Direito. A partir de então se atingiu o pensamento de constatação da interdependência existente dos elementos na configuração do Direito como ciência social de cunho axiológico-normativo.

Porém, há uma diferenciação explícita entre as duas concepções do “tridimensionalismo estático”. Para um, o emprego teórico tem que ser, necessariamente, universal ou cósmico numa união dos mundos da *natureza* e da *cultura* na conformação do conjunto trivalente. No âmbito de uma concepção que já foi acertadamente qualificada de “panteísmo crítico”, e cuja singularidade consiste em apresentar a realidade toda como uma combinação de “mônadas de valor”, as quais dariam sentido aos fatos, expressos em esquemas formais ou normativos³¹.

Enquanto para o outro,

só se pode falar em tridimensionalidade com referência ao plano da cultura, pois, os bens que o homem constitui, através da História,

³¹ REALE citando Sauer, *ibid.*, p. 473.

pressupõem sempre uma base fática, um valor determinante da ação, e uma forma ou norma final, consoante exposto nas páginas deste livro, destinadas à análise fenomenológica da conduta³².

Mas, vai ser nos *pressupostos do tridimensionalismo dinâmico* que surge a essência da teoria tridimensional, pois aqui se exteriorizam os pontos condicionantes irrenunciáveis para uma concretização do pensamento teórico tridimensional realiano, na lição de que

duas são condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de valor, reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento constitutivo, gnoseológico e deontológico da experiência ética; a outra é relativa à implicação que existe entre valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico social como valor, dever ser e fim³³.

Esta construção leva a teoria tridimensional realiana para a esfera macro-determinante do *valor, dever ser e fim*, no apontamento de que são os *fins* que movem o homem, este sempre expressa (ação e omissão) uma atitude finalista, na compreensão de que *um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta*. A ilação a ser realizada está na premissa de que o *dever* só aparece mediante sua conversão em *fim*, no campo da racionalidade, o que faz nascer o ponto fundamental na relação *valor e fim*, como componentes construtivos da fundamentação do Direito, envolvendo axiologia e teleologia. A análise realizada sobre a existente ligação entre *dever ser e valores* (Scheler e Hartmann), planifica a intervenção obrigatória dos axiomas. Por um lado, o olhar obrigatório da existência do *valor*, que é concreto e vivo no campo positivado; por outro, a política do reconhecimento da temática *negativista* da sua identificação e existência. A raiz do *dever ser* está representada nos *valores*, mas o inverso não corresponde a

³² Ibid., p. 473.

³³ Ibid., p. 476.

realidade do cosmo do Direito. A esta interpretação, a visão realiana é de não compreensão quanto ao propor que os valores possam ter sua aplicação de *modo indiferente* no campo da existência, já que o *dever ser* tem sua referência direcionada exatamente a este campo, o da existência.

Ora, se 'todo *dever ser* é forçosamente um *dever ser* de algo', e se todo *dever ser* se funda em valores, é sinal que estes também se referem à existência humana, na sua temporalidade total, ou seja, ao passado, ao presente e ao futuro de nosso existir. No fundo, o *dever ser* é o valor mesmo em sua projeção temporal, no sentido histórico de seu desenvolvimento total, não ficando circunscrito apenas à perspectiva do futuro³⁴.

A conclusão realiana é de que o *histórico* sim, é o que realiza os *valores*, é a História o fenômeno responsável pela materialização e existência dos valores, pois *todo fim constitui a determinação do dever ser de um valor no plano da praxis*.

Assim a concepção teórica realiana vai recusar a *nomogênese jurídica* divorciada do processo tridimensional, pois não aceita uma iniciativa de redução do entendimento do *dever ser* no campo das valorações causais, pois o conteúdo de um *valor* não pode corresponder a exteriorização unitária de um *dever ser*. O unitarismo é colocado como "equivoco" quando se analisar a gama de possibilidades que envolvem a vida humana, um *valor* não pode gerar apenas um *dever ser*, a linealidade não é comportada pelo Direito. "A nosso ver, *valor*, *dever ser* e *fim* são momentos que se desenrolam na unidade de um processo, que é a experiência total do homem, processo este que não é unilinear, e simétrico, mas antes denso de coerências e contradições, de avanços e recuos, de pausas e acelerações de ritmo, de serenidades e de crises, obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor, ideal perene, porque conatural e próprio do homem, o único entre que, originariamente, é enquanto *deve ser* com poder de

³⁴ Ibid., p. 480.

transfundir essa qualidade aos “bens culturais” que instaura”³⁵. A confecção normativa, portanto, aglomera uma série de pormenores de complementaridade, momento a momento, antes da sua conclusão de realização e preservação dos valores.

Finalmente, ascende ao processo normativo e poder para expressar uma compreensão do *Poder* como fenômeno de interação com o *processo normativo* (fato e valor), a completude da experiência jurídica no *processo nomogênético* numa correspondência da *decisão*. Esta última realiza uma função de transmissão de toda uma “experiência axiológica” na atuação do *Poder*, existe, obrigatoriamente, uma conexão.

A correlação essencial entre *nexo normativo* e *Poder* é de suma importância para uma compreensão realista do Direito, devendo notar-se que a decisão, que é a alma do Poder, não se verifica fora do processo normativo, mas inserindo-se nele, para dar-lhe atualidade ou concreção³⁶.

Realiza a afirmação de um processo conjunto de atualidade (*direito e poder*) na composição histórica, na construção e integração positivas, que se finaliza no significado de que *a convergência do Direito e do Poder é o infinito de uma lei social*.

E neste percurso interrogativo acerca do significado do Direito, atinge-se aquela que aqui é considerada como sendo “a problematização filosófica do direito” ou “o pensamento filosófico problematizado do direito”, da pena de Castanheira Neves. Um entendimento sobre o Direito que exige um desprendimento ou abandono total – isto no campo da interpretação – de qualquer

³⁵ Ibid., p. 483.

³⁶ Ibid., p. 489.

concepção de apontamento conclusivo a respeito da *realização do direito*. A original fundação, a edificação, o alteamento, a transcendência de compreender o *direito como problema*. Seja quanto a *concepção do direito*³⁷; seja quanto ao *problema e o sentido geral do direito*³⁸; seja quanto ao *contexto cultural e a crise do sentido*³⁹; seja, ainda, e, fundamentalmente, quanto ao *problema da autonomia do direito*⁴⁰. A partir da identificação do *problema da autonomia* do direito num vislumbre da representação e significado do “problema” para os modelos sociais atuais do ocidente, é que “nesse problema convergem todos os outros decisivos – imediatamente o do sentido da normatividade jurídica, mediamente o do sentido do próprio direito para nós hoje”⁴¹. A visão da problematização do direito que Castanheira Neves imprime revela uma busca não mais apenas pelos tópicos da *determinação e fundamentação do seu ser direito*, num emergir do horizonte ontológico, numa ideia múltipla dos ontologismos, que encontra seu primeiro apontamento na *interrogação pelo seu fundamento normativo*. Isto hoje, não é mais suficiente. Ou não mais dispensa a mesma importância, não se requer mais a mesma atenção.

A doutrina filosófica da problematização do direito com o seu *Cosmos* de complexidade e pluralidade dimensionais quer realizar a máxima dualista de que o direito na oportunidade que se deslegitima concomitantemente se legitima, e que este dualismo metafórico representa seu próprio gene. O que ocorre é aproveitar o momento de morte e ressurreição simultâneas do direito para se discutir *seu sentido e sua função*, assim afirma que “é o próprio problema do direito que está em causa e

³⁷ NEVES, António Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

³⁸ NEVES, António Castanheira. **Digesta** – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

³⁹ NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Boletim da Faculdade de Direito – Studia Iuridica 72. Coimbra : Coimbra Editora, 2003.

⁴⁰ NEVES, António Castanheira. **O Direito hoje e com que sentido?** – O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

⁴¹ Ibid., p. 7.

não podemos iludir. Problema que nos obriga a perguntar pelo seu *porquê* essencial – porquê o direito e particularmente hoje”⁴². E esta indagação taxativamente abandona o sentido ontológico pela perda real do seu significado, para ampliar o núcleo problemático e apontar a intenção interrogativa da concepção *problemático-constitutiva*. A ideia fundamental é buscar a solução para o campo da sua *emergência* no sistema mundo e prescrever o real sentido da sua *constituição*.

É através desse espelho que a problematização castanheiriana do direito pretende estabelecer uma abertura do discurso para se apontar ou não uma indispensabilidade da função do direito na atual *realidade humana* e, ao mesmo tempo, identificar a possibilidade concreta do seu desempenho ou substituição por outra forma de poder na atual *humana realidade* ocidental. Para tanto realiza uma enumeração problemática das coordenadas mais relevantes, com o seu início representado nas *condições essencialmente constitutivas do direito*: a) *condição mundanal*; b) *condição antropológico-existencial*, no objetivo de responder à *pergunta pelo porquê do direito*.

Esta *condição mundanal* constitutiva do direito radica sua raiz existencial na estampa singular-plural que envolve o *homem* e o *mundo*, sendo este apenas um, e aquele se apresentando numa multiplicidade. Mas também requer para si o terminológico “mundo” na construção popperiana de uma diferenciação do “*trialismo mundanal*”, que vai de uma *realidade natural física à realidade cultural-ideal*.

⁴² NEVES, António Castanheira. **Digesta** – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico ..., op. cit., p. 296-97.

Esta condição básica, que tem tanto de elementar como de irreduzível, pela qual a pluralidade dos homens se depara na unicidade do mundo, faz decerto com que os homens, ao comungarem assim o mesmo mundo, o comungam num duplo sentido: *com* os outros e *através* dos outros. Este último ponto, porque, interferindo todos na habitação do mesmo mundo, só o poderemos cada um de nós usufruir pela *mediação* dos outros – mediação negativa ou de obstáculos, mediação positiva ou de conjugação e associação⁴³.

Esta ilustração já convoca uma “constitutividade do direito” bem mais além da atualmente praticada, uma constitutiva realização do direito numa raiz relacional ponderada que o horizonte do hoje não dar o menor sinal de um olhar benevolente. Mas, só assim

numa correlatividade de situações e comportamentos que é verdadeiramente mais do que o *ad alterum* dos autores clássicos, pois é exactamente a intersubjectividade. E sendo-o, isto significa, em consequência, que a condição mundanal se converte sempre numa condição social – quer dizer, os homens só podem existir, e existir coexistindo, por uma básica mediação social a organizar⁴⁴.

Uma segunda condição intitulada de *antropológico-existencial* realiza o exame da condição de vivência social do homem numa *indeterminação intencional* ou *insociável sociabilidade*, em que o homem se utiliza do processo dialético comunicacional para uma “vivência da suportabilidade social”, que é materializada no instituto sucessório da *variação histórica*. “Conjuguemos a indeterminação e a dispersão, e projetemo-las conjugadas no tempo – o resultado é uma contínua variação nas intenções e nas objetivações tanto individuais como sociais. Variação que tenderá mesmo a impedir a própria subsistência de um mundo – de um unitário (ou pelo menos suficientemente compossibilitante) e estável (ou pelo menos suficientemente contínuo) espaço e meio de coexistência”⁴⁵. A afirmação é que se trata de um processo anômico, uma espécie de *anomia radical* que é fundada sempre na perspectiva histórica de *um caos* mitológico em face da

⁴³ Ibid., loc. cit.

⁴⁴ Ibid., loc. cit.

⁴⁵ Ibid., p. 298.

miragem da perigosa *liberdade* e a intrínseca companhia da *angústia*, bem como a *experiência revolucionária*, um *trialismo* a funcionar como sirenes da *consciência*.

Castanheira Neves percorre por uma construção dual de incompatibilidade natural e conformação cultural, ou até mesmo e, principalmente, uma exigência condicional sociocultural, suas duas primeiras condições constitutivas do direito (*mundanal* e *antropológico-existencial*) representam desígnios de passagem da premissa à conclusão.

Pois seres indeterminados, dispersos e de contínua variação, e que são assim numa imensa pluralidade, só poderão conviver num mesmo mundo se lograrem vencer as dificuldades postas por essas suas características naturais (admitamos esta expressão incorreta), através da criação cultural de uma como que segunda natureza em que essas dificuldades sejam correlativamente superadas – uma segunda natureza em que culturalmente se afirme o que naturalmente parece negar-se, e para que, desse modo, seja possível o que imediatamente parece impossível. A segunda natureza cultural que nestes termos se exige é, bem se sabe, uma *ordem*. Com efeito, numa ordem que o seja historicamente, a pluralidade converge numa *unidade* e a indeterminação intencional vê-se superada numa *objetivação dogmática*, assim como a dispersão numa *integração* e a variação numa *institucionalização*⁴⁶.

A indagação fundamental (à pergunta pelo porquê do direito) não é respondida, pois o que ocorre é o propositado apontamento das condições primordiais para o direito figurar no *mundo humano*, já que surge o entendimento de que nem toda ordem social faz parte ou representa uma *ordem de direito*. A ordem à qual se refere para a “constitutividade do direito” não está estampada num processo vertical (*despotismo* ou *sujeição*) que pode e deve ser interpretado como uma *inumana ordem de necessidade*, como também não é referência a configuração de uma política de eficiência, que é traduzida numa *ordem de*

⁴⁶ Ibid., loc. cit.

possibilidade. A doutrina castanheiriana quer afirmar o postulado irrenunciável de uma *ordem de direito* na seguinte transcrição:

para que uma ordem de direito se constitua há que acrescentar uma terceira condição, agora uma condição *ética* – graças à qual a ordem social se poderá compreender e realizar como uma normativamente significativa *ordem de validade*. Trata-se daquela condição que postula aos homens, e a cada homem, a qualidade de *sujeitos* uns perante os outros, que não apenas de objetos disponíveis. É qualidade que só poderão obter pelo *reconhecimento* – pelo reconhecimento recíproco da sua autónoma eticidade⁴⁷.

Portanto, é o processo histórico-cultural pautado numa dialética da comunicação da suportabilidade humano-social de material reconhecimento da autonomia do *ethos*, que faz emergir a *ordem de validade*. Esta, por sua vez, estabelece uma *ordem de direito* na escadaria do *reconhecimento, dignidade e pessoalidade*, na atividade relacional *entre pessoas*, para uma necessária *exigência de fundamento* quanto à práxis das obrigações e deveres recíprocos. O que democraticamente faz surgir um procedimento de exclusão do *sic volo, sic jubeo* e uma inclusão e vivência da *corresponsabilidade*, que é apoiada numa *normativa validade* de constituição dos valores envolvendo o individual e o coletivo. Castanheira Neves expressa a conclusão de que o Direito representa uma *solução possível* para o que ele chama de *problema necessário*. O referido *problema necessário* é identificado na *constituição de uma ordem*, pois esta traz a compatibilização ou não das *condições de coexistência* naquele que é o único mundo do humano.

A doutrina da problematização do direito afirma que não há como deixar de reconhecer que

o direito só será uma solução possível para esse problema, porquanto, se a sua constitutiva emergência depende de que o homem se assuma como

⁴⁷ Ibid., p. 299.

sujeito ético mediante o seu próprio reconhecimento como pessoa, é esta uma condição que se pode verificar ou não. As duas primeiras condições não dependem do homem – são expressões “naturais” da existência humana no mundo –, mas a terceira condição já depende dele, pois é função de como o homem se compreenda e reconheça – sendo certo que não se trata agora de *realidade*, mas de *valor*⁴⁸.

Conclusivamente Castanheira Neves afirma que esta resposta unitária fornecida pelo direito para um *problema necessário*, a priori, abre uma janela de possíveis *soluções alternativas*, que buscarão o reconhecimento da solvência. Trata-se, aliás, de uma realidade anunciada, pois

as alternativas ao direito são identificáveis, na verdade, em tendências reais que vincam o nosso tempo: à *ordem de validade* do direito opõem-se tanto a *ordem de necessidade* do poder como a *ordem da possibilidade* da ciência (ciência-tecnologia) e ainda a *ordem* de finalidade da política⁴⁹.

A sustentabilidade do Direito como forma de poder regulador, num modelo social de qualificação mutável e constante transformação, que busca por dados de fundamento para uma iniciativa de definição e configuração da “vivência social” e do papel do Estado, dados estes que hoje já se sabe não chegam ao seu fim, coloca o postulado do Direito num momento *epoché*⁵⁰ transitório, delicado e, provavelmente, definidor. Panorama que faz Castanheira Neves proferir as expressões verbais e escritas acerca do mundo em que se vive ou acerca de um mundo possível, numa representação interrogativa de que

⁴⁸ Ibid., loc. cit.

⁴⁹ Ibid., p. 300.

⁵⁰ *Etim.*: termo grego que significa “paragem”, “interrupção”, “suspensão do juízo”. *Filosofia*: 1. Para os cépticos: suspensão do juízo, ou seja, recusa, de pronunciamento sobre o que quer que seja, de defender uma tese. 2. Para Husserl: colocação do mundo objetivo entre parênteses, isto é, suspensão de qualquer adesão simples (crenças espontâneas, convicções diversas ...) e de qualquer juízo de ordem científica relativo à realidade; a *epoché* permite a “quem medita” assenhorear-se de si próprio como o “eu puro” ou “transcendental” (CLÉMENT, Elisabeth. DEMONQUE, Chantal. HANSEN-LOVE, Laurence. KAHN, Pierre. Colaboração de Michel Delattre, Frédéric Gros, Béatrice Han, Dominique Ottavi, Myrielle Pardo, José Santuret, François Sebbah. Lisboa: Terramar, 1994, p. 119).

o direito não é tudo na realidade humana, mas é uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem: por que, para que e com que fundamento se manifesta humanamente essa específica, autonomamente específica, dimensão humana? O homem não necessita ser pensado para o ser, mas só pensando-se o homem a si mesmo se assume como homem – que a filosofia do direito concorra para esse pensar-se o homem na sua humanidade⁵¹.

Uma outra identidade, um outro registro geral do direito, surge com a doutrina da concepção do *direito como integridade*⁵², com uma raiz de união em que envolve doutrina e jurisprudência. Trata-se do entendimento acerca do Direito trazido por Dworkin, que fixa posicionamento em sustentar que o objetivo fundamental do direito está ou consiste em estabelecer um postulado de garantia ao extrato comunitário social, a denominada *comunidade política*, de que a configuração regulatória e o significado material dos princípios normativos dizem respeito a todos os integrantes do cosmo político-social. Uma versão do Direito como integridade em contraposição a uma ideia do Direito como convencionalismo ou pragmatismo.

A construção da doutrina do *direito como integridade* nasce da constatação dworkiana de uma espécie visível/invisível de ditadura da lei, em que esta é, ao mesmo tempo, um símbolo instrumental configurado como *espada, escudo e ameaça*, a serviço do Estado e da comunidade. Mas que provoca um fenômeno bastante interessante, que é o de sermos todos nós *os súditos do império da lei* e, mais além, a constatação de desempenharmos a função de *vassalos de seus métodos e ideais*, prisioneiros de *espírito e mente* numa discussão infundável dos nossos deveres. Diante de tal cenário as primeiras bases teóricas da doutrina são construídas pela

⁵¹ NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto...**, op. cit., p. 147.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1986. Também na tradução espanhola de FERRARI, Claudia. **El Imperio de la Justicia** – de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces e de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica. 2ª edición. Barcelona : Editorial Gedisa, 1992. E na portuguesa do Brasil de BORGES, Luís Carlos. **O Império do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2000 (Justiça e Direito).

via metodológica do debate interrogativo *versus* replicação. Duas interrogações fundamentais: *Que sentido tem isto? Como pode mandar a lei quando os livros de direito são silenciosos, confusos ou ambíguos?* E uma resposta taxativa, nada modesta, que reside na afirmativa:

este livro estabelece em toda sua extensão a resposta que tem estado em desenvolvimento, passo a passo, durante vários anos: que o arazoamento legal é um exercício de interpretação construtiva, que nosso direito consiste na melhor justificação de nossas práticas legais como um todo, que consiste na história narrativa que converte a estas práticas no melhor que podem ser⁵³.

Nota-se perfeitamente, na doutrina dworkiana do *direito como integridade*, a união – que não somente da doutrina e jurisprudência – de duas linhas verticais de argumentação imbuídas de realizar a sustentação teórica, uma sendo a via *política* do direito e a outra a *história*, tanto do direito como do *contrato social*. Trata-se da proposição teórico-doutrinária de uma juridicidade político-social fundada na reciprocidade convivencial-civil. A afirmação de Dworkin é de que

deste ponto de vista, a estrutura e coação distintas do argumento legal surgem somente quando distinguimos e identificamos as diversas dimensões, a miúdo competitivas, de valor político, as diferentes gradações encabeçadas no complexo juízo de que uma interpretação faz com que a história da lei seja melhor, tomando em conta todas as coisas, que qualquer outra⁵⁴.

Não é outro que o posicionamento determinante de asseverar que sua obra “*expande e ilustra essa concepção do direito, introduz em suas estruturas uma política mais geral de integridade, comunidade e fraternidade*”⁵⁵.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia...*, op. cit., p. 11.

⁵⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁵ *Ibid.*, loc. cit.

Esta denominada *política mais geral de integridade, comunidade e fraternidade*, é representada numa busca constante pelas consequências que atingem diretamente a “teoria geral abstrata”, de identificação nos casos concretos, no ordenamento geral, nos códigos e estatutos e no diploma constitucional. Este fenômeno do *direito como integridade* fundado no binômio *doutrina e jurisprudência* sustenta uma crítica incisiva direcionada mais aos “defeitos fenomenológicos que os interpretativos do positivismo, porém, no fundo, ambas deficiências são iguais”⁵⁶, bem como uma oposição a *afirmação do positivismo de que não pode haver respostas “corretas” a perguntas polêmicas, senão respostas “diferentes”*. Nesta controvérsia das *respostas do direito*, o pensamento dworkiano exterioriza uma linha fundamental, que é dirigida ao exercício judicial, fundada no entendimento de que os juízes expõem um sentimento obrigacional quanto ao instituto do julgamento, que é enxergado como sendo de valoração decisional ou decisório-judicante.

A exteriorização de sua reflexa meditação pode ser entendida nas palavras de que

nos casos mais difíceis a razão e a imaginação devem buscar as respostas corretas. Alguns críticos pensarão que me referia a que nestes casos, uma resposta podia resultar correta para a satisfação de todos; não obstante, desde o princípio insisti em que não era isso a que fazia referência, o fato de que tenhamos razão para pensar que uma resposta é correta é diferente do fato e poder demonstrar que é correta. Neste livro sustento que os críticos não logram entender de que se trata em realidade a controvérsia sobre as respostas corretas, de que se deve tratar a tese ordinária, que não existem respostas corretas, conta como qualquer outro argumento contra a teoria do direito que defendo. Afirmando que a controvérsia é em realidade sobre moralidade e não sobre metafísica e a tese da “resposta não correta”, entendida como um reclamo moral, não é para nada persuasiva tanto no que respeita a moralidade como ao direito⁵⁷.

⁵⁶ Ibid., p. 12. A construção crítica é desenvolvida no capítulo 4 (p. 90-114), quando expõe seu pensamento acerca do *convencionalismo*, mencionando sua *estrutura e atracção*, assim como na ação de enfatizar dois tipos: um, sendo o *convencionalismo ajustado a nossa prática*; e, outro, que é interrogativo, o *convencionalismo justifica nossa prática?*

⁵⁷ Ibid., loc. cit.

A concepção teórica dworkiana leciona uma autoridade do direito como *conceito interpretativo*, na afirmativa provocação de que os juízes têm que decidir – constituindo o direito – o que é o direito no campo interpretativo do histórico (passado e presente) das decisões judiciais elencadas pelos diversos juízes decisórios de realização do direito. A doutrina dworkiana da *integridade* afirma taxativamente uma recusa das concepções do convencionalismo e do pragmatismo, com a conseqüente oferta de uma “terceira via”, que se identifica na teoria do *direito como integridade*, já que esta “faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar”⁵⁸. DWORKIN explicita o que quer significar a teoria do *direito como integridade*, que recebe a aceção de se tratar de uma doutrina da interpretação bem mais concreta, e revestida de uma juridicidade *dominada pelo princípio da integridade* de presença irrefutável no contributo jurisdicional.

Uma ideia de separação parcial não unívoca entre *jurisprudência* e *legislação*, que procura realizar uma avaliação de superioridade da *teoria da integridade na prestação jurisdicional*, que estabelece uma representatividade bem maior e significativa no universo dos serviços jurisdicionais, uma espécie de “elemento jurídico” de soberania do juízo decisório. No entanto, há que se reconhecer – assim leciona a doutrina dworkiana – que existe uma outra realidade singular no que respeita aos tribunais, pois aí se vislumbra um cenário no qual se pode falar que o ordenamento jurídico (*a legislação*) apresenta convite – em muitos casos irrecusáveis – aos julgamentos políticos, o que não ocorreria no espaço

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito...*, op. cit., p. 489.

“integrativo” da jurisprudência. Isto tudo dá publicidade a “integridade” como instrumento nuclear restritivo *a função judicial*.

Dworkin fornece seu magistério no sentido de fixar sua teoria na posição de que “a integridade não se impõe por si mesma; é necessário o julgamento. Esse julgamento é estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas. Percebemos como as convicções a respeito da adequação são conflitantes e restringem os julgamentos de substância, e como as convicções a respeito de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo são conflitantes entre si. O julgamento interpretativo deve observar e considerar essas dimensões; se não o fizer, é incompetente ou de má-fé, simples política disfarçada. Entretanto, também deve fundir essas dimensões numa opinião geral: sobre a interpretação que, todos os aspectos considerados, torna o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política. Dessa forma, os julgamentos legais são difusivamente contestáveis”⁵⁹. Assim é definida sua constituição do *direito como integridade*, expressando o entendimento de que se trata de uma construção jurídica bem mais aperfeiçoada do que as opções do *convencionalismo* e do *pragmatismo* e, automaticamente, explicitando uma negação ou ausência de necessidade de comunicação ou mesmo uma interação entre as concepções, bem como com outras doutrinas de definição e conceituação do direito.

Portanto, não se pode deixar de expressar que a teoria dworkiana eleva o *direito como integridade* ao altar de uma concepção teórica com uma maior correspondência tanto com a *adequação* quanto com a *justificação* da realidade forense geral. Numa escrita conclusiva Dworkin não se nega a explicitar – de forma contundente – o que é o direito. Suas palavras terminantemente afirmativas e perfeitamente delimitadas expressam que

⁵⁹ Ibid., loc. cit.

o império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e autoreflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância⁶⁰.

O núcleo de sua teoria reside na sustentabilidade de uma existência de adequação polida e límpida do *direito como integridade* no nascer da *atitude* na praxis jurídica, com a concretude forense global de uma real juridicidade. No dizer decisivo de que

a atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter⁶¹.

Já numa análise em que envolve Direito e Lei, dispondo de conceito nominalista e realista de Direito, na atribuição da palavra própria “direito” como utilizada na ordem jurídica em caráter que significa disperso e de negação do homogêneo, já que a Lei (alemã) de Introdução do Código Civil utiliza como sinônimos os conceitos “direito” e “norma jurídica”, Kaufmann fala de um conceito do Direito desprovido de qualquer especificidade real, trata-se de uma ficção, de uma abstração, uma marca, uma identificação, a realidade do Direito estaria na Lei. Ao mesmo tempo, afirma a existência de uma contradição quando

⁶⁰ Ibid., p. 492.

⁶¹ Ibid., loc. cit.

lembra o artigo 20º, nº 3, da Lei Fundamental: *a legislação está vinculada à ordem constitucional; o poder executivo e o poder jurisdicional estão vinculados à lei e ao direito*. Uma referência distintiva entre Direito e Lei estaria contradizendo uma tradição de mais de dois séculos. No seu entendimento o espírito primeiro do dispositivo constitucional estaria não numa diferenciação entre Direito e Lei, mas sim, numa distinção entre os campos: formal e material. Em que a interpretação consiste em identificar que a República Federal Alemã é um Estado de direito material e não apenas formal.

E admite plenamente que não se sabe o que é o direito. Diz que,

também hoje se procura um conceito de direito, que seja mais do que uma formal designação compreensiva do conjunto das leis, e diga algo sobre a realidade do conteúdo do direito. Mas esta procura será vã, se se quiser encontrar “o” conceito de direito. Pois não se pode dar uma definição estritamente lógica de direito, no sentido dum conceito formado por elementos unívocos e fechados. Apenas se pode explicar, com maior ou menor exatidão, o que se entende por “direito”, o que depende, essencialmente, da *perspectiva*⁶² sob a qual ele seja considerado. Neste sentido, há uma pluralidade de conceitos de direito, afirmando todos eles algo correcto (sob o respectivo ponto de vista), mas não compreendendo nenhum deles a totalidade do direito⁶³.

A referida *totalidade do direito* não seria exatamente esta sua essência de uma não univocidade e fechamento? Será que o Direito não estabelece sua estratégia no gene da renovação constante e ininterrupta? Será que não é inerente, mais do que isto, intrínseco ao Direito um significado da indeterminação? Um produto

⁶² Numa ideia de *perspectiva* para compreensão do Direito, seja por uma história dos grandes sistemas jurídicos no mundo; seja por uma história do direito na Europa ocidental a partir do séc. XII, na identificação da evolução das fontes do Direito; ou ainda, na *perspectiva* de uma história do Direito privado menos influenciada pelo Direito romano, no entendimento das regras atuais em que o significado pode ser encontrado nos costumes medievais, no direito canónico, nas teorias doutrinárias medievais e modernas, nas construções da antiga jurisprudência, etc, veja-se: GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4ª edição. Lisboa : Fundação Calouste Gubenkian, 2003.

⁶³ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Prefácio e Tradução portuguesa por António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 202.

inacabado, que quanto mais se conhece, menos se sabe. O próprio Kaufmann não se nega a dar o seu conceito, quando diz “eu *próprio* acentuo o carácter analógico do direito e caracterizo-o como correspondência entre o dever ser e o ser. O direito não é, portanto, algo de substancial, mas algo de relacional”⁶⁴.

Esta negação da univocidade do Direito teve seu entendimento bem mais elástico a partir do momento em que se iniciou uma construção mergulhada nos paradigmas da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade⁶⁵. Estas novas perspectivas de formulação do Direito fomentam e fomentaram inúmeros estudos jurídicos e o surgimento de novas doutrinas. O carácter constitutivo do cosmo jurídico foi ampliado substancialmente em todos os planos. E nesta esteira de alargamento da compreensão do Direito, numa perspectiva que envolve o Estado e o Direito em meio a uma transição de era e época (modernidade *versus* pós-modernidade), surge a doutrina do *novo sensu comum* no campo dual do poder e do direito, que é ofertada por Boaventura de Sousa Santos. Sua construção teórica analisa as dicotomias do modelo da modernidade que contribuíram significativamente para a sociologia política e do direito, para depois realizar uma afirmação da perda de significado e da própria superação desta contribuição dual. Implementa um processo de alternativas quanto aos métodos de produção do poder e do direito, que estabelecerão o surgimento de um *novo senso comum*, tanto político quanto jurídico, tendo como projeto fim a emancipação como instituto de substituição da regulação.

⁶⁴ Ibid., p. 203.

⁶⁵ Sobre o tema, veja-se: AGUIARE SILVA, Joana. “Direito e literatura: potencial pedagógico de um estudo interdisciplinar”. *Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários*. Lisboa, nº 1, 2º semestre, p. 9-35, 2004.

O projeto de um Direito voltado para além da dicotomia *Estado/Sociedade*, de Boaventura de Sousa Santos, numa função e finalidade da construção de um *novo senso comum*, em identificar a dispersão estrutural do Direito, com o advento do pluralismo jurídico, quer afirmar que

a hermenêutica crítica do direito moderno parte da ideia de que o projeto da modernidade, sendo embora a herança cultural hegemônica da nossa contemporaneidade, não é, contudo, a única. O mundo moderno, mais do que qualquer outro, é um mundo de heranças plurais e, por vezes, conflituais que, de resto, se reconstituem e renovam incessantemente sob o nosso olhar. A “universalidade” da grande tradição moderna assenta na supressão desta pluralidade e desta conflitualidade⁶⁶.

A teoria do *senso comum* propugna por uma quebra do monopólio da produção do direito, e ao mesmo momento reivindica uma “especialidade sem espaço” e uma “temporalidade sem tempo” para os novos grupos sociais produzirem o Direito.

A teoria estratégica ⁶⁷ que aqui dá os seus primeiros passos, surge com a finalidade de fornecer um novo entendimento acerca do significado, da função e dos fins do Direito, para uma união real e fática entre *direito* e *política*. Trata-se do *princípio estratégico jurídico-político* ou *estrategismo funcional*, no objetivo maior de que os fins democráticos de intervenção *desformalizada*⁶⁸ justificam o emprego dos

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. “O Estado e o Direito na transição pós-moderna”. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, nº 30, p. 13-43, Junho, 1990. Para uma identificação da fonte originária da teoria do *novo senso comum*, veja-se: SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition**. New York: Routledge, 1995.

⁶⁷ A Teoria Estratégica como “conjunto científico jurídico”, a reunião das ciências do direito, ou fundamentalmente influenciadas por ele; como “conjunto científico político”, a soma das ciências que estudam a organização e o funcionamento do Estado, e as interações dos grupos nele existentes; como “conjunto científico humano”, que têm por objetivo de estudo o comportamento do homem e os fenômenos culturais humanos; e, como “conjunto científico empírico”, que é formada pela observação da natureza e por teorias e hipóteses que podem ser com ela diretamente confrontadas.

⁶⁸ A *desformalização* aqui referida está caracterizada num conceito de *direito penal estratégico funcional material*, de recusa e abandono de um *direito penal garantista total*. Trata-se de uma *desformalização*

meios *funcionalizados*⁶⁹. Há aqui uma explícita declaração de distanciamento de todas as escolas conformadoras do Direito, mas também não se nega um ato de apropriação de determinados ensinamentos e campos temáticos delas, pelo contrário, o faz para uma afirmação da *teoria estratégica*, pois a ideia maior é de uma nova fundação do Direito que interrompe a ligação com as concepções até então formuladas. Um *Direito Estratégico* tem sempre uma ferramenta política de intervenção, pois é fundado numa realidade fática do contexto da historicidade e de nova era e época que se iniciam, em que a ameaça, o perigo, o risco e a ofensa, estão sempre presentes. Amoldar-se à prática que assola a convivência civil é um dos seus postulados, sua concepção estratégica de conteúdo jurídico-político-pragmático.

A teoria estratégica do direito impunha o argumento da necessidade de superação de um direito do *dever ser* para um direito do *ser* no contexto da temática econômica. Por isto, o contexto histórico – a historicidade do direito –, bem como o conteúdo sociológico, são elementos fundamentais na formulação estratégica, que é baseada na realidade dos fatos (*a veritá affetuale della cosa*), numa verdade efetiva dos fatos no contributo da história, que identifica no instrumento empírico ponto de grande importância para determinar sua intervenção. A teoria estratégica do direito é uma ciência dos fatos, fundamentalmente dos fatos, não apenas se alimenta dos fatos, alimenta-se sim, da infinitude espetacular da complexidade dos fatos. Por conseguinte, o propósito é estudar pragmaticamente os fatos como acontecem, para uma observação conjunta ou global do que deve ser realizado no

estratégica para fins jurídico-políticos, porém de recusa e não reconhecimento de soluções privadas dos conflitos existentes. A *desformalização estratégica* tem foro público único, surge para uma renovação e transformação das estruturas basilares jurídico-penais num novo perfil.

⁶⁹ A *funcionalização* recebe o significado de apresentar o direito penal como instrumento da política criminal, na consecução de uma prevenção geral positiva da *dogmática jurídico-penal-estratégica* e numa execução material dos fins da pena. Um direito político, um direito penal-estratégico com a utilização do seu instrumental a serviço da *justiça-penal-constitucional-econômica-estratégica*.

pensamento da intervenção jurídica. O direito estratégico desconsidera as construções jurídicas do criacionismo e da moralidade, e afirma se apropriar diretamente (para uma aplicação prática) de elementos fundantes e estruturantes das ciências do espírito, das artes, sociais, naturais etc., numa metodologia da construção constante do seu objeto científico, do seu cosmo intervencionista. Inclusive, reconhecendo a presença invisível da metafísica como fenômeno proporcionador de renovação da juridicidade política e dos meios de intervenção.

A teoria estratégica⁷⁰ do direito e do direito penal econômico representa a formulação do jurídico como instrumento metodológico-científico da apropriação simultânea direta e aplicada dos conteúdos sociais e naturais, uma ferramenta científico-política que, resumidamente, pode assim ser definida: *Direito* – é o entendimento da ciência na concepção jurisprudencial conjunta⁷¹; *Jurídico* – é o método (através da construção legislativa – Lei) que realiza a apropriação direta e aplicada dos objetos de estudo das ciências sociais e naturais, para um exercício do poder exteriorizado na decisão e execução jurisdicionais de conteúdo conjunto.

⁷⁰ A Teoria Estratégica do Direito no reconhecimento da sua raiz originária (como arte militar de planejar e executar movimentos e operações de tropas, navios e/ou aviões, visando a alcançar ou manter posições relativas e potenciais bélicos favoráveis a futuras ações táticas sobre determinados objetivos), na aplicação metodológico-científica de escolher onde, quando e com que travar um combate ou uma batalha jurídica; na execução da *arte jurídico-criminal-econômica* de aplicar os meios disponíveis e explorar condições favoráveis com vista à consecução e alcance de objetivos específicos determinados nos fins coletivo-difuso.

⁷¹ O *magistrado estratega* ou *juiz estrategista*. *Stratego* (do grego *strategós*; pelo latim *stratego*). General superior, ou generalíssimo na Grécia Antiga. Na cidade antiga de Atenas, que possuía dez Magistrados, eleitos pelo voto direto dos cidadãos atenienses, que tinham como função a administração dos assuntos militares. Representavam um corpo de formação de uma espécie de Poder Executivo (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio**. 3ª edição eletrônica. Curitiba : Editora Positivo, 2004. Trata-se de edição revista e atualizada do Aurélio Século XXI.

2. O direito penal econômico estratégico (DPEE)

Trata-se de uma criação teórico-científica revestida por elementos metodológicos de união e reunião (interdisciplinares e transdisciplinares), que se organiza por um pensamento do Direito, do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Direito Econômico, que faz emergir (no universo das searas) a Teoria Estratégica do Direito Penal Econômico, tendo sua principal matriz conceitual identificada no processo mental cognitivo filosófico, na Filosofia Política e na Filosofia do Direito (construção do *ius politicus*). A Teoria do Jurídico-Político-Criminal-Econômico-Estratégico. Uma teoria da união, da apropriação e aplicação simultânea direta. Uma objetivação da construção de um modelo de fundamentação constitucional aberto e inacabado, numa concepção política de transição *model/sistem*⁷² para o reconhecimento de novos paradigmas (da história, do poder, do conhecimento e da ciência), que envolve os campos da institucionalidade e sociabilidade, numa iniciação da juridicidade pós-moderna de comunhão dos paradigmas para uma legítima configuração de uma ciência do direito multifacetada nos caracteres da estratégia, pluralidade, flexibilidade e interdisciplinaridade.

A elaboração intelectual, a concepção projetista, a invenção, a criação, o pensamento, o conhecimento do que a partir de agora se denomina *Direito Penal Econômico Estratégico*, vem lastreado por um ideal de construção de um Estado republicano e democrático-participativo direto de direito material, nos anseios da ascensão da democracia direta como fórmula de sua materialização. O requerimento de validade e vigência encontra seu ponto inaugural de constitucionalidade na segunda parte determinativa do preceito magno da

⁷² Sobre o momento de transição de modelo e sistema, veja-se: WOLKMER, Antonio Carlos. **Ações Constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001.

emanação do poder pelos representantes legítimos e de seu exercício direto⁷³. Trata-se de um postulado constitucional irrenunciável.

Um projeto do ideário que vai bem além do que simplesmente se pode denominar de um *Direito Penal Econômico Estratégico*, mas sim uma proposta de fortalecimento do Estado no sentido de transformá-lo no garantidor principal e real de um *princípio material*, e não apenas formal, da erradicação da impunidade econômica, como forma de demonstração do poder político-jurídico do qual é detentor democrático nas regras vigentes do sistema da proposição. Afirma-se como via alternativa aos consensos de Washington, Bruxelas e Brasília, na iniciativa de fomentar a dialética jurídico-criminal-econômica, que também pode (por outra via) representar um núcleo de geração de riqueza para o coletivo e difuso nacional.

O que nos falta é elite política capaz de entender que nenhuma sociedade nacional pode sobreviver sem as instituições do Estado e que, nos convênios internacionais, o que conta não é a simpatia dos governantes e diplomatas, mas, sim, *il potère dei fèrri*, de que falava Maquiavel⁷⁴.

É um caminho para a reabilitação da autonomia nacional, da nação brasileira, na programação do seu projeto integracionista (economia, política, cultura e o social) de uma comunidade latino-americana de nações⁷⁵.

A incursão da denominada revisão constitucional através de *Proposta de Emenda Constitucional*⁷⁶ mediante a convocação de *Assembléia de Revisão*

⁷³ Artigo 1º, parágrafo único, em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de Outubro de 1988. Preparada e editada por António Luiz de Toledo PINTO, Márcia Cristina Vas dos Santos WINDT e Livia CÉSPEDES. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷⁴ SANTAYANA, Mauro. "A grande marcha - O negócio da China". Disponível em: <http://www.agenciartamajior.com.br>. Acesso em: 06 fev. 2006.

⁷⁵ Artigo 4º, Parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷⁶ PEC nº 157/2003, de autoria do deputado Luiz Carlos Santos, do PFL/SP.

Constitucional, e não convocação de *Assembléia Nacional Constituinte*, tem movimentado o ambiente parlamentar no Brasil e, passou também a ser conhecida como “processo de lipoaspiração da Constituição”, com vistas a enxugar a Carta Magna. Tal processo poderia servir como laboratório para as discussões envolvendo a formulação de um *sistema de justiça criminal- econômico-constitucional-estratégico*, já que se prevê um conjunto de alterações constitucionais década à década. A referida proposta de emenda constitucional traz em seu bojo uma série de

dispositivos e conceitos no substitutivo para ‘tentar’ garantir a legitimidade da PEC. A principal manobra consistiu na inclusão de um referendo ao final do processo de revisão (como fator para dificultar a aprovação) como contraponto à redução do limite mínimo de quórum – de três quintos do total dos parlamentares para maioria absoluta (metade mais um) – para aprovação do pacote de alterações constitucionais, que se daria a cada dez anos⁷⁷.

O *direito penal econômico estratégico* quer significar a proposição da criação de um sistema de justiça criminal jurídico-político de base constitucional em matéria econômica de interesses (a)valorativos numa sociedade caracterizada pela estratégia sócio-cultural-econômica da tecnologia, do conhecimento, da ciência e do saber. No exercício do poder constituído surge como formulação de um sistema jurídico-criminal-econômico numa configuração sistemática que elenca: sistema, poder, foro, competência, jurisdição e execução. Um sistema jurídico de matriz do

⁷⁷ HASHIZUME, Mauricio. “Comissão da Câmara analisa “lipoaspiração” da Constituição”. Disponível em: <http://www.agenciartamador.com.br> Acesso em: 12 fev. 2006. “O jurista Fábio Konder Comparato, presidente da Comissão de Defesa da Democracia e da República, não poupou a PEC da revisão constitucional. Para Comparato, o Congresso não é depositário do poder de alterar o coração da ordem institucional e nem o referendo popular pode convalidar a proposta de revisão constitucional que ora avança no Parlamento. Cada modificação, segundo ele, precisaria ser aprovada pelo povo. A revisão, sustentou o jurista, não estancará problema do ‘emendamento diário’ da Constituição. As PECs, seguiu, não vão parar, pois a emenda não proibirá a apresentação de outras emendas. A revisão constitucional tampouco vai resultar em avanços econômicos, já que o pagamento de juros da dívida – R\$ 93 bilhões só no ano passado – não tocara nessa questão”.

funcionalismo material que envolve quatro fases constituintes interligadas: a) política criminal; b) dogmática jurídico-penal; c) construção do bem jurídico; e, d) jurisprudencialismo dos interesses estratégicos. O *Cosmos* penal-econômico vem pela esteira da construção principiológica no intento de elevar a *estratégia* à categoria de *princípio penal-econômico-constitucional*, uma principiologia estratégica que vai determinar a concepção geral do sistema: a legalidade penal-econômico-estratégica; a tipicidade penal-econômico-estratégica; a ilicitude penal-econômico-estratégica; a relação de causalidade penal-econômico-estratégica; o concurso de pessoas/participação e coautoria penal-econômico-estratégica; e, a reestruturação do sistema de penas (sistema estratégico).

Pode-se afirmar que se encontra presente no rol das alternativas penais apresentadas a partir da segunda metade do século XX, desde a oferta da *expansão máxima da intervenção penal*, passando pelas alternativas do *direito penal de duas velocidades*, pelo *direito de intervenção*, pela *preservação do núcleo ético do direito penal*, e chegando até o *funcionalismo da ordenação social* e o *direito penal do inimigo*. Recebe o significado ou mesmo o primado de uma teoria de representação do *reverso* e *inverso* do estatuto da ordenação social, das infrações administrativas, ou ainda das contravenções penais, com três pontos fundamentais de realização: 1) política criminal intervencionista (identificação e apontamento da clientela criminal-econômica); 2) reconhecimento da ofensividade da ilicitude (negação da previsibilidade e afirmação fragmentária e multiplicadora abstrata); e, 3) imputação e punibilidade executória-estratégica – a) ilícito; b) processo; e, c) pena – execução material.

Numa análise inicial da sua formulação e configuração funcional-material, pode-se dizer que: a *política criminal* desempenha um papel de estratégia jurídico-penal na esfera dos delitos econômicos em que representa elemento fundamental

como instrumento do funcionalismo material estratégico, determinando a função e os fins do *direito penal econômico estratégico*, que são pautados por uma obediência constitucional numa visão de realização sociomaterial da estratégia criminal-econômica; a *dogmática jurídico-penal* aparece para renovar o instituto diante da “crise da norma” vivida pelo positivismo jurídico na sua esgotada versão legalista. A técnica de flexibilidade na construção do que se intitula como *norma legal-positiva-estratégica* de conteúdo do *funcionalismo jurídico-estratégico*, que tem como fonte as concepções política, econômica e tecnológica e a teoria dos sistemas sociais na delimitação da escola material, busca uma construção do *corpus iuris* do *direito penal econômico estratégico* que recebe como característica principal àquela dos tipos penais imprescritíveis e vislumbra a possibilidade do abolicionismo estratégico; a construção do *bem jurídico* oferta como premissa o caráter da união das gerações, das três formulações presentes no conteúdo da ciência penal: o individual, o social e supraindividual (coletivo difuso), com a sua utilização em *momentos estratégicos* determinados pela *política criminal*, pela *dogmática* e pelo *juízo decisório estratégico*; o jurisprudencialismo é desenvolvido com base numa ideia de *jurisprudência dos interesses (a)valorativos estratégicos*, em que se expressa um pensamento de conceito aberto e inacabado de sistema, uma negação da unidade do direito. O papel é exercido pelo *juiz científico* ou *magistrado estratega*.

A odisseia estratégica de raiz da criminologia econômica expressa a ideia do direito como ciência jurídica estratégica que necessita de um processo de apropriação simultânea direta e aplicada de objetos científicos alheios a sua realidade para materializar seu projeto de poder, dominação e civilização ⁷⁸. A

⁷⁸ A odisseia ainda conjectura a possibilidade de introdução da temática abolicionista como “ponto estratégico” presente no campo das finalidades do *direito penal econômico estratégico*, assim percorre todas as vertentes do *abolicionismo penal* (marxista, fenomenológico, estruturalista, fenomenológico-historicista e histórico-humanista), para determinar sua *estratégia abolicionista* na concepção de união

concepção teórica do *direito penal econômico estratégico* é desenvolvida em quatro *tempos*⁷⁹ distintos (conforme acima mencionado), porém interligados, de realização, que é resumida nas unidades de páginas seguintes.

No *tempo primeiro* busca-se construir um pensamento acerca da política criminal que lhe proporcione um papel de extrema relevância na conformação teórica do sistema, uma *política criminal econômico-estratégica* que vai demonstrar as mutações constantes que vive o cosmos criminal e, principalmente, no que se refere ao campo da criminologia econômica. Essa política criminal tem a competência de determinar a função fundamental do direito penal estratégico, com tópicos específicos e determinados da sua atuação; faz uma incursão no terreno da união dos sistemas jurídicos como reconhecimento de um novo fenômeno proporcionado pelo real processo da globalização na sua vertente jurídica, com a contaminação do sistema jurídico continental europeu pelo sistema do *common law*; procura sustentar o reconhecimento da legal-legitimidade dos delitos econômicos no âmbito da moderna criminalidade ou a *criminalidade dos poderosos*⁸⁰; afirma a vigência epocal de um *regnu oeconomicus* que faz despertar o homem econômico-delinquente numa sociedade econômica-criminógena; objetiva a criação do sistema de justiça jurídico-penal-econômico-estratégico de natureza intervencionista (criminalizadora) na produção funcional-material da estratégia de interpretação avalorativa. E por fim uma historicidade legislativa que vai levantar o *corpus iuris* do direito penal econômico estratégico.

entre: marxista e histórico-humanista. A proposição pode parecer bastante confusa, mas as elucidações necessárias e primordiais serão fornecidas página à página do trabalho doutoral.

⁷⁹ Utiliza-se da terminologia *tempo* que ordinariamente é aceita como metáfora plena do registro da história humana, para promover um *princípio de negação*. O termo *tempo* no seu sentido metafórico é empregado no significado real de *tópico* a representar parte integrante de um todo; como *tema* unitário interligado ou de ligação direta; como *proposição* no campo do tratamento e da demonstração etc.

⁸⁰ Expressão cunhada por Silva Sánchez, que depois foi utilizada por Alberto Silva Franco.

O *tempo segundo* surge para determinar a construção principiológica do direito penal econômico estratégico:

– por primeiro o que se denomina por *princípio da legalidade penal-econômico-estratégica*, com o início na problemática do *locus delicti* na esfera da moderna criminalidade, que exerce efeitos e consequências comprometedoras sobre alguns princípios clássicos do direito penal, p. ex., princípios do *tempo do crime* (art. 4º), e da *territorialidade* (art. 5º), do Código Penal brasileiro – Dec.-lei nº 2.848/41 – Redação dada pela Lei nº 7.209/84); o reconhecimento da moderna simbiose jurídico-penal material e processual, como fragmento da inevitável renovação do sistema jurídico;

– por segundo o intitulado *princípio da tipicidade penal-econômico-estratégica*, que exterioriza a teoria do moderno delito econômico, a saber, da diversidade conceitual sobre a sua definição como *injusto penal econômico*; a característica de especificidade abstrata do *injusto penal* na particularidade econômica; o fenômeno de identificação e ligação: ameaça, perigo e ofensa ao bem jurídico (inerente à *sociedade do risco*⁸¹), uma ofensa criminal-econômica difusa; a formulação dos tipos (*injusto penal*) econômicos abertos como renovação da constitucional taxatividade (“a constitucionalidade taxativa estratégica”); os valores difusos e destoantes, uma afirmação da mundialização (a)valorativa dos valores e a persistência do dualismo: Ocidente e Oriente; a oferta das alternativas na configuração da ilicitude: sanção administrativa ou pena criminal;

⁸¹ Ulrich Beck, Niklas Luhmann e Anthony Giddens.

- por terceiro a percepção do *princípio da ilicitude penal-econômico-estratégica*, que decreta o fim da previsibilidade e sustenta a multiplicação da ilicitude num modelo social de transição; programa uma radical problematização do *mito insegurança* com a política da multiplicação *vs* a redução na expectativa da *segurança jurídica*; os delitos econômicos como fenômenos sem fronteiras: internacional, transnacional e comunitário; uma negação dos sistemas fechados axiomáticos e a doutrina da aproximação do sistema estruturado da teoria estratégica do delito econômico à dogmática material e processual;

- por quarto a elaboração do *princípio da culpabilidade penal-econômico-estratégica*, com o postulado irrenunciável do abandono da culpa ética numa política direcionada à vigência de uma *ética material* da responsabilidade; uma análise da *reprovabilidade-estratégica* (preceito de presunção) e a atribuição de imputação (ações e omissões de reprovabilidade); a denominada *renovação do instituto das penas* de sustentação da política criminal dirigida às pessoas física e jurídica; uma adoção da *imputação objetiva* como seara da reprovabilidade e sua adequação - o resgate da responsabilidade e o reconhecimento de direitos e deveres;

- por quinto a composição do *princípio da causalidade penal-econômico-estratégica*, com a utilização da base teórica da *imputação objetiva funcional roxiniana* na compleição da causalidade objetivo-estratégica; uma "teoria causal da adequação abstrata" fundada na *teoria do risco* e na epistemologia teórica: hegeliana, aristotélica e platônica;

- por sexto e último o processo do *curso de pessoas - participação e coautoria penal-econômico-estratégicas*, com o estudo pormenorizado dos modelos existentes

de delito: lesão a bens jurídicos individuais e de perigo a bens jurídicos supraindividuais; uma tomada de decisão quanto a classificação das infrações como injusto: penal ou administrativo e a conseqüente aplicação ou não das penas privativas de liberdade de curta duração – o sistema dos 3S – *shart, sharp* e *shock*; o campo das penas e substitutivos e a responsabilidade das pessoas jurídicas.

O *tempo terceiro* surge com a finalidade de programar a construção do bem jurídico de raiz supraindividual que a partir de então passa a ser entendida como a *construção do bem jurídico estratégico*:

– por primeiro pode-se dizer que representa a iniciativa de um novo entendimento sobre o significado e o papel desempenhado pelo bem jurídico no direito penal econômico, a enunciação precisa do *bem jurídico no direito penal econômico estratégico* que parte da identificação das três gerações existentes (individual, social e supraindividual), com uma política de precaução em relação às gerações futuras;

– por segundo refere-se ao pensamento jurídico da união de todos os bens numa utilização em *momentos estratégicos* que envolve pessoas física e jurídica; o requerimento de tutela penal em três demonstrações críticas: *a)* a demonstração da ordem econômica como bem jurídico tutelado pela lei penal – crítica econômica: corpo empresarial globalizado e atividade econômica planetária; *b)* a demonstração dos imperativos constitucionais na proteção dos bens jurídicos – crítica jurídica a ausência de um sistema penal-constitucional-econômico; *c)* a demonstração do planeta interligado e dos delitos macroeconômicos (crime organizado

transnacional) – crítica jurídica a ausência de poder internacional regulador ou criminalização.

O tempo quarto determina o fechamento da teoria jurídico-filosófica do *direito penal econômico estratégico* de forma a propugnar por uma construção da dogmática que figura como ponto indispensável do sistema estratégico. A proposição jurídico-filosófica da normativa é de uma *dogmática jurídico-político-penal-constitucional-econômico-estratégica*, assentada em três conteúdos essenciais:

– o primeiro denominado de *normativismo constitucional estratégico*, parte da interpretação de enxergar a Constituição do Estado como instrumento jurídico-político-estratégico; o núcleo de uma legítima-fundamentação da construção principiológica da estratégia, esta como princípio constitucional (*princípio constitucional penal-econômico-estratégico*), que encontra seu campo de aplicação (no caso do diploma constitucional brasileiro) em capítulos específicos: Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inciso XXXII) – Capítulo II – Dos direitos sociais (arts. 6º a 11); Título VI – Da Tributação e do Orçamento (arts. 145 a 169); Título VII – Da Ordem Económica e Financeira (arts. 170 a 192); Título VIII – Da Ordem Social (arts. 193 a 232); a construção da estratégia dos valores (a)valorativos no campo dos valores plurisubsistentes (constituição rígida *versus* constituição flexível), na bifurcação da sociedade pós-moderna e complexa (direção a um fim único: ordenamento fechado *versus* ordenamento aberto); as primeiras impressões de uma *teoria estratégica da intervenção* na formulação legislativa aberta e indeterminada (aceitação das normas penais em branco; parcial ruptura do princípio da taxatividade; admissão dos tipos penais abertos e com integração analógica); e, as formas de controle: o *Cosmos criminal-econômico-estratégico* composto por quatro

fases de competência jurisdicional: as *varas federais estratégicas*; os *tribunais regionais federais*; o *superior tribunal de justiça*; e, o *supremo tribunal federal*.

- da decisão de rejeição da denúncia ou da sentença prolatada pelo *magistrado estratega* no exercício jurisdicional nas *Varas Federais Estratégicas*, caberá o recurso de *Apelação Estratégica*. Não haverá o recurso de *Embargos Declaratórios* -; o *Tribunal Regional Federal*, através da *Turma Estratégica Federal* receberá o recurso de *Apelação Estratégica* - do acórdão proferido pela *Turma Estratégica Federal* caberá o *Recurso Estratégico de Justiça* ao *Superior Tribunal de Justiça* que através da *Turma Estratégica de Justiça* analisará ofensa à Lei Federal Ordinária - ou o intitulado *Recurso Estratégico Constitucional* dirigido ao *Supremo Tribunal Federal*, que através da *Turma Estratégica Constitucional* analisará ofensa à Constituição Federal.

- o segundo intitula-se *funcionalismo jurídico estratégico*, que realiza algumas passagens pelas escolas do funcionalismo: Político; Social (tecnológico e econômico); Sistêmico, para indagar quanto a autonomia do direito; anuncia os primeiros estudos acerca do que se expressa como sendo um “funcionalismo estratégico da ciência penal econômica”;

- o terceiro recebe a expressão de *jurisprudencialismo estratégico*, de concepção teórica antipositivo legalista com a “jurisprudência dos interesses estratégicos” num sistema jurisprudencial autônomo-decisório-estratégico, que encontra sua problematização no campo das resoluções que envolve: a proposição da *tomada de decisão jurídico-político-social* vs a da *eficiência e eficácia*, o funcionamento jurisprudencial da cientificidade *no caos* e o estado da cientificidade *do caos*; a política do pragmatismo jurisprudencial em momentos estratégicos (sistema aberto de regras e princípios); o jurídico-constitucional vs o político-

constitucional; o juízo decisório estratégico de complementação que vai preencher a construção legislativa (*Case Law*) nopolítica de estreitamento entre os poderes constituídos, no surgimento do legislador político-econômico-social e do juiz científico-estratégico ou *magistrado estratega*.

Conclusivamente pode-se dizer que se trata da odisseia do *direito penal econômico estratégico*, uma ideia ou uma reunião de ideias, um projeto científico jurídico-filosófico com elementos conformadores de inaugural elaboração, produção e concepção de uma teoria geral da ciência criminal econômica moderna, num modelo constitucional de um Estado republicano de direito material. Um Estado de direito renovado, da renovação no seu papel fundamental de protetor e garantidor do exercício da liberdade pública no postulado da ética para todos, o pensamento proporcional de convivência conjunta entre o público e o privado. Um Estado republicano e democrático participativo-direto de direito material. Um Estado de direito da densidade, da intensidade, da emitância e da radiância político-social de gene da mundialização.

3. Considerações finais

Os fragmentos ou primeiros lineamentos teóricos do pensamento estratégico aplicados no campo da ciência do direito buscam ofertar preliminarmente dois momentos contributivos que são tanto fundantes quanto estruturantes para o progresso e desenvolvimento da investigação jurídico-científica de matriz da criminalística econômica que anuncia uma “natureza” multidisciplinar.

O contributo, *momento fundante*, científico inicial é identificado no cenário de investigação do que é intitulado de *Teoria Estratégica da Ciência do Direito*, em que se busca o redescobrimiento dos estudos filosóficos e de direito criminal daquele que é

considerado o maior penalista brasileiro do século XIX (Tobias Barreto), na identificação do paradigma jurídico-filosófico de um *funcionalismo cultural, histórico e socioantropológico* – que interpretamos como modelo original de um funcionalismo jurídico-político-material –, os lineamentos da teoria estratégica ofertam o contributo científico da construção de um funcionalismo jurídico fundado e legitimado por um modelo de metodologia denominado de *apropriação direta e aplicada dos objetos científicos constitutivos do direito como ciência*. O apontamento doutrinário de conteúdo filosófico que afirma como característica principal da teoria e ciência do direito a ausência de um objeto científico próprio, o que indica necessariamente um paradoxo científico. O direito como ciência de poder, dominação e civilização sustenta seu *status* científico por via do instrumento metodológico da apropriação de matérias científicas externas, isto é, imprime uma política de se apropriar de matérias que se encontram sob a análise de outras ciências (matrizes políticas, sociais e naturais), visando à sistematização teórica global dos mecanismos conformadores da convivência comunitária e social.

Daí poder dizer-se que o contributo original, portanto, deve ser identificado na interpretação tobiática filosófica da ciência do direito (*sobre uma nova intuição do direito*) como uma teoria de raiz estratégica. O processo de renovação da interpretação jurídica como elemento intrínseco do sistema é anunciador da *Teoria Estratégica da Ciência do Direito* circunscrita ao campo criminógeno da *ciência criminal secundária* ou *direito penal econômico*, porém seu campo é elástico no que diz respeito aos instrumentos utilizados para a investigação jurídico-científica, estes interpretados pelo método da multidisciplinaridade. O que implica na renovação do direito como *ciência aplicada*, que deve passar a ser produzida com o objetivo de ser empregada em situações prático-sociais na esfera “básica científica” que trata dos aspectos mais gerais ou fundamentais e alcançando o nível mais complexo da

realidade criminógena econômica identificada nas relações comunitárias, a mensagem explícita de participação fundamental nos conhecimentos exigidos e necessários ao exercício de poder de um campo de atualidade social, ou seja, a *Teoria Estratégica da Ciência do Direito* como poder jurídico com força para determinar a regulação da convivência comunitária e assegurar o discurso de uma legalidade substancial fundada numa política de ação e intervenção.

A apresentação de outro contributo, *momento estruturante*, deve ser vislumbrada ou reconhecida na estruturação teórico-filosófica daquilo que é denominado de *Teoria Constitucional do Direito Penal Econômico Estratégico*. Uma estrutura (base jurídica) formulada por dois planos conexos - política de comunicação ininterrupta setorial de operacionalização - responsável pelo processo operativo do “sistema estratégico”, elementos da ordem sistemática estratégica que são instrumentos metodológicos legitimados para movimentar o relacionamento entre as partes e determinar as características e o funcionamento global do sistema.

Os estudos preliminares dos planos conexos informam acerca de dois cenários jurídico-científicos carecedores de um processo crítico, que são:

O primeiro deles, de caráter principiológico conformador basilar, deve receber a crítica demonstrativa do exaurimento dos conceitos jurídicos de tempo e espaço diante da ausência material do *locus delicti*; a proposta de um “princípio de legal-oportunidade criminal econômica estratégica” (delitos econômicos, crime organizado transnacional, máfia e empresa); a intensificação do discurso tipológico aberto dos crimes econômicos com a constitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato e concreto, acompanhada das normas penais em branco e a

interpretação analógica; a identificação das diversas formas de ilicitude com o advento sociológico do modelo abstrato da multiplicação, a denominada ilicitude da realidade prático-social econômica; a proposta da substituição do princípio de culpabilidade (abandono da culpa ética) mediante a utilização da teoria da apropriação direta e aplicada, por um princípio funcional-material de responsabilidade penal econômica na estabilização dos interesses comunitários; a formulação de uma teoria da causalidade de “adequação abstrata” fundada na teoria sociológica do risco de perspectiva conjunta *ex ante* e *ex post*; a análise da complexidade do instituto do concurso de pessoas no campo dos delitos econômicos em face da diversidade do sujeito (pessoa física e jurídica) com a política da renovação do poder de punir, o que denominamos de *ius puniendi oeconomicus strategicus*.

O segundo cenário do “criticismo estratégico” é visto no campo da teoria do bem jurídico. A construção da ideia de bem jurídico supraindividual (paradigma das gerações) no sistema do direito penal econômico estratégico como critério econômico-constitucional de *exigência, necessidade e reconhecimento* (na negação da tese do *penalmente relevante*), o argumento teórico trifásico surge como fundamento da intervenção penal; a teoria do bem jurídico como “ponto estratégico” da intervenção penal diante da constatação sociológica da atividade econômica nacional e internacional como espaço aberto para o desenvolvimento da criminalidade difusa, isto deverá criar um espaço real para o uso da dogmática penal supranacional: tratados e convenções internacionais; ofertar o pensamento da Constituição (normatividade fundamental) como instrumento jurídico-político aberto e material (a interpretação estratégica de uma política de equilíbrio entre interesses e valores, rigidez e flexibilidade constitucionais), para delimitar o espaço dos “princípios penais econômicos constitucionais estratégicos”; a introdução da

metodologia da apropriação direta e aplicada por via dos fragmentos funcionalistas (Tobias Barreto “histórico, cultural e sociológico” no jogo de forças e na necessidade de combater; Posner, Popper, Becker, Calabresi, Unger, Dworkin “político-material” da *Law and Economics* e *Critical Legal Studies/Scholars*; Luhmann e De Giorgi “sistêmico”; e, Habermas “teoria do agir comunicativo”), para o advento do funcionalismo jurídico estratégico; a iniciação de uma teoria antipositiva formal na expressão de uma jurisprudência estratégica constitucional material, em que se encontra o “magistrado estratega” exercendo a defesa dos interesses econômicos estratégicos do Estado e da Sociedade, devendo aparecer como representante de uma “justiça penal econômica constitucional estratégica”.

Strategic science of law and strategic economic criminal law - theoretical fragments of a new intuition on the science of criminal law and secondary criminal science

ABSTRACT: These legal and philosophical letters tell the lines of the cognitive world of ideas reflected in what we call “thinking strategic applied to the science of law and economic criminal law. Translation of rupture with modern thinking and enlightened legal and theological matrix formal and legalistic, an expression of pure positivism. The “strategic thinking of the science of law” seeks to establish “a new insight on the law” and about modern criminal law, based on matrices such as the officialdom cultural, historical and socio-anthropological theories of political thought construction the model of the modern state in the renovation of state affairs, and in infinity cognitive strategic thinking of war.

Keywords: Economic Penal Law; Strategic Thinking; Strategic Theory of Law.

NOTA DOS REVISORES: Da forma como o autor deste artigo apresentou suas notas de referência, dispensa-se inteiramente qualquer sistema de chamada, o qual remeteria a uma lista de referências postas ao final. Luciano do Nascimento Silva lança mão de notas de rodapé, notas explicativas, notas de referência, ou ainda, notas mistas onde expõe livremente seus comentários acerca de fontes e ideias, conformando uma maneira particular de produção de notas. Pareceu aos revisores

que a conversão ao sistema autor-data traria prejuízos de fluência estilística ao texto original. Mantivemos, contudo, os parâmetros de citação técnica adotados por esta revista.

Nota do Editor:

Submetido em 31 mar. 2010. Aprovado em 29 set. 2010.

Prima Facie, 2009, jul-dez. Edição publicada em março de 2011.

<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/index>