

**UNIVERSIDADE VALE DO ACARAÚ - UVA  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA  
PARA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA  
CONSTITUCIONALISTA DO DELITO**

Marcos José de Oliveira

Fortaleza - CE  
Março, 2008

MARCOS JOSÉ DE OLIVEIRA

**A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL COMO FERRAMENTA  
PARA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA  
CONSTITUCIONALISTA DO DELITO**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Vale do Acaraú/Escola de Magistratura do Estado do Ceará, sob a orientação de conteúdo do professor M.s. Flávio e orientação metodológica da professora Núbia Garcia.

Fortaleza - Ceará  
2008

Com obstinação e reconhecimento pela importância em todos os projetos da minha vida, dedico esse trabalho:

Aos meus pais **José Monteiro** e **Zilmar**,  
com o mais profundo e puro afeto.

Ao meu amor **Rebeca**,  
que tem me ensinado a cada dia a simplicidade da vida.

Aos meus irmãos **Carlos** e **Zuleida** e ao meu amigo **Iran**,  
sem eles as minhas conquistas seriam mais dolorosas e difíceis.

## AGRADECIMENTOS

Deixo aqui registrado, de forma especial, agradecimentos ao meu orientador, Professor Flávio Araújo, pelas orientações e críticas oferecidas ao longo desta pesquisa, o que permitiu o rumo na concepção de um pensamento mais criterioso, lógico e cuidadoso, nas posições apresentadas, e, até mesmo, assumidas.

## RESUMO

Na atualidade constata-se a forte aproximação da Constituição com a teoria do delito, de modo que os estudos demonstram que a evolução da teoria do delito no decorrer da história está relacionada ao modelo e fundamento político-filosófico adotado pelo Estado. Constatamos, assim, a íntima e estreita relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado Democrático de Direito com o Direito Penal, de modo que este deve ter um perfil minimalista e garantista, de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Constatamos, ainda, que essa aproximação da Constituição resulta da concepção atual desta como um *sistema normativo de regras e princípios*, e que esta deve ser entendida como “reserva de justiça”. O resultado disso é que através da filtragem constitucional houve uma releitura do ordenamento jurídico-penal, de modo que este foi “contaminado” com os valores advindos da Constituição. A norma penal que expressa uma pauta de conduta, através da norma imperativa dela extraída continua tendo seu valor, no entanto sem prescindir um olhar diferente sobre a dimensão valorativa da norma penal, ou seja, os valores constitucionais supervalorizaram a dimensão valorativa da norma penal. Assim, a teoria do delito não poderia continuar a ser lida da mesma forma, como também não poderia mais prestigiar tão-somente o desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado. O Direito Penal somente poderia refletir “reserva de justiça”, se houvesse uma modificação do conceito de crime, e crime é agora entendido, a partir da filtragem constitucional, como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico relevante protegido pela norma penal.

Palavras-chave: Teoria do delito. Fundamentos político-filosóficos. Estado Democrático de Direito. Filtragem Constitucional. Teoria constitucionalista do delito

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	
2 TEORIA DO DELITO .....	12
2.1 Breve evolução histórica .....	15
2.1.1 Positivismo .....	16
2.1.2 Neokantismo .....	18
2.1.3 Finalismo.....	19
2.1.4 Normativismo .....	22
2.1.4.1 Teleológico-funcional .....	24
2.1.4.2 Funcional-Sistêmica .....	25
2.2 Relação entre os fundamentos político-filosófico do Estado com a teoria do.....	
delito .....	27
2.2.1 Estado de Direito .....	28
2.2.2 Estado Social .....	29
2.2.3 Estado Nacional-Socialista .....	30
2.2.4 Estado Comunista .....	32
3 FILTRAGEM CONSTITUCIONAL .....	34
3.1 Conceito .....	37
3.1.1. Preeminência normativa da Constituição .....	40
3.1.1.1 Interpretação conforme a Constituição .....	40
3.1.1.2 Declaração de inconstitucionalidade .....	42
3.1.1.3 Aplicação direta da norma constitucional .....	43
3.1.2 Sistema normativo aberto de regras e princípios .....	44
3.2 Filtragem constitucional na construção de uma nova teoria do delito .....	47
4 TEORIA CONSTITUCIONAISTA DO DELITO .....	51
4.1 Estado Democrático de Direito .....	51
4.1.1 Princípio estruturante: Estado de Direito .....	56

4.1.1.1 Princípio da legalidade .....	58
4.1.2 Princípio estruturante: princípio democrático .....	60
4.2 Princípios fundamentais específicos .....	63
4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana .....	63
4.2.2 Princípio da intervenção mínima .....	67
4.2.3 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos .....	70
4.2.3.1 Breve evolução .....	71
4.2.3.2 Conceito de bem jurídico .....	72
4.2.3 Princípio da culpabilidade .....	74
5 ELEMENTOS INTEGRANTES DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA.....	
DO DELITO.....	77
5.1 Tipicidade.....	78
5.2 Conduta .....	81
5.3 Nexo causal .....	82
5.4 Resultado naturalístico .....	83
5.5 Resultado jurídico .....	83
5.6 Antijuricidade .....	85
5.7 Culpabilidade .....	89
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	91
REFERÊNCIAS .....	93

# 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a teoria do delito, bem como sua evolução, e constatar se a filtragem constitucional foi usada como ferramenta para a formulação de uma nova teoria do delito, de cunho constitucionalista, tendo como paradigma a norma constitucional; além disso, analisar, como objetivo específico a relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado Democrático de Direito com o Direito Penal, demonstrando a íntima relação destes, bem como analisar a relação entre a Constituição e o Direito Penal, de modo que dessa relação surja uma nova teoria do delito fruto do instituto próprio do Constitucionalismo moderno a filtragem constitucional.

A importância deste trabalho infere-se da relevância do Direito Penal na sociedade, pois este tem como missão a proteção dos bens jurídicos e a diminuição da violência estatal e privada.

A construção de um Estado Democrático de Direito passa pela formulação de um Direito Penal democrático, para isso fazendo-se necessários estudo, aprofundamento e aperfeiçoamento da teoria do delito.

E por que a teoria do delito? Porque esta é a área do Direito Penal que estuda o conceito de crime. E conceituar o crime é uma maneira de concretizar a missão do Direito Penal, que é proteger bens jurídicos e diminuição da violência estatal e privada.

A preocupação com esse tema cresce sempre já que temos uma onda de movimentos que propagam um Direito Penal antidemocrático, máximo, autoritário e do inimigo como temos visto nos Estados Unidos, com o movimento lei e ordem, e na Europa, principalmente na Alemanha, com o pensamento funcionalista de Jakobs idealizador do Direito Penal do inimigo.

Neste estudo da teoria do delito, procuramos identificar a relação desta com os fundamentos político-filosóficos dos Estados.

Partindo da premissa de que essa relação é íntima e estreita, nos perguntamos qual é a atual estrutura da relação entre o Estado Democrático de Direito e a teoria do delito.

Além disso, nos questionamos; sendo a Constituição o texto máximo de um Estado Democrático de Direito, que traz em si os valores do Estado e os princípios fundamentais do cidadão eleitos pelo povo como supremos, inquestionáveis e intangíveis, qual a sua relação



com a teoria do delito? Poderia esta servir de filtro axiológico para a formação de uma nova teoria do delito?

Para essas perguntas, procuramos explicar o problema mediante a análise da literatura, publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita, que envolva o tema, além da documental, através de projetos, leis, normas, resoluções, pesquisas na rede mundial de computadores, dentre outros que tratam sobre o tema, sempre procurando fazer uso de material que ainda não foi objeto de tratamento analítico.

No segundo capítulo, conceituamos crime na perspectiva formal, em que representava uma mera subsunção do fato à letra da lei; depois, numa perspectiva material, que é a definição do conteúdo e da essência do delito, e por último, tratamos o crime numa perspectiva analítica, mostrando sua importância e vantagem em relação às perspectivas anteriores, sem, contudo, entrar na discussão de quantos elementos compõem o delito, pois partimos já da idéia de que delito é composto por tipicidade, antijuricidade e culpabilidade.

Ainda no capítulo, estudamos a evolução histórica da teoria do delito e o fundamento filosófico dessas teorias, tendo sido estudado o positivismo, que influenciou a teoria causalista, neokantismo, finalismo e o funcionalismo, frisando suas principais características e críticas.

Por último, no mesmo capítulo, traçamos as linhas de relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado com a teoria do delito. Com esse fito, abordamos o Estado de Direito, Estado Social, Estado Nacional-Socialista, Estado Comunista, demonstrando a estreita relação desses Estados na influência da teoria do delito. Não fizemos do Estado Democrático de Direito, pois deixamos para um capítulo à frente, por ser mais apropriado e sistemático.

No terceiro capítulo, estudamos a filtragem constitucional. Para tanto, fizemos inicialmente algumas considerações em torno do neoconstitucionalismo, que teve como marco fundamental a teoria da *força normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, possibilitando assim, uma ruptura epistemológica na concepção do Direito Constitucional, bem como do Direito de modo geral.

Posteriormente, conceituamos filtragem constitucional como um processo em que toda a ordem jurídica passa por um filtro axiológico da Constituição, numa perspectiva formal e material, possibilitando assim uma releitura do ordenamento jurídico e atualização de suas

normas; ou seja, é uma purificação e “contaminação” das normas infraconstitucionais com os valores emergentes da Constituição.

A filtragem constitucional possui dois pressupostos: *preeminência normativa da constituição e sistema normativo aberto de regras e princípios*.

Para o primeiro, devemos entender que a Constituição se encontra no ápice de todo o ordenamento jurídico, de modo que o fundamento de validade da norma por último é a Constituição. Assim sendo, todas as normas infraconstitucionais devem encontrar-se compatíveis, formal e materialmente, com a Constituição. Para isso, se utiliza da interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade e aplicação direta da norma constitucional.

Para o segundo, sistema normativo aberto de regras e princípios, pois o ordenamento jurídico um sistema formado por normas, é aberto, uma vez que possibilita um diálogo com a realidade, tendo como resultado a Constituição como reserva de justiça. Além disso, essa Constituição é formada de regras e princípios, todos com normatividade, ou seja, de aplicação direta e capaz de gerar direito.

Resta claramente constatado que a aproximação do ordenamento jurídico infraconstitucional com a Constituição resulta da *filtragem constitucional*, que pressupõe um sistema normativo aberto de princípios e regras. O resultado disso é uma releitura de todo o ordenamento jurídico através do *filtro axiológico* da Constituição.

Em conseqüência, o Direito Penal deve expressar em suas normas os valores principiológicos postos na Constituição, através dos *princípios estruturantes, princípios fundamentais gerais e específicos*, além dos *princípios implícitos* decorrentes daquela, tudo em função do centro e fundamento da Constituição que são os *direitos fundamentais*, sobretudo da *dignidade da pessoa humana*.

Assim, os *princípios constitucionais*, sobretudo *os estruturantes, princípios do Estado de Direito e princípio democrático*, impõem a filtragem para a formação de um *direito penal garantista e democrático*.

Diante disso, fica demonstrado que o resultado da filtragem constitucional na teoria do delito teve como conseqüência a formulação da teoria constitucionalista do delito.

No quarto capítulo, passamos a analisar a teoria constitucionalista do delito, primeiramente fazendo a sua relação com os fundamentos político-filosóficos do Estado Democrático de Direito.

Aprofundamos também, o vínculo entre a Constituição e a teoria do delito, no estudo dos *princípios constitucionais* na perspectiva da *dogmática principialista estruturante* de Canotilho.

Assim abordamos os *princípios estruturantes* (*Estado de Direito e princípio democrático*), *princípios fundamentais específicos* (*princípio da legalidade e princípio da dignidade*), depois estudamos os *princípios implícitos* (*princípio da intervenção mínima, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da culpabilidade*).

No último capítulo, conceituamos crime resultante da teoria constitucionalista do delito, que representa a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Demonstramos que o traço marcante da teoria constitucionalista do delito reside na afirmação de que, para a existência do crime, é necessário à configuração de um resultado jurídico relevante, sendo conceituado como lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico protegido pela norma penal. Além disso, outro elemento de traço diferencial que compõe essa teoria é a imputação objetiva.

O resultado jurídico relevante pressupõe um resultado concreto ou real, transcendente, grave ou significativo e intolerável.

Analisamos, ainda, os elementos principais do conceito analítico da teoria constitucionalista do delito: conduta, dolosa ou culposa, nexa causal, resultado naturalístico, resultado jurídico relevante, tipicidade material, antijuricidade e culpabilidade. Na abordagem desses elementos demos ênfase aos aspectos diferenciadores da teoria constitucionalista do delito.

Assim, espera-se que haja o despertar de um interesse maior pelo tema e daí possa implementar as idéias aqui delineadas para a construção de um Direito Penal mínimo e garantista, de modo que venha a fortalecer a missão do Direito Penal e a sedimentação de um Estado Democrático de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana.

## 2 TEORIA DO DELITO

Conceituar não é tarefa das mais fáceis, principalmente quando se propõe a elaboração de um conceito científico. Nessa tarefa a Ciência Penal se utiliza dos métodos científicos.

O método científico mais difundido na Ciência Penal é o método dogmático, podendo ser conceituado como “[...] análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos (unidades ou dogmas) e na reconstrução destes elementos de forma coerente, tudo o que produz como resultado uma construção ou teoria.”<sup>1</sup>

A dogmática penal cuida da construção de uma Ciência Penal<sup>2</sup> lógica, em si, e não contraditória com o texto da lei penal e que deve ser respeitada, apesar de não ser possível uma elaboração de valor absoluto, já que as proposições da Ciência Jurídica não seguem a regra de “verdadeiro” ou “falso”, como se dá nas ciências naturais, mas sim tem como fundamento um juízo de valor.

Nas palavras de Gimbernat Ordeig, a dogmática penal “estabelece limites e constrói conceitos, possibilita uma aplicação do Direito Penal segura e previsível e o subtrai da irracionalidade, da arbitrariedade e da improvisação”.<sup>3</sup>

Devemos ainda compreender que dogmática jurídica não se confunde com a idéia de direito positivo, que deve ser entendido com o direito posto, vigente e instrumental, enquanto aquela, “por sua vez, consiste naquele corpo de saberes, construído pelos juristas no decorrer dos tempos, voltando ao comentário da lei, à exegese do Direito e a sistematização de dispositivos num corpo coerente”.<sup>4</sup>

Antes de delinear um conceito da teoria do delito, analisaremos duas problemáticas nessa tarefa; primeiro, que é o estabelecimento de um critério uniforme, e o segundo, quanto aos limites da dogmática penal.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 159.

<sup>2</sup> Devemos esclarecer que foi mérito de Franz Von Liszt a sistematização da Ciência Penal em um modelo tripartido que seria composto pela ciência estrita do Direito Penal, também conhecida como dogmática penal, criminologia, que estudaria as causas do crime e política criminal que seria um conjunto de princípios voltados para a causa do crime e os efeitos da pena, devendo o Estado buscar a diminuição da criminalidade através das penas. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999, p. 23-24.

<sup>3</sup> *ibid.*, 2004, p. 166.

<sup>4</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 64.

A busca por um critério uniforme para a teoria do delito entrelaça-se com o problema da própria dogmática penal, pois se encontra na questão da primazia ou não da dogmática penal sobre política criminal.<sup>5</sup>

Partindo da premissa de uma metodologia científica, duas questões se impõem. Primeiramente, a formulação de uma teoria do delito numa perspectiva lógico-jurídica em que o delito é concebido por meio de um conceito universalmente aceito, em que não há nenhuma variação no tempo e espaço; ou, adoção de uma concepção jurídico-positiva, em que o fenômeno criminoso, objeto principal da teoria do delito é analisado e conceituado em função de determinado ordenamento jurídico.

Com a instituição do princípio da legalidade (princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*), é forçoso que a análise da teoria do delito enverede pelo caminho da concepção jurídico-positiva, não que aqui estejamos asfixiando a política criminal, mas sim privilegiando a dogmática penal.

Essa escolha não implicará apego cego à letra da lei, como se estivéssemos preso a uma metodologia científica estritamente positivista, sabemos que a Ciência Jurídica, bem como a Dogmática Penal, não se encontra imune a concepções ideológicas.

Como bem explicou Luiz Fernando Coelho, analisando a Teoria dos obstáculos epistemológicos, “[...] a neutralidade ideológica é uma impossibilidade epistêmica, pois o sujeito não é mero observador que descreve um objeto enquanto se situa fora dele, mas um partícipe do social, enquanto o reconstrói como ordem real e conceitual.”<sup>6</sup>

Ademais, a lei pode se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados, difusos e “componentes autoritários que fecham o discurso”<sup>7</sup>, de modo que possam ser formulados conceitos jurídicos defeituosos, não por culpa da dogmática jurídica, mas pelos pressupostos ideológicos escolhidos que precederam o método.

---

<sup>5</sup> Não nos aprofundaremos no tema, pois foge da abordagem principal, mas remetemos o leitor para o livro que trata o tema com singular e maestria clareza de DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>6</sup> Ibid., 1999, p. 47.

<sup>7</sup> “(Por ‘componentes autoritários que fecham o discurso’ se entendem expressões, que embora possam ter um conteúdo, são empregadas sem conteúdo, com a mera pretensão de emudecer o oponente: o ‘sentimento do povo’, o ‘supremo interesse do Estado’, os ‘interesses do proletariado’, ‘a moral’, a ‘ética’, a ‘defesa da sociedade’, a ‘segurança nacional’ etc. Seu caráter de componente autoritário do discurso não deriva tanto da própria expressão, mas de seu emprego carente de conteúdo, como ‘curinga’ para ‘terminar a questão’).” – ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 166.

Passemos, agora, a conceituar a teoria do delito, como sendo a área da Ciência Penal que estuda, analisa e sistematiza os elementos formais e substanciais do delito.

Para Zaffaroni e Pierangeli, “a teoria do delito é uma construção dogmática, que nos proporciona o caminho lógico para averiguar se há delito em cada caso concreto.”<sup>8</sup>

No estudo do fato punível, a teoria do delito se utiliza do método analítico, que pressupõe níveis e planos de análise de requisitos, de modo que a negativa de um impossibilita a passagem para o próximo nível.

Esses níveis são compostos pela tipicidade, antijuricidade, culpabilidade e punibilidade.<sup>9</sup>

A questão aqui é metodológica, não implicando dizer que o delito pode ser visto de forma unitária, como desejou a Escola de Kiel<sup>10</sup> ou pelo método sintético que avança por tese, antítese e síntese.<sup>11</sup>

Devemos, ainda, lembrar que o critério analítico busca tão-somente sistematizar a análise das diversas dimensões que permeiam o mesmo fato punível, por serem individualizados e inter-relacionados ao mesmo tempo, tornando, assim, o delito um fenômeno complexo.

O método analítico foi muito acolhido pela doutrina, por ter dado ao fato punível uma estruturação sistemática e lógica, e de fácil apreensão, contudo, não significa ser o único.

Podemos, ainda, conceituar o fato punível numa perspectiva material, ou seja, é definir o comportamento humano, quanto ao conteúdo, que deve ser tido como ilícito penal, quiçá a própria definição do objeto de estudo da Ciência Penal. E mais, como bem explicou Jorge de Figueiredo Dias:

Quando se pergunta pelo conceito material de crime procura-se uma resposta, antes de tudo, à *questão da legitimação material do direito penal*, isto é à questão de saber

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 366.

<sup>9</sup> Não entraremos aqui na discussão quanto aos níveis necessário para se perfazer o conceito de fato punível, no entanto devemos deixar claro que majoritariamente a doutrina adota o modelo tripartido, ou seja, fato típico, antijurídico e culpável, no entanto entendemos nós que no ordenamento jurídico brasileiro o modelo adotado foi o quadripartido, ou seja, acrescentamos à punibilidade.

<sup>10</sup> “[...] Essa escola – representada, principalmente, por F. Schaffstein e G. Dahm – sustentou o chamado Direito Penal da vontade (*Willensstrafrecht*) ou Direito Penal do autor (*Taterstrafrecht*), procurando construir uma base teórica para o Direito Penal do nacional-socialismo. Como nota característica desse Direito autoritário, Antón Oneca, após tecer-lhe severas críticas, cita as frases seguintes de Schaffstein e Dahm: ‘o crime não é só fundamento, senão ocasião da pena; o Estado utiliza a pena para tornar visível aos olhos de todos o seu poder; na pena se manifesta simbolicamente a dignidade do Estado’ (*Derecho Penal*).” PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constitucional**. 3. ed. rev. atual. Ampl. São Paulo: RT, 2003. p. 39

<sup>11</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005, v.1. p. 254.

qual a fonte de onde promana a legitimidade para considerar certos comportamentos humanos como crimes e aplicar aos infratores sanções de espécie particular.<sup>12</sup>

A análise do crime numa perspectiva analítica e material não é excludente, mas sim complementar, todavia a última foi mais usada pelas ciências sociais e pela política criminal.

No decorrer deste nosso estudo da teoria do delito, por vezes abordaremos o fato punível numa perspectiva analítica ou dogmática e por outra numa perspectiva material, de modo que sempre que possível tentaremos abordar as duas visões.

## 2.1 Breve evolução histórica

Antes de iniciar a análise da evolução da teoria do delito no decorrer da história, uma consideração se torna imperiosa, primeiramente, por aclarar nossa concepção, quando do desenvolvimento da matéria, e segundo por ser de fundamental importância para confirmação das hipóteses<sup>13</sup> que este trabalho se propõe responder.

No desenvolvimento da evolução da teoria do delito, é comum a afirmação de que uma teoria teve a finalidade de superar a anterior e, no entanto, nenhuma conseguiu afastar completamente, continuando uns juntos aos outros.<sup>14</sup>

Essa forma de pensar o saber científico não logra êxito, e quem melhor construiu o tema foi o filósofo Gaston Bachelard, afirmando que em todas as ciências, e assim na Ciência Jurídica, o conhecimento não é evolutivo, mas sim descontínuo. O saber e o conhecer científico não trabalham com evolução e sim com progressividade, dando o nome desse fenômeno de *ruptura epistemológica*.

Essa ruptura epistemológica é, de forma ímpar, explicada por Marilena Chauí:

Um cientista ou um grupo de cientistas começam a estudar um fenômeno empregando teorias, métodos e tecnologia disponível em seu campo de trabalho. Pouco a pouco, descobrem que os conceitos, os procedimentos, os instrumentos existentes não explicam o que estão observando nem levam aos resultados que estão buscando. Encontram, diz Bachelard, um ‘obstáculo epistemológico’.

Para superar o obstáculo epistemológico, o cientista ou o grupo de cientistas precisam ter a coragem de dizer ‘Não’. Precisam dizer não à teoria existente e aos métodos e tecnologias existentes, realizando a ruptura epistemológica. Esta conduz a elaboração de novas teorias, novos métodos, que afetam todo o campo de

<sup>12</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 54.

<sup>13</sup> “Destarte, verifica-se que o discurso da filtragem constitucional e da constitucionalização do direito infraconstitucional insere-se num momento teórico de superação de conseqüências advindas do discurso crítico e, tomando seus referenciais epistemológicos, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito[...] Esses pressupostos epistemológicos, por certo, irradiam-se em pressupostos propriamente teórico-jurídico necessários para pensar a Filtragem Constitucional.” SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999, p. 60.

<sup>14</sup> Por todos Jorge de Figueiredo Dias.

conhecimento existente [...] Quando há descontinuidade interna, não há, porém, ruptura total, pois diz Granger, como é mantida a mesma visão objetiva do campo de fatos, a teoria anterior é incorporada como um caso particular (às vezes até diminuto) da nova teoria, mas universal. Há descontinuidade, mas não há destruição da teoria anterior.

É neste enfoque que procuraremos abordar a evolução histórica da teoria do delito, percebendo as rupturas epistemológicas e as linhas de descontinuidade, quando estas foram total ou somente de forma parcial, por ser interna.

### 2.1.1 Positivismo

É um movimento científico no final do século XIX, que entende que a ciência como contemplativa ou especulativa, devendo limitá-se à pesquisa das causas e efeitos, de modo que dessas percepções, possa extrair leis.

O positivismo convenceu-se de que seu método era o ideal, pois era possível transferir a certeza que as ciências físico-matemáticas detinham para as ciências sociais.

Com efeito, a Ciência Jurídica será verdadeiramente ciência enquanto se fundar sobre fatos indiscutíveis; diante disto, o objeto da Ciência do Direito é tão-somente o que encontra na lei, no direito positivo.<sup>15</sup>

Ademais, a Escola da Exegese, enraizada pela visão positivista, preconizou o desenvolvimento de uma análise literal e a suficiência da lei escrita.

Na Ciência Penal, a teoria do delito formula o conceito clássico do fato punível, sendo seu expoente o alemão Franz Von Liszt que, utilizou como fundamento epistemológico a teoria *causal-naturalista*.

Acreditava-se ser mais seguro confiar na letra estática do texto legal. O legislador não o reconhecia, nem declara o crime, mas o criava. Antes da lei não existia nada no mundo jurídico, rejeitando-se qualquer noção jusnaturalista, e, após a sua criação, bastava um mero exercício lógico formal para se proceder ao enquadramento entre o que o modelo legal descrevia e o que objetivamente era praticado. Deste modo, crime não é uma estrutura lógico-objetiva axiologicamente indesejável, ou seja, algo que qualquer pessoa normal considera mal e pernicioso. Crime é aquilo que o legislador diz sê-lo e ponto final. Se tem ou não conteúdo de crime, não interessa. O que importa é o que está na lei.<sup>16</sup>

Diante disto, analiticamente, o conceito de fato punível tinha que a tipicidade era a mera subsunção formal do comportamento humano à letra da lei e “o tipo constitui apenas e tão-

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Régis, op. cit., 2005, p. 97-100.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral: 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1. p. 109.



somente a descrição objetiva, não encerrando elementos subjetivos, nem possuindo conteúdo valorativo”.<sup>17</sup>

A ilicitude é entendida como a contrariedade à lei, objetiva e valorativa, mas essa somente recai como resultado juridicamente indesejado.

À culpabilidade é que caberia um juízo de natureza subjetiva, ou seja, se havia dolo ou culpa do autor.

Segundo Bettioli, a valoração da tipicidade e antijuricidade era realizada pelo legislador no momento da elaboração da norma penal de forma abstrata, enquanto que o juízo de valor realizado pelo juiz era diverso por ser em concreto.

Quanto ao conceito material do fato punível reduziu-se nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, “[...] a observância do procedimento formal adequado ao Estado de Direito, isto é com a mera observância do princípio da legalidade em sentido amplo. Pressuposta a plena capacidade do legislador para dizer o que é e o que não é crime [...]”.<sup>18</sup>

A principal crítica que se faz a essa teoria é que o crime era tido somente sob o aspecto formal ou positivista. Crime era o que a lei estabelecesse, independentemente de seu conteúdo. Com isso, essa ausência de conteúdo possibilitou o uso desse conceito para fins de regime autoritário, já que o sistema não permitia discussão do conteúdo da norma.

A conduta humana estruturada pela Ciência Natural era equiparada à conduta animal, sem finalidade. Como afirmava Belling a conduta é uma simples distensão de músculo. Mais tarde Welzel, se utilizando da Biocibernética, provou que a conduta tem uma programação a partir de uma “antecipação do resultado”, assim, toda conduta tem uma finalidade, da qual este chamou de “antecipação biocibernética do resultado”.

Além disto, não explicava os crimes culposos, pois “a compreensão de que o fator decisivo do injusto, nesses crimes, é o desvalor da ação”.<sup>19</sup>

Ademais, o conceito de ação *causal* não cumpria a “*função limitadora de intervenção estatal*”<sup>20</sup>, pois, como entendia a ação como mera distensão muscular, uma pergunta se colocava? Porque o animal não comete crime?<sup>21</sup> O homem hipnotizado comete crime?

<sup>17</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000, p. 40.

<sup>18</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 54-55.

<sup>19</sup> CONDE, Francisco Munõz; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

A ação de um animal e do homem hipnotizado era somente excluída da análise penal em último nível, na culpabilidade.

### 2.1.2 Neokantismo

O neokantismo é uma corrente filosófica iniciada na Alemanha, no primeiro terço do século XX, que representa um retorno às idéias de Kant, na preocupação de superar o positivismo, sem, contudo, negá-lo.

A escola neokantista, de Marburgo, tem nas figuras de Hermann Cohen e Rudolf Stammler seus principais nomes. Estava alicerçada em três pensamentos: relativismo dos juízos de valores, racionalismo – a razão pura como meio de conhecer e a teoria das antinomias.<sup>22</sup>

A sua metodologia estava baseada no *dualismo* entre a relação ser e dever-ser e entre juízo de existência e juízo de valor. Diante disto, a realidade não pode ser vista tão-somente no campo do ser, como uma realidade causal-naturalista, como o positivismo pregava.<sup>23</sup>

Ao lado desse mundo do ser existe um outro paralelo e independente, que é o mundo do dever-ser. As ciências jurídicas não poderiam permanecer sendo vistas como as ciências naturais, porque a Ciência Jurídica é uma ciência do dever-ser, de modo que é impregnada de juízos de valores.

Assim, no dizer de Luiz Flávio Gomes, “O neokantismo [...] introduziu na teoria do delito a seguinte doutrina Kantiana: legalidade não se confunde com moralidade, o ser difere do dever-ser, a causalidade pertence do ser, mas o fundamental no sistema penal é a imputação derivada das normas (do dever-ser)”.<sup>24</sup>

O neokantismo continuou com a estrutura analítica de crime da Escola Clássica, no entanto reuniu valores aos elementos do fato punível.

---

<sup>20</sup> “[...] o conceito tem que permitir que, *ab initio* e independentemente das predicções posteriores, não podem nem devem constituir ações relevantes para o direito penal e para a construção dogmática penal [...]” DIAS, Jorge Figueiredo, op cit., 1999, p. 206.

<sup>21</sup> Pode ser estranha a pergunta, mas historicamente o direito penal antigo, já entendeu o animal como sujeito de crime. Por isso, a importância da função limitadora.

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 100-106.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 2005, p. 100-106.

<sup>24</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral: teoria constitucionalista do delito: 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, RT: LFG, 2006, v.3. p. 24

A tipicidade não é encerrada tão-somente em mera subsunção formal, mas representa uma valoração negativa do legislador, sendo agora uma “expressão legal da antijuricidade”<sup>25</sup>, como também a antijuricidade não poderia continuar a ser estampada somente como algo contrário à lei, mas deveria estar atrelada à valoração social de dano, ganhando um aspecto subjetivo. E, por último, a culpabilidade não tinha somente um cunho subjetivo de natureza psicológica, mas sim agora psicológico-normativo (reprovabilidade pessoal do agente).<sup>26</sup>

Quanto ao conceito material do fato punível, a Escola Neoclássica introduziu no conteúdo do ilícito penal a idéia de bem jurídico<sup>27</sup>. O delito não poderia ser compreendido como mero fato contrário ao Direito, mas também deveria ser ofensivo a um determinado bem jurídico valorado como importante<sup>28</sup>. A razão que legitimava o Direito Penal era o valor dado a determinados bens jurídicos.

A crítica que se faz ao neokantismo reside na manutenção da estrutura do conceito de crime semelhante ao positivismo, todavia acrescentando na estrutura lógico-abstrata do positivismo os juízos de valores.

Passou-se a afirmar que o neokantismo é um positivismo aberto à filosofia de valores.

### 2.1.3 Finalismo

O finalismo, que teve como idealizador o alemão Welzel, revolucionou a teoria do delito, superou o positivismo, algo que não havia sido realizado pelo neokantismo e ainda desmontou o pensamento da Escola de Kiel.

Lançando sua base em fundamentos científicos, modificou a dogmática jurídico-penal em sua visão epistemológica *objetivista*, fundada no ser já dotado de conteúdo valorativo, refutando a *causal-naturalística* e a *valorativa* do neokantismo.<sup>29</sup>

*O direito não pretende ser qualquer coisa além de uma ordem reguladora da conduta. Para isso tem que respeitar o ‘ser’ da conduta. O ‘ser’ da conduta é o que chamamos ‘estrutura ôntica’ e o conteúdo que se tem deste ‘ser’, e que adequado a*

<sup>25</sup> Expressão utilizada pelo alemão Mayer.

<sup>26</sup> Ibid., 2006, p. 25.

<sup>27</sup> “Conforme as diretrizes do neokantismo, é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social’. Procura-se vincula-lo à *ratio legis* da norma jurídica – no sentido teleológico de cada tipo penal – o que acaba em um simples método interpretativo. A essência da noção de bem jurídico tutelado, de modo necessário, dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam”. JESCHECK; GOMEZBENITEZ, J. M.; MANTOVANI, Fernando; POLAINO Navarrete apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 106.

<sup>28</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p. 18.

<sup>29</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 106-110.

ele, é o ontológico (*onto*, ente, *ôntico*, o que pertence ao ente, *ontológico* o que pertence a ciência ou estudo do ente). Para indicar que o conceito ontológico corresponde a um ‘ser’ entendido realisticamente – e não de forma idealista, em que o ‘ontológico’ criaria o ‘ôntico’ – costumamos falar de conceito ‘ôntico-ontológico’ (Welzel). Em poucas palavras, *o conceito ôntico-ontológico de conduta é o conceito cotidiano e corrente que temos da conduta humana*.<sup>30</sup>

O *dualismo* metodológico do neokantismo, em que dividia o mundo existencial (ser) do mundo valorativo (dever-ser) é deixado ao lado para uma estruturação lógico-objetiva, em que o valor é inerente ao ser.

A estrutura lógico-objetiva, dado o suporte ontológico, não teria o condão de retirar a liberdade do legislador nas escolhas dos comportamentos passíveis de punição, entretanto esse comportamento deveria estar atrelado a uma estrutura finalista da ação ou à autodeterminação do homem.<sup>31</sup>

Os movimentos corporais ou atitudes que não fossem orientados pela consciência e vontade não poderiam ser incriminados pelo Direito Penal, pois era desprovido de ação finalista.

A teoria da ação cumpre, a princípio (pois, posteriormente veremos que essa vai se uma das críticas lançadas pela corrente normativista) sua “*função limitadora do intervencionismo estatal*” exigida pela Dogmática Penal. Sem maiores dilações, de início, o legislador não pode tipificar como crimes acontecimentos naturais ou comportamento animal, meras cogitações ou pensamentos e ações delirantes.

A teoria do delito, formulada em bases ontológicas, fundamentou-se na “natureza das coisas”, eliminando tanto as categorias absolutas deduzidas pela razão, valores eternos e imutáveis, como também o absolutismo do Direito Positivo, condicionando assim a elaboração do legislador do que seria delito.<sup>32</sup>

Há condições de possibilidade de experiência da realidade<sup>33</sup> que constituem um a *priori* material, como estruturas objetivo-materiais, próprias da cada região ontológica, que possibilitam e condicionam o conhecimento e a experiência concreta, e às quais o direito se conforma, em razão do que o real se integra e está de permeio a todas as categorizações jurídicas. O normativo e o real estão entrelaçados, no dizer de Welzel, pois, a viabilidade do direito depende da conformidade do concreto (real) ao abstrato (normativo)<sup>34</sup>.

Em resumo, bem se expressou Luiz Flávio Gomes:

<sup>30</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 388.

<sup>31</sup> MIR PUIG apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 109.

<sup>32</sup> REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 34.

<sup>33</sup> CASTANHEIRA apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 35.

<sup>34</sup> WELZEL apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 35.

A teoria do delito desenvolvida pela doutrina finalista é ontológica porque parte de um determinado conceito de ação (previamente estabelecido), que teria eficácia vinculante para o legislador. Existem estruturas lógico-objetivas (*sachlogische Strukturen*) que vinculam o legislador. São elas: conceito finalista de ação e autodeterminação da pessoa (que conduz ao conceito de culpabilidade normativa). Os valores não estão nos conceitos (neokantismo), mas sim na realidade. A função do Direito penal é a de proteger os valores elementares da comunidade.<sup>35</sup>

Urge que a teoria do delito deve ser totalmente reformulada, tendo por fundamento o conceito finalista da ação, que deveria ser entendida como atividade humana dirigida a um fim. Até então, esta teoria, positivista e neokantista, somente sofria influxo do desvalor do resultado<sup>36</sup>, agora deveria receber do desvalor da ação<sup>37</sup>.

Até, então, por exemplo, os causalistas não respondiam o porquê de o homicídio culposo ser apenado com maior gravidade do que o homicídio doloso<sup>38</sup>. Observe que o desvalor do resultado, no caso morte, era o mesmo, mas o desvalor da ação não.

Diante disso, o conceito analítico da teoria finalista do delito ficou estruturado dessa forma: a tipicidade não é vista mais somente objetivamente, pois agora é integrada por um elemento psicológico, que é o dolo, e um elemento normativo, que é a culpa. A antijuricidade, apesar de continuar sendo entendida como a contrariedade à lei, deve estar abrangida pela vontade (dolo) ou a violação do dever objetivo de cuidado nos crimes culposos. Com isso, o raciocínio inverso também é verdadeiro, ou seja, as causas de justificação requerem sempre uma consciência do agente de que atua sob autorização.

Por último, a culpabilidade não é mais psicológico-normativo, já que o dolo e a culpa foram para a tipicidade, sendo agora normativa pura, ficando assim compostos pela potencial consciência da ilicitude, inexigibilidade de conduta diversa e capacidade de entender e autodeterminação (imputabilidade).

Já a concepção material de delito pela teoria finalista é compreendida como *violação pessoal da norma imperativa*, ou seja, no dizer de Luiz Flávio Gomes:

[...] admitia como missão primeira do Direito penal a proteção dos valores éticos da sociedade (valores da consciência, de caráter ético-social). O Direito penal (dizia) só protege bens jurídicos de forma indireta. O que caracteriza o crime é a vontade do autor (de um determinado autor) de contrariar a norma concebida como imperativo dirigido a ele. Funda-se o delito, portanto, não no desvalor do resultado, sim, no

<sup>35</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p. 25.

<sup>36</sup> Deve ser entendido como a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. O resultado aqui aludido não é o naturalístico, mas sim o normativo.

<sup>37</sup> Refere-se à forma de praticar o delito, dolosa ou culposamente.

<sup>38</sup> Exemplo tirado do livro do CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral: 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3. 2003.

desvalor da ação (da conduta). A infração da norma imperativa constitui a essência do delito.<sup>39</sup>

Esta concepção é a que se encontra mais enraizada no pensamento popular, já que o delito traduz a idéia de pecado, imoralidade e censura na consciência da ordem moral.<sup>40</sup>

Algumas críticas surgiram, quanto à teoria finalista, primeiro, “a conformidade do direito à natureza das coisas não representa a justiça, mas apenas a justeza do direito, a sua viabilidade”<sup>41</sup>.

Não ficou bem claro no finalismo de Welzel, o aspecto axiológico, tendo forte crítica no sentido de que sua teoria estrutura o delito somente com bases lógico-objetivas. Este rebateu as críticas e posteriormente tentou agregar ao conceito ação, além da finalidade, adequação à sociedade e relevância.

Outra crítica reside em que a teoria finalista não cumpre sua “*função de limitação da intervenção estatal*”, pois não evitou o aparecimento de várias formas de crime: “omissivo e boa parte dos culposos”, e, como estes últimos são imprescindíveis para o sistema, o problema reside no conceito de ação adotado pela teoria finalista.

Além disso, outra objeção que se faz é quanto aos crimes culposos, cujo resultado se produz de forma puramente causal, não sendo abrangido pela vontade do agente, constatando uma dificuldade para relacionar a teoria da ação finalista com os crimes culposos.

Welzel procurou corrigir, acentuando que nos crimes culposos, existe uma ação finalista, entretanto esses fins da ação são irrelevantes para o Direito Penal, sendo importante a escolha dos meios e formas. Exemplo: dirigir em alta velocidade, finalidade é o deslocamento, mas na forma utilizada há uma quebra de um dos deveres de cuidado, revelando imprudência.

#### 2.1.4 Normativismo

Na busca de superar as lacunas deixadas pelo finalismo, a teoria do delito volta seus olhos para o normativismo, tendo como fundamento epistemológico o pensamento hegeliano e neokantista.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p. 18-19.

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 59.

<sup>41</sup> BARATTA apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 35.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 111.

A dogmática penal deverá racionalizar a construção do sistema penal sobre a perspectiva teleológica e axiológica, de modo que cada elemento deve ser revisto de acordo com as finalidades e atribuições valorativas dadas pelos fins do Direito Penal.<sup>43</sup> O sistema penal deve estar estruturado teleologicamente, buscando as finalidades valorativas.

O sistema penal não pode mais estar preso ao rigor da técnica da dogmática penal, mas sim deve ser compreendido em sua perspectiva teleológica, cumprindo seus valores, já que o Direito Penal está vinculado na busca dos seus fins.

Até então, o comportamento humano era analisado pela dogmática jurídica de forma estritamente técnica, estratificando a conduta humana, se era livre e consciente, se estava previsto na lei (tipicidade), se era contrária ao direito (antijuricidade) e se era reprovada (culpabilidade).

Nessa revisão dos elementos do conceito de crime, deveria levar em conta as finalidades valorativas do Direito Penal. É a parte da Ciência Penal que melhor estuda esses fins é a política criminal.<sup>44</sup>

A política criminal, até então dentro do sistema penal, estava reduzida a segundo plano, porque procurava circunstancialmente, no caso concreto<sup>45</sup>, trazer soluções para o tecnicismo da dogmática penal. Agora passaria a ter prevalência sobre a esta, de modo que carecia a teoria do delito ser totalmente reformulada. Jorge de Figueiredo Dias, com clarividência ímpar, explicou assim:

A primeira consequência é a de que as categorias e os conceitos básicos da dogmática jurídico-penal devem ser não simplesmente ‘penetrados’ ou ‘influenciados’ por considerações político-criminais: eles devem ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema. Quando, para dar um exemplo, a dogmática jurídico-penal estuda os conceitos integrantes da noção de infração penal – a ação, a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade, a punibilidade – , não os deve ela tomar em si e por si mesmos, ou os fazer derivar, como todavia é ainda de uso freqüente, de considerações lógicas, filosóficas ou mesmo metafísica. Ela deve sim construí-los

---

<sup>43</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María apud KREBS, Pedro. **Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2006, p. 64.

<sup>44</sup> “[...] conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos seus efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra crime por meio de penas e das instituições com esta relacionadas” LISZT, Von apud DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 24.

<sup>45</sup> A dogmática penal, ao longo de seu desenvolvimento, adotou várias soluções ao seu tecnicismo por motivos trazidos pela política criminal. Exemplo emblemático disto é o perdão judicial, nos casos em que o próprio autor do delito sofre com as consequências do crime, pai que imprudentemente mata seu filho. Pelo tecnicismo da dogmática penal, o pai realiza todos os elementos do crime, mas a política criminal interfere, afirmando ser desnecessária a pena. Devemos perceber, ainda, que inicialmente o princípio da insignificância ou bagatela é instituto próprio da política criminal, mas que, no entanto, já foi incorporado pela dogmática penal. Podemos citar ainda como exemplos: crime continuado, desistência voluntária e o arrependimento posterior.

como unidades funcionalizadas à consecução dos propósitos, das finalidades, do *telos* político-criminal que o sistema jurídico-penal lhes assinala.

Com esta visão, duas correntes se formaram - teleológico-funcional, que tem como representante máximo o alemão Claus Roxin, e a teleológico-sistêmica, de conteúdo mais radical, formulada por, também alemão, Jakobs.

#### 2.1.4.1 Teleológico-funcional

A Dogmática Penal tornara o sistema penal fechado, encastelado, em seu tecnicismo. Esse sistema deveria ser aberto às finalidades valorativas do Direito Penal. Com isso; “quando as finalidades reitoras se convertem diretamente em configurações do sistema, fica de antemão garantida a justiça no caso concreto [...] na medida em que isso é possível em um Direito vinculado à lei [...]”.<sup>46</sup>

A finalidade primeira do Direito Penal era de que a sociedade funcionasse adequadamente. A lei deve traduzir os anseios de uma sociedade de opere regulamente.

O sistema penal fechado deve ceder espaço para um sistema penal aberto, em que o “pensamento problema”, próprio da política criminal deve se sobrepor ao “pensamento sistema”, de raiz dogmática, sem, contudo rejeitar o sistema, mas sim, reler o sistema sob a perspectiva do “pensamento problema”<sup>47</sup>. Diante disto:

A conduta passa a ser uma categoria pré-jurídica (lógico-objetivo) que não pode ser entendida apenas como fenômeno causal ou finalista, mas inserida dentro de um contexto social, ordenado pelo Estado por meio de estratégia políticas criminais. Isto quer dizer que não é dado ao legislador selecionar qualquer comportamento, a fim de considerá-lo criminoso. A lei não cria o crime, mas apenas o reconhece, traduzindo um anseio social, mediante critérios legítimos e democráticos, e seguindo um método científico que pressuponha necessidade, idoneidade e proporcionalidade da norma.

O Direito Penal cumpre um papel funcional na sociedade, que é a regulação do comportamento social, de forma a procurar uma harmonia social.

O conceito analítico da teoria teleológico-funcional é, primeiro, a ação não é mais concebida finalisticamente, mas agora é pessoal, já que representa uma manifestação da personalidade do agente; segundo, a tipicidade é de cunho material e a antijuricidade não é mais entendida em função do tipo, este relegado a segundo plano, mas sim em primeiro plano,

<sup>46</sup> ROXIN, Claus apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 112-113.

<sup>47</sup> Para melhor entendimento da relação “pensamento problema” e “pensamento sistema”, indicamos o livro de DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.



de modo que não existe fato típico se não for ilícito. E, por último, a responsabilidade é um elemento novo, composto por culpabilidade e necessidade concreta da pena.

#### 2.1.4.2 Funcional-sistêmica

Esse pensamento se utiliza do método da Biologia Molecular. O funcionalismo sistêmico, formulado pelo chileno Humberto Maturana e Francisco Varela, que posteriormente foi incorporado às ciências sociais pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

O funcionalismo sistêmico elaborou a teoria da autopoiesis, que é a operação de auto-reprodução de um sistema, mediante a qual o sistema cria a própria estrutura e os elementos que a compõem.<sup>48</sup>

Os sistemas autopoieticos são auto-organizados, capazes de gerar sua própria ordem e, também, auto-reprodutivos, capazes de produzir seus próprios elementos. A auto-referência sistêmica vem a ser o mecanismo gerador da ordem sistêmica (estrutura) e das unidades sistêmicas (elementos). Para Luhmann, os sistemas sociais são sistemas cuja base reprodutiva é o sentido. Isso significa que os seus elementos constitutivos são comunicações e não seres humanos. Com efeito, no domínio social, a unidade de análise é o ato comunicativo: interação simbólica que dá lugar a um padrão de conduta.<sup>49</sup>

A característica desse sistema é comunicativo<sup>50</sup>, em que o homem participa, contudo não o integra, ou seja, trata-se de uma sociedade sem homens.

O sistema jurídico<sup>51</sup> é um subsistema social e autopoietico, com característica de auto-referencial, pois determina uma impenetrabilidade de fatores externos, buscando resposta em si mesmo. O Direito positivo será produto do próprio Direito. Conseqüência disso, somente o próprio Direito possui a capacidade de perceber e prever sua aplicação e sua incidência, sendo

<sup>48</sup> IZUZQUIZA, I apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 114.

<sup>49</sup> ENGRACÍA ANTUNES, J apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 115.

<sup>50</sup> “[...] a comunicação é a síntese de três seleções: ato de comunicar (emissão), informação (conteúdo da comunicação) e compreensão. O sujeito receptor deve ser capaz de distinguir entre o ato de comunicar e a informação, pois só assim a rede autopoietica terá continuidade, a partir da produção de novos atos comunicativos pelo receptor. Percebe-se que o prosseguimento do ciclo autopoietico de geração de elementos exige que cada ato comunicativo deixe claro que é uma comunicação, que está sendo comunicado e quem comunicou.[...]” ZYMLER, Benjamim. **Política e Direito: uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2002, p.65.

<sup>51</sup> “O Direito é concebido funcional e seletivamente – ou seja, não através da constância de uma dada qualidade original do ‘dever ser’, nem através de um mecanismo fático, por exemplo a uma ‘sanção estatal’. Esses elementos convencionais da definição do direito não são, com isso, excluídos ou tornados irrelevantes, mas são referidos como características que determinem a natureza do direito. o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente a risco da expectativa contrafática. [...] podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 115 e 121.

assim, não se poderão encontrar tais respostas a partir da ótica de qualquer outro sistema social.

Outra característica do sistema jurídico é a circularidade que faz com que a hierarquia normativa do direito, desenvolva-se de uma norma superior para outra inferior, igualando as inferiores às superiores, formando o caráter circular.

Ademais, num ambiente normativo auto-referencial, a hierarquia age por estabelecer as normas superiores que vêm a legitimar as inferiores, transformando o Direito em um sistema hierárquico totalmente reflexivo.

Além disso, como explica Luiz Régis Prado, o Direito trabalha com um código binário legal e ilegal<sup>52</sup>, no entanto, pela característica circular e auto-referencial do Direito, surge um paradoxo, dentro do próprio sistema, porque, ao acentuar que é “legal aplicar a distinção de legal/ilegal”, apresenta-se uma diferenciação auto-referencial do Direito, todavia ao se utilizar-se dessa sentença no sentido negativo, se obterá o seguinte: “é ilegal aplicar a distinção legal/ilegal”.<sup>53</sup>

Coube a Gunter Jakobs alicerçar o Direito Penal, partindo da metodologia dos sistemas autopoieticos. Garante que a norma tem um significado valorativo, imperativo e social, daí por que a função da norma é reafirmar a autoridade do Direito, de modo que o cidadão confie no sistema.

O sistema penal é normativista, já que os conceitos são elaborados por bases axiológicas; é teleológico, pois busca realizar os fins do Direito Penal; e é sistêmico, uma vez que os fins do Direito Penal são o regular funcionamento do sistema.

O Direito Penal tem a finalidade de fazer com que o sistema social funcione de maneira regular, pois o crime é entendido como uma disfunção do sistema, ou seja, quebra do funcionamento do sistema social.

O Direito Penal não deve estar preocupado com a proteção de bens jurídicos, mas antes com o funcionamento do sistema social.

Tem-se questionado até o caráter normativo de sua teoria, pois “a construção dogmática perdeu toda autonomia valorativa (e, com isso, toda possibilidade de aportar princípios

---

<sup>52</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 115.

<sup>53</sup> O melhor exemplo de paradoxo dentro do sistema jurídico, apesar de não ser relacionado com o Direito Penal, é o direito de resistência, pois o próprio sistema não se constrói, mas se destrói, uma vez que é legal dizer que é legal/ilegal e é ilegal dizer que é legal/ilegal.

corretores) e se tornou escrava da constatação empírica de quais são as funções do subsistema jurídico-penal no sistema social”.<sup>54</sup>

Quanto ao tipo, considera que constitui uma etapa da imputação e vê neste um indício da antijuricidade. Quanto a este, é mitigado seu papel, pois o que importa não é identificar o proibido em lei, mas o que é merecedor de pena. Assim explica Juarez Tavares:

Ainda que não se possa criticar sua postura de considerar indispensável um enfoque conjugado do tipo e da antijuricidade, a fim de determinar os exatos contornos do conteúdo do injusto, o sistema proposto por Jakobs não vai além de uma circularidade dentro do próprio âmbito normativo, quer dizer, o injusto não se edifica senão dentro de si mesmo e é resolvido mediante uma série de argumentos tautológicos, que se resumem a um processo puramente decisório, uma verdadeira decisão em torno de uma outra decisão.<sup>55</sup>

Então, Jakobs, em 2003, lançou o Direito Penal do inimigo<sup>56</sup>. Fundamentado nessas bases; ao cidadão que respeita o sistema devem ser dados às garantias legais do sistema; já o inimigo que é aquele que não respeita o sistema, encontra-se fora do sistema, assim, as garantias legais não podem ser oferecidas a ele. E quem é o inimigo? Quem se põe contra o regular funcionamento do sistema.

## 2.2 Relação entre os fundamentos político-filosófico do Estado com a teoria do delito

Nesta etapa do trabalho, mostraremos a relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado com o Direito, sobretudo com a teoria do delito.

Abordaremos inicialmente o Estado de Direito, de conotação liberal, adiante o Estado Social, bem como o modelo Nacional-Socialista, que se fez presente na Itália e Alemanha, e, por último, o modelo de Estado Comunista.

<sup>54</sup> SÁNCHEZ, J.M. Silva apud PRADO, Luiz Regis, op. cit., 2005, p. 116.

<sup>55</sup> TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, 146.

<sup>56</sup> “Esta é a idéia central do direito penal do inimigo. Características do *Direito penal do inimigo*: (a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa; já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade); (g) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o *Direito penal do inimigo* combate preponderantemente perigos; (h) o *Direito penal do inimigo* deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.” GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2007, *on line*.

Quanto ao modelo de Estado Democrático de Direito, deixaremos sua análise à frente, quando tentaremos fazer uma relação de interdependência com a teoria constitucionalista do delito.

Antes põem, devemos fazer uma consideração, esta relação entre Estado e Direito, que para nós salta aos olhos, em que de certa forma é até dispensável analisar, não é e nunca será unanimidade.

No dizer de Simone Goyard-Fabre; “Ninguém melhor do que Kelsen soube mostrar em sua ‘teoria pura do direito que o Estado moderno não se distingue da ordem jurídica que o organiza. [...] Kelsen considera que Estado e direito são inseparáveis [...].”<sup>57</sup>

### 2.2.1 Estado de Direito

É na Alemanha que surge a expressão Estado de Direito (*Rechtsstaat*), que é antípoda do Estado de Polícia<sup>58</sup> (*Obrigkeitsstaat*).

O Estado de direito, ideal dos filósofos iluministas, tem como princípio regulador fundamental a liberdade individual, em contraposição a autoridade absoluta e autoritária do Poder Estatal, ou seja, a idéia incisiva proposta por esse Estado é proteger as liberdades individuais contra qualquer forma de arbitrariedade estatal.

Assim, o *Ideal do Constitucionalismo* no Estado de Direito, que representa os valores supremos, bem como o legítima, são “*liberdade, igualdade e fraternidade*”.

Em reação ao Estado absolutista monárquico, que imperava a arbitrariedade, proporcionou ao surgimento de um Estado formal de Direito, em que havia um culto à legalidade. Indiscutivelmente, a estrutura de Estado pautado no Estado de Direito havia se reduzido à de mero Estado Legalista.

Surgiu então, o pensamento penalista contratualista de Cesare Beccaria, que teve como pensamento-base as idéias contratualistas de Rousseau, e como fundamento necessário o princípio da legalidade do delito e da pena.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 252.

<sup>58</sup> A mesma expressão traduz a idéia de Estado absolutista.

<sup>59</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., 2002, p. 259.

Esse apego a todo custo à lei gestou o pensamento de que o fundamento de validade da norma se encontra em outra norma, baseando-se no princípio que nada fundamenta a norma, senão a própria norma; nascia, assim, o pensamento positivista jurídico.

No Estado de Direito, a teoria do delito foi desenvolvida sobre um sistema penal legalista. O delito era o que o legislador afirmasse e o que a lei estabelecesse.

A concepção legalista do Direito Penal, de início, representara grande avanço. Havíamos deixado o campo da incerteza, do abuso e da arbitrariedade da conceituação do delito de forma circunstancial, para uma conceituação legal e de conhecimento prévio expressa no princípio *nulla crimen sine praevia lege*.

[...] Por uma parte, o tempo de Von Liszt<sup>60</sup> era o tempo daquilo que chamarei o *Estado de Direito formal*, de vertente *liberal e individualista*. Era o tempo, quero dizer, de um Estado subordinado a esquemas rígidos de legalidade formal e processual, mas alheio à valorização das conexões de sentido, dos fundamentos axiológicos e das intenções de justiça material ínsitos nos conteúdos definidos através daqueles esquemas.

A teoria do delito formatada no Estado de Direito era de cunho legalista e formal, sem nenhum conteúdo axiológico. É crime o que o legislador legislar.

### 2.2.2 Estado Social

A Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, inaugura o Estado Social, também denominado “Estado do bem-estar” ou “Estado-Providência”, sendo considerada filha da moderna sociedade industrial.

Esse modelo de Estado, que se difundiu por quase todos os países ocidentais, baseava-se em três pilas: Estado de Direito, democracia representativa e as chamadas condições de garantias civis do Estado Social.<sup>61</sup>

O Estado Social é, sobretudo, um Estado liberal, todavia impregnado de um ideário de promover modificações na sociedade, alinhando-se com um constitucionalismo social.

O “Estado do bem-estar”, como dito anteriormente, estava presente em uma sociedade de consumo, e a idéia era que somente por meio da sociedade de consumo se chega ao modelo de Estado proposto.

<sup>60</sup> O idealizador da teoria causal-naturalista do delito.

<sup>61</sup> LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da justiça no Estado Social. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudo em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 387.

No Direito Penal, o pensamento era simplista “se através do “Estado do bem-estar” se neutralizam as “causas” sociais do delito, o delito que restava é manifestação de uma patologia individual”.<sup>62</sup>

Com esse pensamento, a Dogmática penal era colocada em segundo plano, pois não era com a aplicação da lei que o fenômeno criminoso ia diminuir, mas sim o crime é, sobretudo, um fenômeno social. A ciência que ganha importância é a Criminologia.

Isto quer dizer que, “o delito reclama sanção porque os que não o cometeram experimentam uma frustração porque sacrificam a satisfação do impulso, o que não fizeram aqueles que delinquiram”.<sup>63</sup>

O sistema político promovido pelo “Estado do bem-estar” pretendia erradicar o delito com a eliminação das causas sociais do delito; como se não conseguiu êxito, passou a identificar o fenômeno criminoso como fruto das causas individuais, isto é, patológica ou psicógena.

Surge, desse modo, o movimento da “ideologia do tratamento”, que corresponde a um acentuado apego ao aspecto terapêutico da pena. A pena era compreendida como uma possibilidade de reeducação e ressocialização.

### 2.2.3 *Estado Nacional-Socialista*

A Alemanha de Hitler teve como fundamento político filosófico a formação de um Estado nacional-socialista.

A idéia que imperava era a formação de um Estado forte, para a proteção de uma raça e edificação de uma nação. Assim, “[...] O povo se forma como raça, sendo a nação alemã o povo da raça germânica. O povo engendra uma unidade incindível, historicamente constituída, da qual a raça é seu elemento catalisador”.<sup>64</sup>

A nação é conduzida pelo Führer, responsável por formar uma “comunidade do povo” (Volksgemeinschaft), ou seja, “comunidade de sangue e solo”, esta entendida como a espinha dorsal da sociedade, na qual se insere o indivíduo.

O Führer, como condutor da comunidade, possui o direito de dizer o Direito. Assim sendo, a lei é a sua vontade.

---

<sup>62</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., 2002, p. 300.

<sup>63</sup> Ibid., 2002, p. 301.

<sup>64</sup> NUVOLONE; BONNARD apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 24.

O direito do Estado nacional-socialista baseou-se na Escola de Kiel, ou seja, lei e direito não se confundem. O ordenamento jurídico era tido como unitário e totalizante.

O direito como imanente da comunidade deve prevalecer sobre o ordenamento formal (lei). O antinormativismo e menosprezo a forma são suas principais características.

“Toda certeza jurídica desaparece quando se procura realizar a justiça material, fundada apenas no sentido jurídico efetivo e factual da comunidade. [...]”.<sup>65</sup> Assim, a analogia em Direito Penal é perfeitamente aplicado.

Diante de um caso concreto, mesmo que não tenha preenchido os elementos descritos no tipo penal, contudo tenha ferido o sentimento jurídico da nação alemã deve ser punido.

Assim, dizia o art. 2 do código alemão:

É punível aquele que comete um ato que a lei declara punível ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido. Se nenhuma lei penal é diretamente aplicável ao ato, este será sancionado conforme a lei em que mais adequadamente se aplique a idéia fundamental.<sup>66</sup>

O mais importante é ser investigado o comportamento do homem, se agiu de forma que causou “violação do dever de fidelidade que liga o indivíduo ao Estado”.<sup>67</sup> Na análise de Miguel Reale Júnior:

Houve um exagero dos penalistas da escola de Kiel ao entenderem que o fato espelha a tendência do agente contrária à comunidade e merecedora de punição. Segundo essa teoria, atrás de cada tipo penal, há um tipo de autor que lhe é próprio, sendo possível através do tipo normativo do autor estender a aplicação da lei penal, quando não existe exata adequação típica, pois estar-se-à punindo a vontade delituosa, normativamente revelada e encarnada pelo agente.<sup>68</sup>

Essas são as bases do chamado Direito Penal do autor, em detrimento do Direito Penal do fato, aquele entende que o agente é incriminado não pelo que fez, mas pelo o que é. Assim, ser judeu, homossexual, prostituta etc. revelam uma conduta delituosa pelo o que você é<sup>69</sup>, e não pelo que faz. Já o Direito Penal do fato, inversamente, analisa estritamente o fato delituoso, independente quem praticou.

---

<sup>65</sup> SCARANO apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 24.

<sup>66</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., 2002, p. 320.

<sup>67</sup> BETTIOL apud REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 26.

<sup>68</sup> REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 26.

<sup>69</sup> A penalização, com maior ou menor grau, tendo em conta à vida pregressa do agente, o comportamento social, a reincidência e outros, podem revelar um sintoma do direito penal do autor.

### 2.2.4 Estado Comunista

Para entendermos o Estado comunista, temos que antes compreender de forma sucinta e superficial o pensamento do seu idealizador, Karl Marx.

A base filosófica de Marx é a dialética materialista, em contraposição à dialética idealista de Hegel.

Para ele, o homem nasce condicionado pelas relações de produções, visto que estas o “alienam”<sup>70</sup>, ou seja, fica distante de si mesmo, no entanto o homem deve ser considerado como um fim em si mesmo.<sup>71</sup>

Para superar esse estágio, em que o homem é alienado, local entendido como próprio das “coisas”, é preciso a sociedade se organizar e implantar a “ditadura do proletariado”, a fim de extinguir todas as classes e restar somente uma.

Marx entendia o Estado e o Direito como “superestruturas ideológicas de domínio da classe opressora”. Assim, o delito era concebido como resultado das tensões sociais, inexistindo tensão, desaparece o delito e, por conseguinte, a necessidade de Direito e Estado.

“[...] Estado e direito sustentam o conflito de classes. O direito se funda na sociedade que não é por ele plasmada, e por ser mera superestrutura ideológica, reflexo de uma realidade fundamental, não traduz uma idéia objetiva e autônoma de justiça”.<sup>72</sup>

Com essa concepção, haveria de se reformular o Direito, no período de transição chamado de socialismo, para instalação do “direito proletariado”. O Direito teria a finalidade de impor aos indivíduos os interesses da sociedade.

O Direito Penal deveria adequar-se a esse interesse, fazendo com que o delito fosse visto segundo o interesse da obra revolucionária. Assim, nos esclarece Miguel Reale:

A teoria comunista do direito critica o direito burguês, entendendo que este estabelece uma igualdade na desigualdade, em seu formalismo abstrato. O menosprezo ao formalismo, no campo penal, alcança seu ponto culminante no direito soviético, com a aceitação de que, mesmo ocorrendo a adequação típica, e embora estejam presentes formalmente as características prescritas na lei, pode o fato não ser delituoso, se dele não decorrer perigo ou consequência danosas ao Estado soviético e ao regime da ditadura do proletariado.

A tipicidade e a antijuricidade eram entendidas em função da periculosidade social do fato, sendo esta, em última análise, uma causa de exclusão da ilicitude.

<sup>70</sup> Significado semelhante ao de idolatria.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., 2002, p. 279.

<sup>72</sup> REALE JÚNIOR, Miguel, op. cit., 2000, p. 27.



No período mais negro do socialismo, todavia, tempo governado por Stalin, a periculosidade do fato, que representava a periculosidade usada para beneficiar, foi totalmente usada para condenar, passando a ser permitido o uso da analogia.

Um exemplo histórico do uso da analogia é citado por Zaffaroni e Pierangeli, no Estado soviético:

[...] É famosa a sentença que, querendo condenar um camponês que havia praticado algumas circuncisões, e não estando tipificado a conduta, condenou-o por aborto analógico, sob o fundamento que havia agido em condições anti-higiênica, e que, portanto, se equiparava ao delito de aborto praticado em condições anti-higiênicas.<sup>73</sup>

Por último, devemos registrar que o Direito Penal comunista permanecia atrelado ao positivismo, contudo, havia agregado o valor da periculosidade social do fato.

---

<sup>73</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. op. cit., 2002, p. 322.

### 3 FILTRAGEM CONSTITUCIONAL<sup>74</sup>

Antes de fazer qualquer alusão à filtragem constitucional devemos retratar aqui o que a doutrina considera como marco teórico do neoconstitucionalismo<sup>75</sup>, em que as normas constitucionais ganham *status* de norma jurídica, fato este que se deu com a publicação da obra “*Força normativa da constituição*” de Konrad Hesse.

O debate que sempre se viu entre as Ciências Sociais e a Ciência Jurídica foi ponto forte na construção e no desenvolvimento do Direito como ciência, que é visivelmente perceptível na evolução do conceito de Constituição.

Em 1862, em conferência realizada por Ferdinand Lassale lança o famoso ensaio intitulado *Essência da Constituição*, este formula os fundamentos da concepção sociológica da Constituição, também conhecida como teoria cética. Afirma que existem duas Constituições - a real e a jurídica.

“As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resultam dos fatores reais de poder”<sup>76</sup>. Esposa-se aí a concepção de constituição real, por outro lado a constituição jurídica não passaria de uma “folha de papel”.

A concepção de Lassale é de que a constituição não expressa questões jurídicas, mas sim políticas.

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são

<sup>74</sup> “A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com esse sentido, pelo Prof. Clèmerson Merlin Clève (Direito constitucional e direito alternativo, op. cit., 34-53) de quem se emprestou o significado e a idéia central. Na doutrina alienígena a expressão ‘filtragem constitucional’ já fora utilizado por Arturo Santoro em 1938. Este autor, preocupado com a constitucionalização do Direito penal, afirma que ‘in sostanza, il diritto costituzionale è non soltanto lo stampo, ma altresì il filtro attraverso cui devono passare le leggi penale, ai fini della loro applicabilità’” SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999. p. 104.

<sup>75</sup> “O pós positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Neste ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia”. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Themis**: revista da Esmec/ Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v.4, n. 2, p. 20, jul/dez. 2006.

<sup>76</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: [...].

Posteriormente, Kelsen propôs na Ciência Jurídica um corte epistemológico, de modo que a Constituição passou a ser compreendida sob uma concepção jurídica, em que esta não precisaria se socorrer de outros ramos, bem como das ciências sociais para se fundamentar, já que a Constituição como norma tinha como fundamento outra norma.

Foi para combater, de um lado, o nihilismo de Lassale, e, de outro, certas concepções constitucionais mais tradicionais, que implicavam o amesquinamento da eficácia da Lei Maior [...]. O pensamento de Hesse se opõe tanto ao normativismo de Kelseniano, que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social, preocupando-se apenas com a primeira, como ao sociologismo de Lassale, que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional.<sup>77</sup>

Assim, para Hesse, “[...] A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. [...] Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa [...] não só *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição*<sup>78</sup> (*Wille zur Verfassung*)”<sup>79</sup>.

Com isso, a Constituição não estaria limitada tão-somente para expressar a realidade social, mas teria força ativa para realizar mudanças nesta realidade, de modo que ela não é uma simples carta de intenções, mas deve, sobretudo, nortear os operadores do Direito na aplicação da norma para efetivação de seus valores, demonstrando assim sua pretensão de eficácia.

Desde então, temos em todo o mundo um movimento que se alinha em torno de um pensamento de “retorno ao direito”. Insta observar, todavia que o marxismo havia deixado um postulado de que as mudanças da realidade social somente poderiam se efetivar pela “luta de classe” e que o Direito como ideologia seria um instrumento de dominação e legitimação da classe dominante<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54.

<sup>78</sup> “Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade de Constituição ‘deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até, algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. HESSE, Konrad, op. cit., 1991, p. 22.

<sup>79</sup> Ibid., 1991, p. 15-19.

<sup>80</sup> Essa visão no direito penal montado como estrutura de dominação, voltado para opressão nos espaços sociais e marginalização, levou a Mathiesen, Plack e Foucault entre outros a criarem “a corrente abolicionista radical sustenta que a pena e o próprio Direito Penal possuem mais efeitos negativos que positivos; advoga, por isso, pela eliminação total (presente ou futura) de qualquer controle “formal” do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2004, p. 51.

Nesse contexto, “[...] o direito não passa de simples instrumento de dominação<sup>81</sup> das classes hegemônicas; instrumento este que apenas se prestaria para legitimar o poder e a dominação, materializando-se através da violência física organizada [...]”.<sup>82</sup>

Era preciso, portanto, superar, ‘dar um passo à frente’. Que o Direito era instrumento de dominação/ocultação, instrumento ideológico, servindo para legitimar a perpetuação dos interesses de determinados grupos hegemônicos no aparelho de Estado, os juristas já tinham notícia. Ocorre que o momento exigia uma construção de um *plus* teórico pelo qual o Direito pudesse ser lido, também, como fenômeno dotado de dignidade normativa, como instrumento emancipatório, viabilizador dos projetos democráticos da sociedade (pressupondo, obviamente, um Estado Democrático), resgatando a racionalidade da ética moderna, onde o homem constrói seu mundo, interfere e transforma sua realidade, busca realizar-se como sujeito e centro da história.<sup>83</sup>

A teoria da força normativa da Constituição permitiu uma reconstrução de toda a dogmática jurídica, de modo que o Direito não deveria, mas ser visto como um instrumento de dominação, mas de formação de um espaço democrático.

Para isso, se impõe que toda a ordem jurídica infraconstitucional passe por uma *filtragem constitucional*.

“A constituição, segundo tal corrente de pensamento, serviria como filtro das possíveis condutas humanas que seriam chanceladas com a pena na exata medida em que corresponderem a uma grave violação de valores também tutelados pela Constituição”.<sup>84</sup>

Assim, o Direito Penal não pode mais continuar como instrumento de dominação e de ferramenta utilizada para legitimar a violência estatal. Além disto, não pode mais continuar como meio estatal simbólico de opressão da classe marginalizada. Este deve se revestir de indumentárias garantista e minimalistas, na busca, não mais, de um espaço social de dominação, mas sim de democratização.

---

<sup>81</sup> “Mas talvez devamos inverter o problema e nos perguntar para que serve o fracasso da prisão; qual é a utilidade desses fenômenos que a crítica, continuamente, denuncia: manutenção da delinquência, indução em reincidência, transformação do infrator ocasional em delinquência. Talvez devamos procurar o que se esconde sob o cinismo da instituição penal que, depois de ter feito os condenados pagar suas penas, continua a segui-los através de toda uma série de marcações (vigilância que era de direito antigamente e o é de fato hoje; passaporte dos degredados de antes, e agora folha corrida) e que persegue assim como “delinqüente” aquele que quitou sua punição como infrator? Não podemos ver aí mais que uma contradição, uma consequência? Deveríamos então supor que a prisão e de maneira geral, sem dúvidas, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações, mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las, que visam não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar as transgressões das leis numa tática geral das sujeições.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 226.

<sup>81</sup> FOUCAULT, Michael. **Estratégia, poder-saber**. Org. e sel. de textos, Manoel Barros da Motta. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 28.

<sup>82</sup> SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999, p. 110.

<sup>83</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin apud SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p. 34-53.

<sup>84</sup> Maurício Antônio Ribeiro Lopes apud SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p. 104.

Temos uma certeza, porém a de que somente será possível a formação de um Direito Penal democrático, se este passar pelo filtro axiológico da Constituição, e, por conseguinte a teoria do delito.

### 3.1 Conceito

Nesse momento do trabalho deparamos com uma pergunta que deve ser respondida. Em que consiste a *filtragem constitucional*?

Antes de responder devemos fazer uma ponderação sobre o conceito de “sistema normativo” desenvolvido em Hans Kelsen, em seu livro intitulado *Teoria Pura do Direito*.

Neste sistema normativo desenvolvido por Kelsen, a Constituição tinha como único fundamento o plano jurídico, sendo desnecessário valer-se de qualquer outro fundamento.

O fundamento de validade de uma norma encontrava-se em outra norma, de modo que normas hierarquicamente inferiores encontrariam validade em normas hierarquicamente superiores e assim por diante, até se chegar à Constituição. Por último, o fundamento de validade da Constituição encontra-se na “norma hipotética fundamental”.

Para Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”.

“A lógica é a lógica da pirâmide geométrica. A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a Constituição no vértice da pirâmide”<sup>85</sup>, ou seja, o sistema normativo deve ser visto como uma pirâmide, em cujo ápice se encontra a norma Constitucional. A concepção de Constituição, com esta visão é:

[...] Constituição é, então considerada *norma pura*, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*. De acordo com o primeiro, *Constituição* significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição *jurídico-positiva*, que equivalente à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1116.

<sup>86</sup> SILVA, José Afonso da apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional**: esquematizado. 10. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 45.

Essa observação é imperiosa para que não confundamos supremacia constitucional com *filtragem constitucional*. Esta propõe algo que vai além da simples supremacia da Constituição sobre a ordem infralegal.

A idéia de supremacia denota que “[...] a Constituição reside no ápice da escala hierárquica da normatividade jurídica, significando isto, ‘por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior [...]’”.<sup>87</sup>

Assim nos explica Paulo Ricardo Schier:

A noção de filtragem constitucional toma como ponto de partida a noção de preeminência normativa da Constituição, mas, todavia com ela não se confunde. A preeminência normativa da Constituição, partindo da concepção do Pacto Fundante como ordem normativa superior e vinculante, expressa a idéia de que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da Carta Fundamental e passada pelo crivo, de modo a eliminar as normas que se não conforme [...] <sup>88</sup>

Ademais, devemos ressaltar que a noção de *filtragem constitucional* não deve se limitar a “purificação” do Direito infraconstitucional, mas, sobretudo, deve expressar a idéia de “contaminação” deste direito.<sup>89</sup>

Observe-se que são fenômenos diferenciados. A teoria do sistema normativo, em que tinha como conseqüência a supremacia constitucional, já realizava a certo modo uma “purificação” no ordenamento, pois expurgava as normas hierarquicamente inferiores incompatíveis com a norma superior. Por outro lado, a filtragem pretende uma “contaminação”, ou seja, os valores constitucionais devem-se encontrar impregnados na norma infraconstitucional. Assim, o conceito de *filtragem constitucional* é:

[...] denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a *perspectiva material* e formal e assim os seus procedimentos e *valores*, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e *atualização de suas normas*.<sup>90</sup>

Todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, seus institutos e valores, bem como seus conceitos, devem ser revistos à luz da Constituição. A ordem jurídica infraconstitucional deve passar por um filtro, sob a perspectiva formal, quanto material da Constituição.

A *filtragem constitucional* traduz a idéia de normatividade e imperatividade do Direito, de modo que valores constitucionais são refletidos no ordenamento infraconstitucional.

A idéia de normatividade do Texto Constitucional exprime a necessidade da preservação, a todo custo, dos princípios constitucionais, em face dos interesses particulares

<sup>87</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital apud SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p. 102.

<sup>88</sup> Ibid., 1999, p. 145.

<sup>89</sup> Ibid., 1999, p. 104.

<sup>90</sup> Ibid., 1999, p. 104.

momentâneos, já que essa flexibilidade demonstrar a vulnerabilidade da vontade de Constituição<sup>91</sup>.

Vislumbrando-se a Constituição enquanto norma e, mais ainda, enquanto norma suprema da ordem jurídica, fundamento de legitimidade de todas as demais regras que integram o sistema jurídico, pode-se atribuir um papel de ordenação material e formal ao pacto fundamental em relação a toda ordem infraconstitucional, impondo a leitura desta a partir daquela.<sup>92</sup>

O discurso apontado pela *filtragem constitucional* está atrelado à concepção de dignidade normativa, em que o Direito Constitucional interfere na realidade social, e para isso, é necessária uma interdisciplinariedade entre o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito, registrando aqui a presença do Direito Penal.

“Pressupõe, este discurso, a dialética. [...] imprime a busca de uma interdisciplinariedade, não enquanto justaposição ou aproximação de saberes, mas enquanto ‘falas’ que, entrecruzando-se, formam verdadeiramente um novo discurso”.<sup>93</sup>

A conseqüência disto é o fenômeno conhecido como a constitucionalização do Direito infraconstitucional<sup>94</sup>, não como simples relação interdisciplinar, mas como uma unidade, em que o Direito Penal retira da Constituição toda a sua fundamentação.

Aqui, encontra-se o ápice de todo o nosso estudo em busca de uma nova teoria do delito. Leia-se, assim, a Constituição condiciona o Direito Penal e, por conseguinte, a teoria do delito.

A moderna concepção de Direito Penal afirma que este é condicionado pelos seus fins (política criminal)<sup>95</sup>. Completamos: os seus fins são condicionados pelo Direito Constitucional.

Nesse processo, é fundamental que a *filtragem constitucional* seja instrumento de releitura dos elementos integrantes e componentes da teoria do delito e, no uso desse

<sup>91</sup> Lembramos aqui as inúmeras leis penais que são realizadas sobre o calor de um fato delituoso, além do discurso que surge a cada momento sobre a necessidade ou não de redução da maioria penal.

<sup>92</sup> *Ibid.*, 1999, p. 84.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 1999, p. 57.

<sup>94</sup> “A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. BARROSO, Luiz Roberto, *op. cit.*, 2006, p. 30.

<sup>95</sup> Observe que a concepção normativista da teoria do delito condiciona o direito penal aos seus fins, sendo que a teleológica-funcional, de Roxin, condiciona a prevenção geral da sociedade, enquanto a funcional-sistêmica condiciona os fins à proteção do sistema.

instrumento, será de importância sem precedente, como se verá adiante, no estudo da *Dogmática principialista estruturante*, desenvolvida por Canotilho.

Para entendermos melhor em que consiste a filtragem constitucional, urge salientar que dois são os seus pressupostos: *preeminência normativa da Constituição* e *sistema normativo aberto de regras e princípios*. Em seguida, alinharemos a *filtragem constitucional* como instrumento apto para a formulação de uma nova teoria do delito.

### 3.1.1 *Preeminência normativa da Constituição*

A preeminência normativa constitucional é resultado da concepção piramidal do sistema normativo. Ora, se a Constituição se encontra no topo do ordenamento jurídico, e dela é retirado o fundamento de validade de toda ordem jurídica, cabe assim, a esta a primazia normativa.

A Constituição é entendida, pela força da preeminência normativa, como o centro e ápice do ordenamento, de modo que não há nenhuma norma anterior ou superior a ela, tampouco pode ser incompatível com ela.

Destarte, a Constituição, desfrutando dessa prevalência sobre toda a ordem normativa produz as seguintes conseqüências:

Toda ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* [da Constituição] e passada pelo seu crivo de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (primado da interpretação *conforme a Constituição*); (b) as normas de direito ordinário desconforme com a Constituição são *inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (c) salvo quando não são exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais *aplicam-se directamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.

Passaremos, agora, a analisar cada elemento componente da preeminência normativa da Constituição.

#### 3.1.1.1 Interpretação conforme a Constituição

É normal, após a fabricação da norma infraconstitucional, se extrair dela vários sentidos, conhecida como estrutura polissêmica, podendo ser dito como fenômeno comum na linguagem jurídica.



Desses vários sentidos extraídos da norma infraconstitucional, cabe ao intérprete reconhecer e optar por aquela que tenha compatibilidade material com a norma constitucional, além de procurar aquela que tenha mais efetividade e eficácia aos preceitos constitucionais. Assim, os demais sentidos extraídos da norma são ditos como inconstitucionais por serem incompatíveis com o Texto Constitucional.

“[...] a interpretação conforma a Constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, uma em conformidade com a Constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela”.<sup>96</sup>

A interpretação conforme evitar a necessidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, que, além de produzir unidade no ordenamento jurídico, impõe ao sistema constitucional uma unidade normativa, de modo que os sentidos extraídos das normas infraconstitucionais devem ser em conformidade com o Texto Constitucional.

Mediante a utilização desta técnica deve o intérprete resguardar a normatividade superior dos valores constitucionais na medida em que impõe a opção pela interpretação que mais atribua eficácia ao Pacto Fundamental. Assim, a técnica caminha no sentido de afirmação da *normatividade integral da constituição*, impondo um compromisso com seus princípios reitores.<sup>97</sup>

Ressalte-se, ainda, que a interpretação conforme pode se apresentar de três formas: com redução do texto; sem redução do texto, conferindo à norma impugnada uma determinada interpretação que lhe preserve a constitucionalidade, e, por último, temos sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria inconstitucionalidade.<sup>98</sup>

Observa-se facilmente que a interpretação conforme é uma técnica usada em função da supremacia constitucional, ou seja, em face da preeminência normativa da Constituição; todavia, não devemos encaixá-la tão-somente nesta perspectiva.

Na perspectiva da *filtragem constitucional*, a interpretação conforme não deve somente se realizar na busca de uma interpretação compatível e que agregue eficácia jurídica aos valores constitucionais, mas que encontre a maior possível.

---

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 12.

<sup>97</sup> SHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999, p. 136.

<sup>98</sup> MORAIS, Alexandre de, op. cit., 2005, p. 12-13.

“Por isso, o princípio da interpretação conforme, sob a leitura da filtragem, transmuda-se para um princípio de dimensão formal e material porque deve conferir a maior eficácia jurídica e também social da norma constitucional”.<sup>99</sup>

### 3.1.1.2 Declaração de inconstitucionalidade

As leis nascem com a presunção relativa de compatibilidade com a norma constitucional, de modo que, por vezes, essa presunção pode ser expurgada com base em um processo denominado de “declaração de inconstitucionalidade”.

O procedimento permite a manutenção da unidade do sistema constitucional e proteção dos direitos fundamentais, porque por meio deste, o ordenamento jurídico infraconstitucional é iluminado com os valores constitucionais.

Resumidamente, podemos dizer que todas as vezes que uma norma infraconstitucional se apresentar incompatível formal e materialmente com a norma constitucional está deve ser declarada inconstitucional pelo Tribunal.

Esclareça-se que a compatibilidade formal apresenta-se, quando o devido processo legislativo definido no Texto Constitucional é respeitado, como também a compatibilidade material requer congruência entre o conteúdo expressado na lei infraconstitucional com a norma constitucional.

Na perspectiva da *filtragem constitucional*, o fenômeno ocorre de maneira mais ampla, pois a Constituição é entendida como “reserva de justiça”, possibilitando a declaração de inconstitucionalidade por leis injustas. “A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana”.<sup>100</sup>

No sistema constitucional brasileiro é perfeitamente possível advogar-se a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos standards definidos pelo Constituinte, será inconstitucional, cuja aplicação pode ser perfeitamente negada pelo juiz.<sup>101</sup>

Além disso, destaque-se que a “declaração de inconstitucionalidade” representa para parte da doutrina como *Ius puniendi* em sentido negativo, ou seja, “a faculdade de derrogar preceitos penais ou bem restringir o alcance das figuras delitivas”<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> SHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999, p. 137.

<sup>100</sup> CLÈVE, Clèmerson Mélin apud SHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p. 129.

<sup>101</sup> Ibid. 1999, p. 129.

<sup>102</sup> RIEZU, Antonio Cuerda apud GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 10.

### 3.1.1.3 Aplicação direta da norma Constitucional

A Constituição deve ser vista como um sistema de normas jurídicas, de modo que a imperatividade faz parte da sua essência. Assim, “as disposições constitucionais [...] são normas jurídicas dotadas de força normativa e aptas, em muitos casos, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior.”<sup>103</sup>

José Afonso da Silva<sup>104</sup> já havia delineado sobre aplicabilidade das normas constitucionais, demonstrando que estas possuíam degraus de eficácia, sendo representada de três formas.

As normas de eficácia plena são aquelas de aplicação imediata, independentemente da atuação do legislador, de modo que todos os efeitos decorrentes da norma poderiam ser concretizados.

Já as normas de eficácia contida, ou restringível, como prefere Michel Temer, são aquelas de aplicação imediata, no entanto, o Poder Constituinte deu a liberdade ao legislador de restringir os efeitos da norma, de acordo com a sua conveniência.

Por último, as normas de eficácia limitada são aquelas cuja a aplicação é indireta e mediata, pois necessitam da atividade legislativa para garantir a produção dos efeitos da norma.

Na análise das normas programáticas<sup>105</sup>, no entanto, em que a eficácia era tida como limitada, o autor atribuiu a estas eficácia negativa, de modo que estas normas são vetores para o Estado, evitando assim a edição de normas incompatíveis, no entanto, não é possível delas extrair uma eficácia positiva, que confira ao cidadão um direito subjetivo pleno.

O autor que melhor desenvolveu e sistematizou o tema da efetividade das normas constitucionais, foi, sem dúvida, Luiz Roberto Barroso.

Para Barroso, ‘as normas constitucionais, como espécies do gênero norma jurídica, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade’. Como quaisquer outras normas, ‘...elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica, e não apenas moral’. E da desobediência às suas

---

<sup>103</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138.

<sup>104</sup> Ver Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 3ª ed. editora Malheiros. 1999.

<sup>105</sup> “[...] aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativo), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins do Estado”. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 122.

prescrições resultam conseqüências jurídicas próprias da busca de efetividade do Direito Constitucional.<sup>106</sup>

As normas constitucionais, independentemente da classificação dada, serão aptas para a produção dos seus efeitos (efetividade), bem como para a tutela de direitos subjetivos expressos na norma (imperatividade).

Desse modo, é perceptível a força normativa conferida ao Texto Constitucional, preenchido de imperatividade e efetividade, impulsionando os operadores do Direito a utilizá-las diretamente, sem necessidade de socorrer-se do legislador ordinário.

### 3.1.2 Sistema normativo aberto de regras e princípios

Toda a sistematização do sistema normativo desenvolvido por Kelsen foi pensada no plano puramente *lógico-jurídico-dogmático*, ou seja, era um sistema normativo fechado.

Ora, repetindo o que fora dito, o fundamento de validade de uma norma encontra-se em outra norma, de modo que “o modelo kelseniano nega a existência de qualquer parâmetro normativo anterior e/ou superior à realidade constitucional jurídico-positiva”.<sup>107</sup>

Insertas num formalismo exagerado, as concepções desse sistema normativo estavam tão-somente comprometidas com a segurança, sacrificando a justiça, que não possibilitava nenhum diálogo com a realidade social, de modo que se esvaziou em sua lógica e desenvolveu o que ficou conhecido como “legalidade injusta”.

Um sistema normativo fechado conduz a pensar a conformação das leis infraconstitucionais sob a Constituição, numa perspectiva puramente formal, e, mesmo que materialmente, esta estava adstrita ao conteúdo no plano dogmático-jurídico.

Coube a Rolf-Peter Calliess teorizar a concepção sistêmica dialógica do Direito. O Direito é assim, uma estrutura permeada pela historicidade.

A nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal, qual se depreende das linhas expositivas daquele jurista, proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se ‘numa sociedade compreendida em permanente processo de formação’.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Ibid., 2002, p. 142.

<sup>107</sup> Ibid., 1999, p. 105.

<sup>108</sup> CALLIESS, Rolf-Peter apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125.

Pensar na abertura do sistema significa permitir um diálogo constante entre o sistema normativo e a realidade social, conduzindo, assim, a idéia na aplicação da norma de *justiça material*.

Assim se expressou Canotilho: “é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e <<capacidade de aprendizagem>> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da <<verdade>> e da <<justiça>>”.

Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia Constitucional será decorrência que viabilizará o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e, por sua vez, desses aspectos, será compreensível a evolução da ordem jurídica sem que seja necessário implementar-se reformas legislativas que modifiquem a textualidade normativa.<sup>109</sup>

A consequência desse sistema aberto é permitir a compreensão da ordem constitucional como *reserva de justiça*<sup>110</sup>, de modo que a conformação do ordenamento infraconstitucional com a Constituição irá além de uma dimensão formal, mas também sobre uma dimensão material, possibilitando, pois, a inconstitucionalidade de leis injustas.

“Essa concepção reforça, como se pode deduzir, a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão praxiológica-concretizadora [...]”.<sup>111</sup>

A norma jurídica seria o gênero composto de duas espécies: princípios e regras<sup>112</sup>. Princípio é um “mandado de otimização”, devendo ser cumprido a maneira mais eficaz e

<sup>109</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha apud SHIER, Paulo Ricardo, op. cit. 1999, p. 108.

<sup>110</sup> Até há poucos a idéia de constituição como “reserva de justiça” tinha o sentido de as normas constitucionais se afirmarem como garantidoras da ‘justiça’ e do ‘direito justo’ num determinado ordenamento jurídico. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2000, p. 1308.

<sup>111</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, op. cit., 2002, p. 185.

<sup>112</sup> “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre **regras** e **princípios**, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios seguidos. a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade*: na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direitos: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) <<Proximidade>> da *idéia de direito*: os *princípios* são <<standards>> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de <<justiça>> (Dworkin) ou na <<idéia de direito>> (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. f) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2000, p. 1124-1125.

efetiva possível, de acordo com as possibilidades fáticas. Já as regras são normas que seguem a regra do “tudo ou nada”, podendo ser cumprida ou não.

Cabe somente aos princípios a diferenciação de grau de efetivação. Já as regras, por conterem *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível, existem ou não existem, nem mais nem menos, quanto ao grau de efetivação.

“Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. [...] impõe a otimização de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica”.<sup>113</sup>

“Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo)”.<sup>114</sup>

Os ensinamentos dado por Canotilho são dignos de nota, inicialmente elucidando por que um sistema formado somente por princípios seria falho, posteriormente os problemas que teríamos com um sistema formado tão-somente pelas regras.

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: Prinzipien-Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a conseqüência também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do <<possível>> fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. [...].<sup>115</sup>

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa –legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um <<sistema de segurança>>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).<sup>116</sup>

A análise do sistema constitucional como um sistema aberto de regras e princípios possibilitou a compreensão da ordem jurídica constitucional a partir da *Dogmática principialista estruturante*.

<sup>113</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, op. cit., 2002, p. 197.

<sup>114</sup> Ibid., 2002, p. 197.

<sup>115</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2000, p. 1126-1127.

<sup>116</sup> Ibid., 2000, p. 1126.

Assim, toda a ordem jurídica constitucional detém um “núcleo essencial da Constituição” revelado por meio dos *princípios constitucionais estruturantes*<sup>117</sup>.

Entre estes princípios constitucionais estruturantes, encontram-se o *princípio do Estado de Direito*, art. 1º da Constituição Federal de 1988<sup>118</sup>, e também no mesmo artigo o *princípio democrático*.

Por seu turno, os princípios estruturantes ganham densidade, como é explicado por Canotilho, com os princípios fundamentais gerais e especiais. Podemos citar, como exemplo ilustrativo, o princípio da legalidade<sup>119</sup>.

Nesse contexto, ganham relevância os direitos fundamentais, representando a razão de ser e o eixo central de toda ordem jurídica constitucional, sendo principiada pela *dignidade da pessoa humana*, tendo sido recebida em nosso ordenamento como *status* de fundamento<sup>120</sup> da República Federativa do Brasil.

Resumimos este tópico com a exposição de Canotilho sobre o tema:

[...] o sistema jurídico do Estado de direito democrático [...] é um **sistema normativo aberto de regras e princípios**. Este ponto de partida carece de <<decodificação>>: (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (Caliess), traduzida na disponibilidade e << capacidade de aprendizagem >> das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da << verdade >> e da << justiça >>; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.<sup>121</sup>

### 3.2 Filtragem Constitucional na construção de uma nova teoria do delito

No decorrer desse capítulo vimos primeiramente que várias concepções nortearam a ideia de Constituição. Foi registrada, a concepção sociológica de Lassale, que diminui a Constituição jurídica a simples “folha de papel”, de modo que questões constitucionais eram reduzidas a questões políticas, resultando nisso que o fundamento de qualquer Constituição era “fatores reais de poder”. Assim, a Constituição jurídica somente lograria êxito se

<sup>117</sup> “Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por **princípios estruturantes**, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico político. Ibid., 2000, p. 1137.

<sup>118</sup> “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

<sup>119</sup> “Art. 5º, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem a prévia cominação legal;”

<sup>120</sup> Art. 1º, inciso III da CF.

<sup>121</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2000, p. 1123.

correspondesse à fidelidade da Constituição real. Nesse modo de pensar, a Constituição jurídica era reduzida a expressar e legitimar “os fatores reais de poderes”, padecendo de qualquer outro objetivo.

Posteriormente, Hans Kelsen retira da Constituição qualquer fundamento sociológico e político, afirmando que a Constituição como norma tem fundamento de validade em outra norma; estava concebida Constituição Jurídica, negando, assim, qualquer diálogo da Constituição com a realidade social ou com conceitos metajurídicos – justiça -, delineando um *sistema normativo fechado*.

Nova estrutura da Dogmática Jurídica Constitucional foi alcançada com idéia da “força normativa da constituição”, acentuando que a Constituição não representa somente os “fatores reais de poder”, já que a Constituição tem em si pretensão de eficácia demonstrada na sua força ativa, sendo conhecida como “vontade de Constituição”<sup>122</sup>, como também ela representa em determinado contexto uma expressão da realidade histórica, afastando o formalismo positivista de Kelsen.

A Constituição não poderia mais ser vista como simples expressão da realidade, entretanto, como mecanismo capaz de realizar transformações, o que, mais tarde, fez Clèmerson Merlin Clève afirmar que o Direito não poderia mais ser entendido como fonte de legitimação do poder dominante, mas como “espaço de luta”<sup>123</sup>, na busca da formação de uma sociedade justa.

Então, analisamos os pressupostos da *filtragem constitucional*, que são: preeminência normativa da Constituição e sistema aberto normativo de regras e princípios.

Quanto à preeminência normativa, esta claro que esta decorre da idéia de supremacia Constitucional idealizada por Kelsen, quando formula a concepção piramidal do sistema normativo.

O resultado disto é que a Constituição tem primazia no ordenamento jurídico. Assim, três conseqüências se extraem: o ordenamento jurídico infraconstitucional é interpretado

---

<sup>122</sup> “Citada [...] origina-se de três vertentes: (i) compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que projeta o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme; (ii) compreensão de que esta ordem precisa estar em constante processo de legitimação e, ainda (iii) a compreensão de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, que a manterá por atos volitivos. [...]” SCHIER, Paulo Ricardo, op. cit., 1999. p. 142.

<sup>123</sup> Indicamos, aqui, o leitor o capítulo 8, que tem o seguinte título: “O jurídico como espaço de luta” da obra de CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Editora Acadêmica, 1993.



conforme a Constituição, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis e, por último, a efetiva aplicação das normas constitucionais.

Verificamos, ainda, que a preeminência normativa pode ser aplicada num sistema fechado, idealizado por Kelsen, tendo um determinado resultado, e que, no entanto, coube a *filtragem constitucional* agregar e aplicar os resultados da preeminência normativa num sistema aberto, de modo que os resultados alcançados vão além dos obtidos anteriormente.

Para entender esses resultados, abordamos sobre sistema normativo aberto de regras e princípios. Apegamo-nos aos ensinamentos de Canotilho, explicitando que os princípios e regras são espécies do mesmo instituto, chamado norma jurídica, e que o sistema normativo tem uma *estrutura dinâmica*, porque se propõe a ser aberto à realidade social, agregando, concepções metajurídicas – justiça -, resultando a Constituição como “reserva de justiça”.

Resta, claramente, constatado que a aproximação do ordenamento jurídico infraconstitucional com a Constituição resultante da supremacia constitucional é aquém, pois tinha como perspectiva um sistema fechado. Essa aproximação, no entanto, realizada pela *filtragem constitucional*, pressupõe um sistema normativo aberto de princípios e regras. Resultado disso é uma releitura de todo o ordenamento jurídico através do *filtro axiológico* da Constituição.

Essa aproximação realizada não significa somente uma interdisciplinariedade ao molde antigo, mas significa uma “contaminação” do ordenamento jurídico infraconstitucional através dos princípios irradiante da norma constitucional.

O resultado é que toda norma infraconstitucional deve ser preenchida pelos valores constitucionais.

Fica esboçado que esse fenômeno não é alheio à parte do Direito, mas se realiza sobre todo o Direito vigente, restando atingido o Direito Penal pela *filtragem constitucional*.

Conseqüência disto é que o Direito Penal deve expressar em suas normas os valores principiológicos postos na Constituição, mediante os *princípios estruturantes*, *princípios fundamentais gerais e específicos*, além dos *princípios implícitos* decorrente daquela, tudo em função do centro e fundamento da Constituição, que são os *direitos fundamentais*, sobretudo da *dignidade da pessoa humana*.

Com efeito, os *princípios estruturantes*, *princípios do Estado de Direito* e *princípio democrático* impõem a filtragem para a formação de um *Direito Penal garantista e democrático*.

Segundo, os *princípios gerais e específicos* impõem que toda a ordem penal seja irradiada por estes, de modo que os operadores do Direito, na formação da lei, na interpretação desta e execução, busquem a máxima e efetiva aplicabilidade dos valores constitucionais, tendo como resultado um Direito Penal que expresse “reserva de justiça”.

Quanto aos *princípios implícitos*, salta aos olhos o que a doutrina intitula de “princípio dos princípios”, ou seja, o *princípio da proporcionalidade* não somente adstrita ao legislador, mas também na aplicação concreta da norma penal por intermédio do Estado-juiz, quando presentes conflitos de *direitos fundamentais*.

Por último, os *direitos fundamentais*, como centro e fundamento da Constituição, impõem limites de atuação do Direito Penal. É sabido por todos, que o Direito Penal, ao agir, atinge inevitavelmente direitos fundamentais. O Direito Penal somente deve e pode agir em busca da proteção de outro *direito fundamental*, o que a doutrina chamar de *princípio da ofensividade*, sendo que este é o fundamento da teoria constitucionalista do delito.

A leitura de um ordenamento jurídico-penal voltado tão-somente para a proteção de *direitos fundamentais* resulta no *Direito Penal minimalista*.

Mediante a *filtragem constitucional* do ordenamento jurídico-penal, em que os valores são irradiados nesse ordenamento, temos assim a constituição de um *Direito Penal democrático, garantista e minimalista*.

Diante disso, é imperiosa uma releitura da teoria do delito, plasmada pelos conceitos extraídos da filtragem constitucional.

## 4 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

No capítulo anterior, demonstramos claramente o vínculo de dependência, hoje, entre a teoria do delito e a Constituição; e que nessa “contaminação” entre o Direito Penal e Constituição, através da *filtragem constitucional*, teria como resultado a construção de uma nova teoria do delito, de cunho constitucional, que receberá o nome de teoria constitucionalista do delito.

No decorrer de todo o nosso trabalho, nos comprometemos a abordar a teoria do delito sob duas perspectivas, uma material e outra analítica, do conceito de delito. Trataremos neste tópico sobre o conceito material de delito, para, somente a posteriori, tratar sob o aspecto analítico.

Cumpra antes elucidar a noção de que abordagem da teoria do delito, após a *filtragem constitucional*, será feita tendo em conta os valores principiológicos extraídos da Constituição. Essa análise se projetará conforme a *Dogmática principialista estruturante*, desenvolvida por Canotilho, ou seja, *princípios estruturantes (Estado de Direito e princípio democrático)*, *princípios fundamentais específicos (princípio da legalidade e princípio da dignidade)*; depois, veremos os *princípios implícitos (princípio da intervenção mínima, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e princípio da culpabilidade)*.

Cumpra, ainda, esclarecer que, quando analisarmos o conceito material de crime, fizemos um paralelo com o modelo de Estado, pois achamos isso mais conveniente por questão didática.

Nesse momento, passaremos a analisar o conceito material de delito, inserido num Estado Democrático de Direito.

### 4.1 Estado Democrático de Direito

Para alcançar a inteligência do conceito de Estado Democrático de Direito, devemos fazê-lo em uma análise principialista, em que os valores constitucionais são dispostos, repetindo, primeiramente, os *princípios estruturantes* e que, por sua vez, irradiam os *princípios fundamentais gerais e específicos* com um conteúdo mais denso, que ilumina as *regras constitucionais*, uma clara demonstração do que foi construído por Canotilho, na *Dogmática principialista estruturante*.

Antes, todavia, analisaremos o conceito material de delito.

Explicamos em linhas atrás que a *preeminência normativa da Constituição* teve o condão de adequar a norma infraconstitucional ao Texto Constitucional, partindo da idéia desenvolvida por Kelsen, de supremacia constitucional, em uma estrutura de fundamentação da norma em outra norma.

Deixamos claro que, todavia, esse conceito foi desenvolvido em um sistema fechado, ante o formalismo positivista kelseniano.

Vimos também que a idéia de *sistema normativo aberto de princípios e regras* conduziu a Constituição a ser considerada uma “reserva de justiça”, pois permitiu o diálogo da norma com a realidade social. Nessa perspectiva, a Constituição inseriu em seu corpo os direitos fundamentais.

Compreendemos, ainda, que o papel da *filtragem constitucional* é direcionar os conceitos desenvolvidos pela preeminência normativa, dentro, agora, não de um sistema fechado, mas de um sistema aberto.

O resultado é uma *filtragem constitucional* de todo o ordenamento infraconstitucional, ou seja, a norma penal é “contaminada” pelos valores extraídos da Constituição. Assim, a norma penal é impregnada por essa “reserva de justiça”, de modo que a fundamentação da norma penal deve estar em conformidade com os fundamentos constitucionais.

“Portanto, a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na *descriminalização* ou não aplicação da norma penal”.<sup>124</sup>

Aqui, já damos o primeiro passo para a resposta que tanto permeou a doutrina penal: qual a natureza do Direito Penal - constitutiva ou sancionadora?<sup>125</sup>

A resposta, dentro da linha de pensamento que desenvolvemos, só pode ser uma, ou seja, natureza sancionadora. Explicamos.

Não cabe ao Direito Penal criar ou constituir delito. Em um Estado Democrático de Direito, em que a Constituição representa o Pacto Fundante, ou seja, em que a vontade do

---

<sup>124</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 23.

<sup>125</sup> Por todos Nilo Batista. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

povo se encontra representada nas linhas escritas pelo Poder Constituinte, somente e tão-somente, cabe a este poder expressar quais são os bens jurídicos dignos de proteção.

Não é o legislador penal que seletivamente, elege quais são os bens jurídicos merecedores de sanção penal, pois, se assim fosse, o Direito Penal não representaria o espírito da Constituição, já que, por vezes, o legislador ordinário na escolha desses bens se arvoraria de escolher a seu bel-prazer ou no sentido de justificar um interesse momentâneo, “além de o caráter constitutivo da norma penal implica, em princípio desigualdade e discriminação”<sup>126</sup>.

Aqui, nos faz lembrar uma reflexão extraída dos estudos de Konrad Hesse, em que a *força normativa da Constituição* se mostra viva e presente, quando a vontade da Constituição não cede para vontade real, vinda dos “fatores reais de poder”. E nos explica ele que os princípios constitucionais devem prevalecer sobre o interesse momentâneo. Completamos: e da classe dominante.

Eis aí a razão de que ao Direito Penal se deve reservar somente o papel de sancionador, nunca de natureza constitutiva.

Destarte, concluímos que o conceito material de delito dentro de um Estado Democrático de Direito está intimamente relacionado ao conceito de “reserva de justiça” extraído da Constituição, em face da estrutura dialógica do sistema normativo constitucional.

Para um aprofundamento dessa temática, devemos buscar socorro em Alf Ross, que, “referindo-se ao postulado da justiça, afirma [...] equivaler, esta, a uma *demandade igualdade*”.<sup>127</sup> (Grifo nosso).

A demanda de igualdade é o maior postulado extraído da concepção do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme nos ensina José Afonso da Silva:

Aliás, como salienta José Afonso da Silva, citando observação de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade humana, concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, obriga a uma densidade valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional, não podendo reduzir-se à defesa de direitos individuais ao esquecimento os direitos sociais. [...].

A “reserva de justiça” que a Constituição é no Estado Democrático de Direito não se fundamenta no Direito Natural, como assim quiseram os jusnaturalistas, como se o Direito fosse fruto do divino; também não pode ser conceituada como equivalente a legalidade, como

---

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 464.

<sup>127</sup> ROSS, Alf apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 24.

pretendeu Kelsen, pois o Estado nacional-socialista de Hitler demonstrou que a injustiça pode ser legalizada.

E aí surge, a resposta: a Constituição somente é “reserva de justiça”, quando está impregnada da concepção de que o homem é a razão de ser do ordenamento jurídico, postulado no princípio máximo da *dignidade da pessoa humana*.

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se cogita na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.<sup>128</sup>[...] Por outro lado, há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem (no sentido de uma qualidade inata), na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente.<sup>129</sup>

A “reserva de justiça” encontra-se pela primeira vez fundamentada na história de nossas Constituições, quando em seu art. 1º, inciso III, erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento do nosso Estado Democrático de Direito.

É nesse espírito que permeia a norma constitucional, que tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana*, de que a norma penal deve ser “contaminada”, de modo que os compromissos assumidos e refletidos pela norma constitucional sejam realizados pela norma penal.

“Enxergamos um Direito Penal Justo quando compatibilizado com os valores e princípios postos no texto constitucional, pelos representantes do povo, como expressão de seus anseios”.<sup>130</sup>

Distintamente nos apresentou essa necessidade Márcia Dometila Lima de Carvalho, quando demonstrou que a Constituição necessita do ordenamento infraconstitucional para a concretização de seus objetivos e fundamentos, bem como princípios e valores, de modo que o Direito Penal não se encontra estranho a esse fenômeno.<sup>131</sup>

O conceito material de delito não pode mais se encontrar preso à dogmática fechada, proposta pelo Estado de Direito, pautado no legalismo. Aquele conceito deve ser filtrado

---

<sup>128</sup> DÜRIG apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

<sup>129</sup> HÄBERLE, Peter apud SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., 2006, p. 119.

<sup>130</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 58.

<sup>131</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 28.

pelos valores constitucionais, representando, “reserva de justiça”, fruto do fundamento máximo da nossa Constituição, que é a *dignidade da pessoa humana*.

Urge aqui salientar o salto dado pela Dogmática Jurídica Constitucional, que não poderia ser mais vista como legitimadora dos interesses da classe dominante. Do momento que a Constituição, como “reserva de justiça”, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, se mostrou um caminho, dentro de suas limitações para realizar transformações sociais, colocou em xeque o Direito Penal.

O Direito Penal sempre se mostrou e constantemente foi entendido como o Direito mais próximo do Estado totalitário, arbitrário e dominador. “[...] o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio”.<sup>132</sup>

A concepção de um Direito Penal dentro de um Estado Democrático deveria passar pela ingerência dos valores constitucionais, de modo que o conceito material do delito pautado num Direito Penal democrático, deve conceber valor supremo a dignidade da pessoa humana, expressada no princípio da liberdade.

Isso quer significar que o valor liberdade, direito fundamental atingido por excelência pelo Direito Penal, deve ser supervalorizado. Aqui reside a grande distinção do Estado autoritário, em relação ao Estado democrático.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal.

Diante de tudo o que foi expresso, uma conclusão se torna imperiosa - a dignificação constitucional do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal; ou seja, o conteúdo material do conceito de delito será extraído da norma constitucional. O bem jurídico protegido pelo Direito Penal será aquele apontado pelo Texto Maior do nosso ordenamento.

Destarte, o conceito material de delito no Estado Democrático de Direito é toda afronta direta a um bem jurídico tutelado pela norma constitucional, além de que a função do Direito Penal está ligada intimamente à função do Estado.

---

<sup>132</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p. 196.

Ora, a função do Estado democrático de Direito, extraída de nossa Constituição, é a formação de uma sociedade justa e igualitária em respeito aos direitos fundamentais.

Bem expressou Pallazzo: “[...] esta nova visão de delito, além de respeitar a exigência de eticidade do Direito Penal, pelas várias afirmações constitucionais a propósito do respeito à dignidade humana, dignifica-o [...]”<sup>133</sup>. Tal representa a clara demonstração do Direito Penal como fonte limitante da atuação estatal e do particular, bem como mais uma fonte de concretização do valor supremo liberdade.

#### 4.1.1 *Princípio estruturante: Estado de Direito*

Inicialmente, devemos lembrar o que fora dito em momento anterior, para que o leitor não nos interprete equivocadamente, imaginando que infantilmente estamos tracejando estas linhas como se a simples prenúnciação de um Direito Penal democrático fosse suficiente para eliminar as arbitrariedades no mundo fático.

Não, de maneira nenhuma, seríamos inocente em acreditar que a simples construção teórica é capaz de modificar tudo como num passe de mágica. Devemos, sim, olhar numa perspectiva principiológica, ou seja, de “mandado de otimização”.

Repetindo mais uma vez, os princípios, sobre o paradigma pós-positivista, constituem norma jurídica, alicerçada, como todas as garantias de qualquer outra norma jurídica, de imperatividade e efetividade.

Ademais, contendo dentro de si um “mandado de otimização”, os princípios devem ser aplicados ao máximo do possível jurídica e faticamente.

A apreciação do princípio do Estado de Direito é imperiosa e de muita importância no que queremos deixar aqui consignado. Antes, no entanto, devemos entender o seguinte:

‘Estado de direito’ é um daqueles conceitos amplos genéricos que tem múltiplas e variadas ascendência na história do pensamento político: a idéia que remonta a PLATÃO e ARISTÓTELES, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo Kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por NOBERTO BOBBIO, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. Ao menos no campo do direito penal, ‘Estado de direito’ designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o

<sup>133</sup> PALLAZZO, Francesco apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 51.



legislativo de defini-los é exercitado *per leges*, isto é , está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.<sup>134</sup>

Primeiramente, porque esse conceito é a base do *Direito Penal garantista*, assunto sobre o qual nos deteremos nesse tópico.

Segundo, o Direito Penal moderno, não pode ficar preso somente ao conceito de Estado de Direito, pois, senão, entrará novamente no erro do positivismo formal kelseniano; como também não poderá ser alimentado somente do princípio democrático.

Ora, observe-se que o Direito Penal necessita de limites legais, característica própria do Estado de Direito. Quando este Direito enveredou pelo caminho de alimentar o Direito Penal somente com um conteúdo material, as arbitrariedades foram enormes.

Lembre-se, quando da análise do Direito Penal no Estado Comunista, que esse Estado considerava que o Direito Penal deveria servir de ferramenta para implementação desse Estado. Para isso, o crime passou a se basear no interesse da obra revolucionária em busca da formação do Estado Comunista.

Neste caso, não importava a lei, mas o espírito (conteúdo) da lei. Resultado disso foi o uso da analogia como forma de incriminação, já que a ênfase dada era tão-somente ao conteúdo da lei.

No mesmo caminho entraríamos se, na formulação do Direito Penal, fosse conferida ênfase somente ao princípio democrático. Seria o primeiro passo para que os homens se apoderassem do conceito material de delito, para, em nome do Estado Democrático, passar a usar das arbitrariedades.

Por essa razão, a formula perfeita para a construção de um Direito Penal democrático e garantista é a junção do Estado de Direito com o princípio democrático.

Destarte, o Estado de Direito, de criação iluminista, continua sendo a maior expressão de garantia contra o abuso estatal. Disso não poderemos nunca fugir, já que este Estado firmou toda a sua construção político-filosófica em contraposição ao Estado Absolutista, de modo que a conotação garantista alcançada por ele é digna de ser respeitada eternamente.

Nas palavras de Luigi Ferrajoli, o maior expoente do Direito Penal garantista, [...] “A adoção destes modelos, começando pelo garantista no grau máximo, pressupõe, assim, uma opção ético-política a favor dos valores normativamente por eles tutelados [...]”.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p. 789.

A doutrina, em Ferrajoli, estabeleceu ao Estado de Direito modelo-limite para arbitrariedade e em sua concepção para legitimação do direito de punir; para isso, lançou mão do que ele mesmo intitulou *axiomas garantistas*, ou seja, são postulados axiomáticos reveladores do fundamentos de um Direito Penal garantista, próprio de um Estado de Direito.

Eis, os dez axiomas do garantismo penal, expresso em máximas latinas:

*A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla necessitas sine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa sine iudicio; A8 Nulla iudicio sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.*<sup>136</sup>

A aplicação concreta dos axiomas garantistas resulta do fundamento do Estado de Direito, em que o direito de punir pressupõe o respeito a cada etapa expresso em cada axioma, passando a ser limite para o abuso do poder estatal.

Voltamos a repetir, todavia, o Estado legalista já havia se apoderado desses princípios e, contudo, não foi suficiente para aplicação justa da lei; é imprescindível que estes axiomas seja aplicados num cenário democrático, em que a Constituição seja “reserva de justiça” e que tenha como fundamento os direitos fundamentais do homem.

#### 4.1.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é, dentro da *Dogmática principialista estruturante*, de Canotilho, uma quantificação dos *princípios estruturantes*, mais especificamente, um *princípio fundamental específico*, de modo que deveria ser analisado em tópico próprio, no entanto, pela íntima ligação entre este e o Estado de Direito, resolvemos antecipar este tópico.

O princípio da legalidade, como *princípio fundamental geral*, encontra-se expresso na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso II, nas seguintes palavras: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Encontra-se como *princípio fundamental especial* no art. 5º, inciso XXXIX, sob a fórmula: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal”, sendo similar à prescrição do art. 1º do Código Penal Brasileiro.

O princípio da legalidade traduz o império da lei, fruto do pensamento político iluminista e fundamento do Estado de Direito, contrário a qualquer arbitrariedade própria do Estado Absolutista.

<sup>135</sup> Ibid., 2006, p. 90.

<sup>136</sup> Ibid., 2006, p. 91.

A doutrina costuma distinguir princípio da legalidade com reserva legal, afirmando que este é o gênero, tendo como espécies o princípio da reserva legal e da anterioridade. Reserva legal é entendido como mandamento, significando que, em matéria penal, somente o legislador, através de lei ordinária<sup>137</sup>, pode criar crimes e penas.<sup>138</sup> “[...] a Reserva Legal é um axioma destinado a assegurar ‘a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz’”.<sup>139</sup>

O princípio da legalidade foi objeto de questionamento pela doutrina, Vicente Cernicchiaro e Costa Júnior, sobre qual o seu alcance numa Constituição que adota além do Estado de Direito o princípio democrático.<sup>140</sup>

A resposta encontrada é que a legalidade deve ser entendida sobre dois enfoques: um de cunho formal e outra de teor material. Vejamos:

Também se procura distinguir a legalidade formal da legalidade substancial. Esta seria anterior e, poderia ser mesmo contra a lei, tendo como fonte uma espécie de direito natural, a ser pesquisado na natureza das coisas. É evidente que a chamada legalidade substancial implica na negação da Reserva Legal, posto que só no formal da lei é que se pode explicar o princípio em análise.<sup>141</sup>

Ousamos discordar do autor, pois no nosso entender a fonte da legalidade material é a Constituição, diferentemente do Direito Natural. Assim, quando a legalidade formal (norma penal) não expressar a legalidade material (valores constitucionais) esta deve ser declarada inconstitucional, lembrando que essa legalidade material deve expressar “reserva de justiça”, em face da *filtragem constitucional*.<sup>142</sup>

Além disso, urge salientar o caráter de dependência entre a legalidade formal e a material, uma não subsistindo sem a outra. Repetindo o que fora dito, o apego à legalidade material conduziria ao uso da analogia, já que não havia necessidade da descrição legal, bastando tão-somente, o espírito da norma; o inverso também é pernicioso, pois geraria a possibilidade de uma legalidade injusta.

<sup>137</sup> Art. 22, I da CF/88.

<sup>138</sup> Por todos Luiz Flávio Gomes.

<sup>139</sup> HIPPEL, Von apud LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 23.

<sup>140</sup> CERNICCHIARO, Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na constituição**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1991, p. 13.

<sup>141</sup> LUISI, Luiz, op. cit., 2003, p. 22.

<sup>142</sup> Remetemos o leitor ao item que refere-se a declaração de inconstitucionalidade por lei injusta.

Outro aspecto que ainda devemos ressaltar, da legalidade material, é que ela deve ser verdadeira expressão dos valores constitucionais, de modo que deve conter um “*mandado de certeza*”<sup>143</sup>, ou seja, deve haver uma determinação taxativa da conduta<sup>144</sup>.

A utilização desse artifício corresponderia a “fraude à legalidade constitucional, expressa pela não tipificação, ou tipificação deficiente ou insatisfatória, de fato naturalmente lesivos aos valores constitucionais, hierarquicamente protegidos pela Lei Magna”.<sup>145</sup>

“O princípio da legalidade poderia ser formalmente observado mesmo que a formulação da norma penal fosse elástica e indeterminada. Mas, neste ponto, estaria substancialmente violada a ratio do princípio constitucional, que é a certeza do direito [...]”.

<sup>146</sup>

O uso desse expediente pelo legislador, a realizar tipificação genérica, é ato atentatório ao Estado democrático de Direito, de modo que o seu resultado natural deve ser a declaração de inconstitucionalidade por omissão, solapando o princípio máximo da segurança jurídica.

<sup>147</sup>

#### 4.1.2 *Princípio estruturante: princípio democrático*

Como expresso em outras palavras, “o Estado DE direito, por seu próprio desenvolvimento, desumaniza o humanismo jurídico por que se pauta e tem o projeto de promover”.<sup>148</sup>

O Estado de Direito apegado ao formalismo tão-somente expressa na Constituição de um Estado a legitimação formal, pois estabelece as condições formais à estruturação do poder, dependente do caráter de direito do sistema jurídico expressado em sua forma ( em contraposição ao absoluto e totalitário, relativamente de direito).<sup>149</sup>

Já a democracia revela uma legitimidade substancial, pois determina as condições substanciais de “quem” e “como” exercer o poder, de modo que, quando a decisão se encontra

<sup>143</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Temas de direito penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1985, p. 09.

<sup>144</sup> “[...] E concluem afirmando que além dos artigos 25 e 13 da Constituição é preciso considerar que o princípio da determinação tem suas raízes na “ratio” inspiradora e presente em todo o texto constitucional, ou seja, no espírito da inteira Constituição, posto que a indeterminação da lei penal o violenta de modo profundo”. PALAZZO, Francesco apud LUISI, Luiz, op. cit., 2003, p. 26.

<sup>145</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 55.

<sup>146</sup> NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: RT, 1981, p. 46.

<sup>147</sup> Ibid., 1981, p. 55.

<sup>148</sup> GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., 2002, p. 349.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p. 791

na vontade do povo, revela-se o caráter politicamente democrático do Estado, em oposição ao monárquico, oligárquico ou burocrático.<sup>150</sup>

O princípio democrático vem trazer para a ordem jurídica o primado da igualdade substancial, o governo do povo, para o povo, na busca da efetivação da justiça social.

A junção perfeita, e de certa forma contraditória, é o primado da liberdade-igualdade, o primeiro exacerbado pelo Estado de Direito, na concepção iluminista, e o segundo propagado pelos Estados que buscam a justiça material (Estado democrático).

O valor da justiça material deve ser alcançado nos Estados de Direito com a busca do princípio democrático, já que a soberania do povo é fator de legitimação e o apelo à igualdade estrita como regra de justiça.<sup>151</sup>

Deseja-se que, em um Estado Democrático de Direito, o valor justiça seja inserido em todo o ordenamento jurídico, de modo que o resultado disso seja a criação de um Direito Penal justo.

“Para isto, o Direito penal, como qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, deve a ela amoldar-se, implícita, nesta amoldagem, a necessidade de balizar a legalidade dos tipos penais com o sentido de justiça imprimido no texto constitucional”.<sup>152</sup>

Destarte, o princípio democrático atingirá frontalmente o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, pois por esse princípio o Direito Penal não cobre toda a ilicitude do ordenamento jurídico, mas sim seleciona a ilicitude que deve ser reprimida e sancionada pelo ordenamento jurídico.

O caráter fragmentário, porém seria uma técnica de justificação ideológica que cobre os fatos de que o Direito Penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar comportamentos sociais danosos, típicos dos indivíduos pertencentes às classes hegemônicas.<sup>153</sup>

É curial para formação de redes de controles o fato de que modificam de acordo com os comportamentos advindos de determinada espécie estas se de classe; quando, porém, o comportamento é da classe marginalizada esta rede é muito fina, de modo que são selecionados, pelos operadores do Direito, com maior precisão, enquanto a rede é muito larga,

---

<sup>150</sup> Ibid., 2006, p. 791.

<sup>151</sup> GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., 2002, p. 345.

<sup>152</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 58.

<sup>153</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 137-139.

quando trata de tipos penais da criminalidade econômica, já que os sujeitos dessa espécie de delito são pertencentes à classe economicamente favorável.

O Direito Penal, em sua essência, seria fragmentário, pois ele protege de forma desigual. Resultado é que disso, o Direito Penal é desigual e, sendo desigual, desvia-se do primado da justiça, buscado pelo princípio democrático.

Então, o grau efetivo de tutela e a distribuição não variam de acordo com o delito, mas sim, consoante ao sujeito, na verdade, aquém estar se buscado proteger, ou seja, a classe dominante. Assim podemos afirmar que a desigualdade é a excelência do Direito Penal.

Nesse contexto, a importância do princípio democrático, primeiro, porque os mais radicais somente verão a efetividade do primado igualdade (valor justiça), se houver uma generalização na proteção dos bens, implantando o que ficou conhecido como Direito Penal máximo<sup>154</sup> ou a alternativa, também irracional, seria a eliminação completa da ilicitude penal.

Entendemos que o caráter fragmentário é imperioso para o Direito Penal democrático, devendo este caráter ser alimentado pelos valores constitucionais, e não por interesse da classe hegemônica, de modo que deixaremos um Direito Penal desigual, para um igualitário.

O caráter fragmentário filtrado pelos valores constitucionais releva a aplicação de um Direito Penal como “reserva de justiça”. E isso somente é alcançado com o princípio democrático, pois: “[...] o princípio democrático político, relativo a *quem* decide, é em suma subordinado aos princípios democráticos sociais relativos *ao que não é lícito decidir e ao que não é lícito não decidir*”.<sup>155</sup>

E é isto que revela o caráter fragmentário no Estado Democrático - o valor da decisão. Ora, a decisão do que é ou não é ilícito penal não pode ser dirigido pela minoria, mas sim,

---

<sup>154</sup> “Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela *incerteza e imprevisibilidade* das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetro certos e irracionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a aquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. Por outro lado, com efeito, a equivalência substancialista entre delito e *mala in se*, ainda quando em abstrato possa parecer um critério mais objetivo e racional do que o nominalista da identificação do delito tal como é declarado pelo legislador, conduz à ausência do limite mais importante ao arbítrio punitivo, que é ademais a principal garantia de certeza: a rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito. Por outro lado, a investigação inquisitiva através de qualquer meio de ‘verdade substancial’ ilusórias para além dos limitados recursos oferecidos em relação às regras processuais conduz de fato, tanto mais se unida ao caráter indeterminado ou valorativo das hipóteses legais de desvio, ao predomínio das opiniões dos julgadores. Condenação e pena são nestes casos ‘incondicionado’ no sentido de que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes”. FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p. 102-103.

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 2006, p. 798.

pela vontade do povo, expressado no Texto Constitucional, formalizada através da Assembléia Constituinte.

Além disso, devemos ressaltar que o valor da decisão, que permeia o caráter fragmentário do Direito Penal, deve ser orientado pelos objetivos e fundamentos da Constituição (direitos fundamentais), ou seja, a seleção não deverá ser norteadada por interesse particular, mas pelo interesse eleito pela Constituição, que representa expressão da vontade popular.

Conseqüência disso, no Estado democrático de Direito, o Direito Penal deve-se revelar um direito igualitário e justo, e capaz de aprofundar os valores constitucionais como “reserva de justiça”.

## **4.2 Princípios fundamentais específicos**

A Constituição, tendo por escopo “contaminar” o ordenamento jurídico-penal, alicerçou em seu texto princípios fundamentais específicos da matéria penal. Surgiu assim duas espécies de princípios: os de Direito Penal Constitucional e os princípios constitucionais influentes em matéria penal, sendo os primeiros especificamente penais, podendo ser explícitos ou implícitos e os demais são aplicáveis ao ordenamento jurídico em geral, contudo, de grande utilidade em matéria penal.

Poderíamos nos deter em vários princípios, como da anterioridade, irretroatividade da lei penal e outros; no entanto, entendemos que somente dois princípios expressos se sobressaem para o que aqui estamos tentando retratar, de modo que nos limitaremos então somente a estes: *princípio da legalidade* (já analisado) e *princípio da dignidade*.

Quanto aos *princípios implícitos*, mais uma vez repetimos que nos limitaremos a tratar do *princípio da intervenção mínima*, *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* e *princípios da culpabilidade*.

### *4.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.*

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se pela primeira vez expressa em nossa Constituição como fundamento do Estado brasileiro, no art. 1º, inciso III.

É considerado pela doutrina como sendo o princípio reitor dos direitos fundamentais, pois traz em si a nota de fundamentalidade material, além de expressar a grandeza do valor humano.

*Em sentido próximo, Fábio Konder Comparato, lembrando Kant, sustenta que ‘a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma’.*<sup>156</sup>

Não obstante haver uma positivação expressa do conceito de dignidade da pessoa humana na norma Constitucional, podemos extrair dos direitos fundamentais a essência do conceito.

Nessa perspectiva, podemos colecionar o conceito de direitos fundamentais, trazida por Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito positivo constitucional, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material) integrada ao texto da Constituição [...]”.<sup>157</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana representa junto ao Estado Democrático de Direito, ao lado de outros conceitos fundamentais à essência do Estado, sendo assim considerado núcleo essencial desta Carta.

*Mediante a positivação de determinados princípios [dignidade da pessoa humana] e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica ‘reserva de justiça’, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. [...]. (Acrescido).*

Assim sendo, os direitos fundamentais, bem como os princípios estruturantes, compõem a essência nuclear da Constituição material, pois trazem em si os valores fundamentais para a concretização da dignidade da pessoa humana.

A realização e a concretização dos direitos fundamentais estão íntima e simultaneamente ligadas ao conceito de Estado Democrático, de modo que um é considerado pressuposto político do outro, enquanto o primeiro é pressuposto material deste; ou seja, não existe Estado democrático que desrespeite ou ignore os direitos fundamentais, pois o

<sup>156</sup> COMPARATO, Fábio Konder apud SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000, p. 112.

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2006, p. 91.



fundamento maior de qualquer Estado democrático é a realização da dignidade da pessoa humana.

Devemos ressaltar, ainda, o papel de fundamentalidade material da dignidade da pessoa humana, pois ele serve de conteúdo para o reconhecimento da essencialidade de um direito, para a caracterização como direito fundamental..

Em face do art. 5º parágrafo 2º da Constituição Federal, é considerado direito fundamental não somente aquele direito reconhecido expressamente pela Constituição. Existem, os direitos fundamentais de fundamentalidade formal, já que o próprio Poder Constituinte por vontade livre escolheu e reconheceu sua essencialidade, independentemente de trazer em si a fundamentalidade material revelada pela busca de concretização da dignidade da pessoa humana. Também não exclui o reconhecimento de outros direitos fundamentais não expressos na Constituição, mas que tragam em si uma nota de fundamentalidade material, ou seja, que sirvam de concretização da dignidade da pessoa humana.

Devemos frisar bem esse aspecto, o de que a Constituição não protege somente os direitos fundamentais expressos em seu corpo, mas sim busca amparar todos os direitos, que carreguem em si essa nota de fundamentalidade, pois representam a concretização do princípio reitor dos direitos fundamentais, que é a dignidade da pessoa humana.

Lembre-se de que, em um Estado democrático, a dignidade da pessoa humana é fundamento, sendo imperioso a concretização de todos os direitos fundamentais, expressos ou não na Constituição.

Tal concepção é importante, pois diverge a doutrina nesse aspecto. Há quem<sup>158</sup> diga que a Constituição não poderia servir de referencial para informar ao Direito Penal quais os valores e bens jurídicos dignos de proteção, pois a dinâmica evolutiva da sociedade e do Direito impediria que determinados direitos fossem protegidos pela norma penal, já que a Constituição não iria prever isto em seu corpo de normas.

Neste assunto nos aprofundaremos quando estivermos tratando dos bens jurídicos, no entanto, é oportuno fazer essa digressão, afirmando que o princípio da dignidade da pessoa humana é princípio reitor, para determinar a fundamentalidade material de um direito, de modo que, estando expressos ou não na Carta futuros direitos identificados como

---

<sup>158</sup> Por todos Pietro Nuvolone.

fundamentais, para a concretização da dignidade da pessoa humana, são passíveis de reconhecimento pela ordem constitucional e dignos de proteção pelo Direito Penal.

Ademais, os reconhecimentos da fundamentalidade de outros direitos, com maestria revelada por Paulo Bonavides, são plausivelmente passíveis de proteção constitucional-penal.

São direitos da quarta geração o direito à democracia<sup>159</sup>, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.<sup>160</sup>

Assim, cai por terra o argumento de que a Constituição não serve de marco referencial para a delimitação dos bens jurídicos de proteção, pois a Constituição elegeu um conceito material aberto de direitos fundamentais.

Ademais, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, outros princípios se impõem ao ordenamento jurídico penal. Podemos citar, o princípio da humanidade, “reitor do cumprimento da pena privativa de liberdade”,<sup>161</sup> em que proíbe a execução de pena de trabalho forçado, de caráter perpétuo, banimento, cruel e excepcionalmente pena de morte<sup>162</sup>, além do princípio da pessoalidade, que proíbe que a pena passe da pessoa do condenado, e, ainda, o princípio da individualização, na expressão de Nelson Hungria: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.<sup>163</sup>

Todos esses princípios alinhados constituem a mais pura demonstração de que o Direito Penal deve ser pautado no reconhecimento do valor humano, como a mais pura demonstração da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>159</sup> “A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação e, legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitária, familiar ao monopólio do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual”. BONAVIDES, Paulo, op cit., 2004, p. 571.

<sup>160</sup> Ibid., 2004, p. 571.

<sup>161</sup> JESCHECK, Hans Heinrich apud LUISI, Luiz, op. cit., 2003, p. 46.

<sup>162</sup> O nosso ordenamento jurídico permite a pena de morte, excepcionalmente, em caso de guerra declarada.

<sup>163</sup> HUNGRIA, Nelson apud LUISI, Luiz, op. cit., 2003, p. 52.

#### 4.2.2 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal é uma das espécies de Direito em que todas as vezes que é chamado a interferir nas relações sociais, necessariamente, atinge um direito fundamental.

Em legislações passada, o Direito Penal ostentava o poder de atingir até mesmo o maior direito fundamental do homem, que é a vida. Hoje, todavia, prepondera a noção que a ofensa se limite à privação da liberdade.

Forçoso é explicar, para os olhares mais superficiais, que, até mesmo no caso dos processos que impõem medidas substitutivas ou movimento de “despenalização” aplicada aos crimes de menor potencial ofensivo<sup>164</sup>, temos ainda que minimamente ofensa a direitos fundamentais, como o livre trabalho (penas que impõe prestação de serviço à sociedade), propriedade (multa pecuniária, transação penal e entrega de cestas básicas) e liberdade (recolhimento aos finais de semana, proibição de andar em determinados locais, proibição de ir e vir, sem prévia comunicação e recolhimento domiciliar).

Com efeito, todas as vezes que o Direito Penal age fere um direito, torna-se necessário que, somente e tão-somente, em face da proteção de outro direito fundamental, legitime a atuação deste direito, senão seria paradoxalmente um contra-senso.

Como poderia ser explicado que o ordenamento jurídico constitucional é fundamento da proteção dos direitos fundamentais do homem e ao mesmo tempo esse ordenamento possui dentro de si uma parte que todas as vezes que age fere um direito fundamental.

Em face desse raciocínio, é imperioso que o Direito Penal seja restrito, ou como prefere a doutrina, *ultima ratio*. A minimidade do Direito Penal conduzirá a formação de um Direito Penal mais democrático e expressão de “reserva de justiça”.

Luiz Luisi entende que a primeira expressão do princípio da intervenção mínima encontra-se expresso no art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos Humanos, que assim reza: “a lei apenas deve estabelecer *estritas e evidentemente necessárias*”.<sup>165</sup>

O princípio da intervenção mínima não se encontra expresso no nosso Texto Constitucional, mas é facilmente percebido no espírito que rodeia os valores constitucionais.

O princípio da necessidade alimenta, ou até se confunde, com o princípio da intervenção mínima, ou seja, o Estado somente deve atingir um direito fundamental mediante a atuação do

---

<sup>164</sup> Lei 9099/95.

<sup>165</sup> LUISI, Luiz, op. cit., 2003, p. 39.

Direito Penal, quando houver necessidade, quando outro meio não se revelar suficiente para a consecução do desiderato.

O manto protetor do Direito Penal somente deve recair sobre os direitos mais valiosos e importantes e que outro manto de proteção (Direito Civil, Administrativo, Trabalhista etc.) não seja suficiente para garantir a função do Direito Penal, que é proteção de direitos fundamentais.

Exemplo digno de nota é dado por Fernando Capez, quando retrata o fato de um empregado doméstico furtar seu patrão. A despedida com justa causa, inserida na legislação trabalhista, já representa em si uma punição da magnitude do bem protegido, sendo desnecessária e até por imperativo dos valores constitucionais impossível, a aplicação da lei penal.

Observemos que o delito de furto visa a proteger o direito de propriedade; da mesma forma, a despedida por justa causa atinge diretamente um direito social, que é o direito à continuidade no trabalho e restrição de expectativas de direito (verbas indenizatórias), autêntico direito de propriedade.

Vejamos que a análise constitucional racionaliza a aplicação do Direito Penal. O leigo e os “amantes do vil metal”, de pronto diriam que no exemplo citado, além da sanção trabalhista deveria o agente se submeter a uma pena de até quatro anos, como prevê nossa legislação, no art. 155 do Código Penal.

O Direito penal, por tratar-se de um sistema descontínuo de ilicitudes, de caráter fragmentário, não deve ocupar-se de qualquer ameaça aos bens jurídicos constitucionais relevantes, mas apenas das condutas que, por sua gravidade, colocam em risco a sociedade e o ser humano.<sup>166</sup>

Assim nos esclarece Luiz Luisi sobre as conseqüências do princípio da intervenção:

Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária. O direito penal, - como já notara Binding, - não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável da tutela jurídica.<sup>167</sup> Tem se entendido, ainda, que o direito penal deve ser a ratio extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.<sup>168</sup> O direito penal, pois, teria uma fisionomia subsidiária, e sua intervenção só se justifica no dizer de F. Munhoz Conde, ‘quando fracassam as demais maneiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito’.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> SANTORO FILHO, Carlos Antônio, op. cit., 2000, p. 149.

<sup>167</sup> JESCHECK, Hans apud LUISI, Luiz, op cit., 2003, p. 40.

<sup>168</sup> BATISTA, Nilo apud LUISI, Luiz, op cit., 2003, p. 40.

<sup>169</sup> CONDE, Francesco Munhoz apud LUISI, Luiz, op cit., 2003, p. 40.

Ousamos aqui discordar de Reinhart Frank e Francesco Carnelluti<sup>170</sup>, que entendem como razão da mínima intervenção penal em face da perda da força intimidadora, consequência de legislações, que há uma “hipertrofia penal”.

Apesar de o pensamento ser verdadeiro, como já havia demonstrado Montesquieu, em sua obra clássica *O Espírito das Leis*, tal fato não é justificativa para a mínima atuação do Direito Penal.

Voltamos a repeti em um Direito Penal alimentado pelos valores constitucionais, a razão de sua intervenção subsidiária é forçosa por imperativo Constitucional.

Vem à baila, ainda, o ensinamento de Ferrajoli que nos apresenta a perspectiva do Direito Penal mínimo, quanto à certeza e racionalidade:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela da liberdade dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. [...] Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis. [...] Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. [...].

Continua Ferrajoli, exprimindo inigualavelmente à diferença no tratamento da *certeza* entre o Direito Penal mínimo e máximo:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado fique impune.

O Direito Penal máximo se socorre de todos os meios na busca da verdade material, na finalidade de que um culpado não seja inocentado, para tanto, na busca dessa verdade, se torna irracional, já que atinge sobremedida os direitos fundamentais do acusado, enquanto o Direito Penal mínimo se socorre do princípio da presunção de inocência.

Por último, trazemos ao debate a opinião de Márcia Dometila Lima de Carvalho<sup>171</sup>, alinhada com a de René Ariel Dotti<sup>172</sup>, ao acentuarem que o princípio da intervenção mínima

<sup>170</sup> Pensamento expresso no livro do Luiz Luisi, *Os princípios Constitucionais Penais*, o que nos parece haver concordância.

<sup>171</sup> Nota explicativa do pensamento da autora: “Não cabe, neste campo [econômico], levantar-se a bandeira da descriminalização, da intervenção mínima, que deverá ser hasteada, ao nível, no outro lado da criminalidade, isto é, na criminalidade clássica relativa, em oposição à absoluta; na microcriminalidade, contraposta à macrocriminalidade”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 103.

<sup>172</sup> Nota explicativa do pensamento do autor: “É fundamental salientar que embora reconhecida a necessidade de se limitar o âmbito de ação do Direito Penal, reservando-se suas formas de reação para as hipóteses mais graves

não se aplica aos crimes econômicos, devendo haver máxima intervenção estatal e processo de criminalização. Anotam a noção de que, pelas características dos crimes, é própria de cidadãos pertencentes à classe hegemônica a plenitude dos bens, já que atinge a coletividade e a dificuldade de investigação.

Não nos parece que essas razões sejam motivos para afastar a aplicação da intervenção mínima. O Direito Penal deve por pretexto constitucional sempre se guiar por este princípio, todavia não podemos fazer confusão com o conteúdo desse princípio com a ineficiência do Direito Penal.

O Direito Penal deve ser mínimo, mas, sobretudo, eficiente para a proteção dos bens jurídicos, de modo que, por vezes, determinados crimes vão requerer mais efetividade na atuação estatal, sem, contudo, significar inaplicabilidade do princípio em comento. Até porque o inverso de Direito Penal mínimo é o máximo, tendo sido já demonstrada a danosidade de tal sistema.

Parece-nos que essa nossa forma de interpretar o princípio, quanto aos crimes econômicos, se alinha melhor aos valores constitucionais, não havendo razão para a defesa da macrocriminalidade, própria de um Direito Penal máximo.

O legislador penal brasileiro se mostra sempre tentado à adoção de uma macrocriminalidade em todas as áreas<sup>173</sup> da ilicitude; imagine-se se passarmos a doutrinariamente defender tal proposta nos crimes econômicos. Os abusos serão horrendos.

#### *4.2.3 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*

A doutrina moderna entende que a função primeira e única do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, sendo isto uma garantia de que o Estado não deve interferir em valores de cunho moral, religioso e cultural de uma sociedade, mas antes interferir tão-somente em bens jurídicos de relevância fundamental para a manutenção da vida em sociedade e formação de um Estado democrático.

---

de lesão, seria de todo inconveniente reduzir-se demasiadamente a sua possibilidade de controle. Com efeito, na *criminalidade dos negócios* se manifestam fatores de ordem complexa e violações que se caracterizam como formas de desobediência ativa e passiva de normas da Administração que exigem a atuação jurisdicional penal. Tal intervenção é estimulada pela orientação constitucional recente e melhores condições em nosso país que conferiu ao Poder Judiciário maiores e melhores condições para exercer a sua missão de garantia individual e coletiva”. DOTTI, René Ariel apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 103.

<sup>173</sup> Lembre-se da lei de crimes ambientais, que prevê no art. 49, “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:”, prevendo pena de até 1 (um) ano, sendo verdadeira afronta ao princípio da intervenção mínima, além de muitas outros exemplos expressos na legislação extravagante.

Lembramos que todas as manifestações irracionais no Direito Penal procuraram distorcer o conceito de bem jurídico, de modo que o Direito Penal autoritário desnaturou o conceito, pois, que para este, bem jurídico representava um dever de abstenção da realização de uma conduta imposto pela norma penal.<sup>174</sup>

Diante disto, é plausível que a divergência reside em saber o que se entende por bem jurídico. Antes veremos a evolução histórica.

#### 4.2.3.1 Breve evolução

Na Idade Média, o conceito de delito se confundia com pecado, de modo que nesse período, o ilícito era preenchido por uma idéia de “eticização”. Assim, o bem jurídico estava intimamente vinculado ao sagrado. Este conceito não serviu para o Direito, sendo mais de cunho religioso.

Com o movimento iluminista, a teoria contratualista de Rousseau trouxe ao bem jurídico a conotação de quebra de contrato social, fazendo com que bem jurídico fosse um direito subjetivo, visando a proteger a lesão desse direito. Com isso, “Toda agressão aos direitos subjetivos se produz mediante uma agressão aos bens jurídicos e é inconcebível sem estes”.<sup>175</sup>

Birnbaum, em 1883, substituiu a idéia de direito subjetivo para bem jurídico como conceito autônomo, ampliando os fins do Estado e não puramente na relação privada. Posteriormente, Binding e Rocco, com base no positivismo, inserem ao bem jurídico essa dimensão formal. A noção de bem jurídico, agora, seria o que o legislador afirmar ser. Neste momento, o conceito de bem jurídico é vazio de conteúdo.<sup>176</sup>

Inicia-se com Von Liszt, mas ganha grande avanço com o neokantismo; o bem jurídico não poderia mais ser vazio de conteúdo, pois o legislador não cria puramente, mas antes o reconhece. “Conforme as diretrizes do neokantismo, é o bem jurídico entendido como um valor cultural, sendo que ‘sua característica básica é, a referência do delito no mundo ‘valorativo’, em vez de situa-lo diretamente no terreno do ‘social’”.<sup>177</sup>

Para Welzel, no finalismo, o conceito de bem jurídico corresponderia à proteção de valores éticos da sociedade (valores da consciência, de caráter ético-social), de modo que a

---

<sup>174</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 443.

<sup>175</sup> PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 33.

<sup>176</sup> FIANDACA; MUSCO apud PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 32.

<sup>177</sup> GOMEZ BENETIZ, J. M. apud PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 37..

proteção do Direito penal recai diretamente neste valor, enquanto indiretamente nos bens jurídicos.

Já a concepção normativista (funcional) de bem jurídico tem conotação sociológica, pois o bem jurídico deve ser visto em função do critério de nocividade social.

Jakobs afirma, na esteira de Luhman, que [...] “a missão do direito penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social”.<sup>178</sup>

O Direito Penal não protege especificamente um bem jurídico, mas a norma, e esta protege os bens necessários para a manutenção regular do sistema. A norma protege os bens jurídicos em função do sistema, e não da importância para o homem, lembrando o que já havíamos relatado, para estes, o homem não integra o sistema e o mais importante é o sistema em detrimento do homem.

Não podemos deixar aqui de registrar o pensamento de Mir Puig, para quem “O direito penal deve proteger os sistemas sociais, enquanto garantia do indivíduo”<sup>179</sup> A diferença desse modo de pensar de cunho sistêmico, mas garantista, pois ele se utiliza do pensamento de Rolf-Peter Calliess, já delineado neste trabalho, a respeito da estrutura dialógica do sistema. Esse diálogo entre o sistema e a realidade social insere na concepção de bem jurídico a idéia de dano social, vinculado a uma realidade de um Estado Democrático de Direito. Mostra-se totalmente diverso do pensamento desenvolvido por Jakobs, de que não há nada de garantista, podendo servir a qualquer sistema, enquanto este pressupõe um diálogo do sistema com uma realidade social.

#### 4.2.3.2 Conceito de bem jurídico

Poderíamos dizer que o fulcro do nosso estudo sobre a teoria do delito se encontra na concepção de bem jurídico, pois este serve de elo entre o sistema normativo e a realidade social, ou, tecnicamente falando, entre a dogmática penal e a política criminal. Além disso, o bem jurídico indica o conteúdo da tipicidade, expresso na ilicitude material; justifica a reprovação (culpabilidade) em face do valor do bem. Podemos resumir, dizendo que a teoria do delito está na órbita do conceito de bem jurídico.

---

<sup>178</sup> JAKOBS apud PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 40.

<sup>179</sup> MIR PUIG apud PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 41.



A importância do bem jurídico para a configuração da tutela penal força que este conceito seja filtrado pelos valores, de modo que haja uma “contaminação”. “Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o *paradigma* do legislador penal infraconstitucional. A idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material [...]”.<sup>180</sup>

Adotamos a Constituição como parâmetro para aferição do conceito de bem jurídico merecedor de tutela penal, pois esta representa a vontade geral (democracia) em face dos interesses sociais momentâneos.

Assim, voltando ao direito penal, a sua relação com a Constituição se verifica quando se depreende que a essência do delito se alicerça em uma infração de direito, e o conceito do que é direito tem que ser deduzido do que se encontra concentrado como tal, como idéia de justiça, expresso no ordenamento jurídico.<sup>181</sup>

É possível assim entender que o bem jurídico contém dentro de si um teor material. Esse recheio material deve ser preenchido pelos valores imersos na Constituição, de modo que a Constituição delimita o sentido de bem jurídico tutelado pela norma penal.

“O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”<sup>182</sup>. Isto porque cabe ao Direito Penal proteger os bens eleitos pelo Poder Constituinte como valores supremos para ordem social e formação de uma sociedade justa e democrática.

De modo similar, Rudolphi entende que os valores fundamentais devem ter referência constitucional e o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo o conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Adverte ele que o estado de Direito é mais que um simples Estado de legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na idéia de justiça material. O bem jurídico, nesse contexto, é concebido como uma valiosa unidade de função social (unidade de função viva), indispensável para a sobrevivência da comunidade e que tem a norma constitucional como parâmetro basilar.<sup>183</sup>

Ensina-nos Luiz Régis Prado que o bem jurídico, no contexto de um Estado democrático, possui um conteúdo material-constitucional, de modo que a dignidade da pessoa humana impõe que a pessoa fique no centro do ordenamento, por motivo de uma regra ético-jurídica. Continua, dizendo que o conteúdo essencial do bem jurídico é preenchido pelos

---

<sup>180</sup> PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 53.

<sup>181</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 103.

<sup>182</sup> PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 63.

<sup>183</sup> RUDOLPHI apud PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 64.

direitos fundamentais; estes, por sua vez, devem expressar a fundamentalidade material pelo princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>184</sup>

Conseqüências disto, os bens jurídicos não precisam-se encontrar expressamente previstos da Constituição, no entanto, devem estar de acordo com os valores constitucionais.

Nesta perspectiva, o bem jurídico cumpre duas funções: *garantidora*, que emerge do princípio republicano, e *teleológico-sistemática*, que justifica as razões da tipificação de determinada conduta.<sup>185</sup>

Destarte, num Estado Democrático de Direito, o Estado não pode intervir em qualquer bem jurídico, mas tão-somente naqueles que são relevantes. Eis aí a garantia fornecida pelo bem jurídico, pois limita a atuação do legislador, quando na escolha de que bens serão passíveis de tutela penal. Além disso, alimenta o conteúdo material da tipicidade, já que somente podem ser tipificadas condutas relevantes para a concretização dos valores constitucionais.

#### 4.2.4 Princípio da culpabilidade

A culpabilidade somente se encontra presente quando o *“fato possa ser pessoalmente censurado ao agente, por aqueles se revelar expressão de uma atitude pessoal juridicamente desaprovada e pela qual ele tem de responder perante as exigências do dever-ser sócio-comunitário”*.<sup>186</sup>

Duas são as funções desempenhadas por esse princípio:

Fundamentando a pena, fornece-lhe caráter retributivo, simultaneamente demonstrando a face ética do direito penal, que assim tem como centro de seu sistema, o homem cuja responsabilidade provém de sua dignidade de pessoa capaz, por isso mesmo, de sofrer reprovabilidade.<sup>187</sup>

Limitando a pena, proíbe, ao Estado, o abuso da sanção punitiva, quando da satisfação da preocupação criminal, numa visão utilitarista de instrumentalização do homem para satisfação do bem comum.<sup>188</sup>

Assim, a função primordial do princípio da culpabilidade é limitar a atuação estatal, já que o *princípio da liberdade* é o seu conteúdo material.

A liberdade é o grande conceito normativo (e não metafísico) que alimenta a culpabilidade, pois a reprovação humana somente pode ser levada a efeito estando presente a

<sup>184</sup> PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 82-84.

<sup>185</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 443.

<sup>186</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 228-229.

<sup>187</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 64.

<sup>188</sup> PALAZZO apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 64.

liberdade humana, pois sem essa, as escolhas humanas se tornam viciadas, de modo que não é possível um juízo de reprovação ou censura.

“Tratar-se de alicerçar, em termos substancias, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática”.<sup>189</sup>

Quando o homem não tem liberdade para se determinar, ou lhe falta capacidade de compreensão das escolhas, pode por vezes aparentar ter liberdade, já que esses dois requisitos são imprescindíveis para a existência dela.

Da mesma forma, quando o homem depara uma situação em que normalmente não é exigido dele um comportamento diverso, apesar de aparentemente ter agido com liberdade, diz que essa liberdade é viciada e portanto não pode ser assim reprovado.

Observa-se, facilmente, que o grande problema da culpabilidade reside no conceito de liberdade.

A tese da liberdade como “livre-arbítrio” é de toda sorte refutada pela doutrina pela sua impossibilidade de demonstração do poder de escolha, em virtude das determinantes endógenas e exógenas do ato de vontade.<sup>190</sup> Assim nos explica Jorge de Figueiredo Dias:

[...] Confundia-se então o agente concreto com a ‘imagem abstrata’ do homem, como o ‘indivíduo isolado’, senhor absoluto de si próprio, da sua ação e de seu mundo, imputando conseqüentemente àquele um poder concreto de agir de outra maneira na situação. Hoje, porém, a psicologia e a sociologia sabem estar impossibilitadas de responder às questões do livre-arbítrio quer no seu *se*, quer no seu *Iquando*: a competência para tal só pode pertencer ao pensamento fundamental do existir humano (à antropologia filosófica e à ontologia), onde todavia a pergunta já não se refere a liberdade da vontade do ato, mas a liberdade como característica do ser total que age.<sup>191</sup>

A liberdade deve ser compreendida, por conseguinte, como a liberdade pessoal ou culpabilidade pessoal. A liberdade não é entendida como propriedade da ação, mas como “característica do ser-total-que-age”.<sup>192</sup>

A liberdade de escolha do homem é concebida dentro do seu mundo, ou seja, dentro do âmbito social a que ele pertence – “homem socializado”<sup>193</sup>, na pessoa concreta.

[...] O Homem determina sua ação através da sua livre decisão sobre si mesmo. De modo que aquilo que, no plano da ação, parece ser liberdade indiferença, livre-

<sup>189</sup> PRADO, Luiz Régis, op cit., 2003, p. 439.

<sup>190</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 233.

<sup>191</sup> Ibid., 1999, p. 234.

<sup>192</sup> Ibid., 1999, p. 237.

<sup>193</sup> Expressão usada por Jorge de Figueiredo Dias.

arbítrio, é, no plano do existir, a liberdade de decisão pelo próprio ser e sentido, a opção fundamental pela conformação de sua vida – *a liberdade daquele que tem de agir assim por ser como é.*<sup>194</sup>

Com isso, percebe-se que a culpabilidade não se pode encontrar alheia aos valores constitucionais, pois se mostra adequada pra o estabelecimento de justiça material e condição de livre desenvolvimento da personalidade do homem.<sup>195</sup>

A fundamentação material do princípio da culpabilidade é um pressuposto do Estado Democrático de Direito, de modo que a culpabilidade não deve se fundamentar na opção ou possibilidade de escolha do homem, mas, sobretudo, na busca da função motivadora da norma penal. A motivação no cumprimento da norma encontra-se pautada na capacidade de escolha, seja por conhecer o seu justo sentido, seja por encontrar-se numa situação factível de agir em conformidade com ela.<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Ibid., 1999, p. 238.

<sup>195</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 68.

<sup>196</sup> CONDE, Francesco Muñoz apud CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, op. cit., 1992, p. 68-69.

## 5 ELEMENTOS INTEGRANTES DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO.

Chegamos a esta etapa do trabalho com a certeza que a *filtragem constitucional* desempenhou dentro da teoria do delito uma transformação. A norma penal recebeu o influxo da norma constitucional, dando assim ensejo a uma releitura de toda a teoria do delito.

A teoria do delito, estruturada com base num Estado Democrático de Direito, não pode mais se encontrar presa a velhos dogmas da doutrina causalista e finalista, pende assim uma filtragem axiológica dos valores penais.

O conceito de delito não pode mais ser entendido somente como ato contrário ao descrito na norma, tampouco como simples desvalor da ação.

Deve-se compreender o crime como um ato contrário aos valores extraídos da Constituição, ou seja, é necessário que haja efetivamente um resultado jurídico relevante que afete um bem jurídico protegido, explícito ou implicitamente, pela Constituição.

Assim, o crime, para de fato se configurar, é necessário representar um *desvalor do resultado*, ou seja, deve trazer lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Essa é a grande diferença da teoria constitucionalista do delito, pois a tipicidade não é mais entendida numa perspectiva formal, como se dava na teoria causalista e finalista. Agora a tipicidade ganhou um elemento de dimensão material.

Observemos que a teoria funcionalista já havia acrescentado esse elemento de cunho valorativo, no entanto, para esta teoria, esse elemento é preenchido tão-somente com a *imputação*, sendo que essa será objetiva e refere-se à conduta e ao resultado.

Já para a teoria constitucionalista do delito, a tipicidade material além de ser preenchida pela *imputação objetiva* é acrescentada um elemento - *resultado jurídico relevante*.

Este último elemento faz a grande diferença da teoria do delito de cunho constitucionalista, pois recorre do princípio da intervenção mínima e da ofensividade, como bem explica Luiz Flávio Gomes.

Em nosso entender, o que possibilitou essa mudança da compreensão da norma penal foi, sem nenhuma dúvida, o processo de filtragem constitucional, pois este instituto

“contaminou” a norma penal com seus valores, de modo que era necessário fazer uma nova releitura dos elementos da teoria do delito.

E é isso que passaremos a fazer agora. Analisaremos os elementos mais importantes e frisaremos os principais aspectos que envolvem a teoria constitucionalista do delito.

## 5.1 Tipicidade

A tipicidade na teoria causalista e finalista representa tão-somente tipicidade formal, ou seja, a conduta humana prevista na lei que tenha nexos causal e que produza um resultado naturalístico.

A consequência desta visão formalista da tipicidade conduzia ao absurdo de que tanto fazia furtar um bombom como um carro. A tipicidade formal encontrava-se preenchida, pois era suficiente simples subsunção formal da norma penal.

Com isso, dava-se ênfase tão-somente se o ato contrariava ou não a norma imperativa (pauta de conduta) existente em todas as normas penais.

Importava o desvalor da ação, em detrimento do desvalor do resultado. O ato deveria ser punido, pois feriu a norma imperativa, ou seja, porque se comportou contrário à pauta de conduta determinada pela norma penal.

Era comum termos notícia de pessoas que eram apenadas pelo fato de terem furtado uma lata de manteiga, demonstrando injustiça da decisão, pois se prestigiava o desvalor da ação.

No máximo, o desvalor do resultado era analisado no momento da aplicação da pena, mas esta, sob nenhuma hipótese, poderia deixar de ser cumprida.

Isso representava uma verdadeira afronta aos ditames constitucionais. A dignidade da pessoa humana era maculada todas as vezes que decisões assim eram proferidas.

A teoria constitucionalista entende que a tipicidade, além da subsunção formal, precisa ser preenchida material ou axiologicamente. Devemos repetir que isso foi fruto da filtragem constitucional.

A tipicidade material é composta essencialmente pela *imputação objetiva da conduta e do resultado* (fruto da teoria funcionalista) e do resultado jurídico relevante.

A imputação objetiva não será tratada neste trabalho, pois fugiria do nosso propósito, além do que não representa para nós fruto da filtragem constitucional. Daremos ênfase ao elemento da tipicidade material: *resultado jurídico relevante*.

O delito não é só desvalor da ação (seu fundamento não reside exclusivamente ou preponderantemente na conduta do agente, contrária aos valores éticos-morais, tal como afirmava Welzel), senão, sobretudo, desvalor do resultado jurídico (produção de um resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico).<sup>197</sup>

Explicando melhor, a norma constitucional, ou seja, seus valores, supervalorizaram, através do fenômeno da filtragem constitucional, a dimensão valorativa da norma penal.

A dimensão valorativa da norma penal determina quais são os valores que devem ser protegidos pela norma.

Resultado disso, é que a dimensão valorativa ganhou mais importância do que a dimensão imperativa. Não basta somente a subsunção formal, pois agora o crime deve representar necessariamente um desvalor do resultado, por questão de justiça.

A teoria constitucionalista pautada nos valores da Constituição concedeu posição de destaque à dimensão valorativa, como uma forma de concretização do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

A teoria constitucionalista concretiza o Estado democrático, desde o momento em que restringe a violência estatal, determinando que a atuação do Estado deve ser mínima e este somente deve intervir quando houver uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, evitando assim decisões injustas e desnecessárias em prestígio ao valor da dignidade da pessoa humana.

O que ganha notável expressão no novo sistema constitucionalista ou teleológico-constitucional de crime é que ele passa a ser compreendido não como infração do aspecto imperativo da norma primária (que determina coativamente uma determinada pauta de conduta), senão principalmente como infração do aspecto valorativo dessa mesma norma.<sup>198</sup>

Na teoria constitucionalista do delito, o resultado jurídico é entendido como a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. “Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nulum crimen sine iniuria*)”<sup>199</sup>.

A teoria constitucionalista enfatiza o princípio da ofensividade, decorrente da Constituição, aplicando outro princípio constitucional que é a proporcionalidade na afetação

---

<sup>197</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006. p. 51.

<sup>198</sup> Ibid., 2006, p. 51.

<sup>199</sup> Ibid., 2006, p. 77.

dos direitos fundamentais, como medida para redução da violência estatal, em decorrência do princípio da intervenção mínima.

Sublinhe-se, de outro lado, que por força do princípio da intervenção mínima, essa ofensa deve ser real ou concreta, transcendental, grave ou intolerável e o bem jurídico altamente relevante. Crime, portanto, nada mais é que uma ofensa *real ou concreta, transcendental, grave e intolerável* a um bem jurídico *relevante* protegido por lei.<sup>200</sup>

Alguém pode asseverar que a ofensividade já havia sido constatada por Welzel, ao formular a teoria social do delito, no entanto, discordamos. Vejamos.

A ofensividade decorre de uma compreensão constitucional pautada na proteção dos direitos fundamentais contra a violência estatal e privada. Já o conceito de dano, que vem da teoria social do delito, decorre de uma compreensão empírica dos fenômenos sociais, ou seja, a sociedade elege a cada tempo os bens que devem ser protegidos.

A formulação do princípio da ofensividade pela teoria constitucionalista é mais lógica e sistematizada, ou seja, científica. Vejamos.

A teoria constitucionalista do delito entende que o Estado, sempre que atua com o Direito Penal, atinge inevitavelmente um bem jurídico, um direito fundamental, ou seja, a liberdade, propriedade, etc.

No Estado Democrático de Direito vige a idéia da máxima efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, o Estado garante essa máxima efetivação, quando implementa mediante os direitos sociais, quando reprime a violência do particular e também do próprio Estado.

Como resultado, a primeira vista paradoxal, o Estado, sempre que atua com o Direito Penal atinge um direito fundamental e tem a tarefa de implementar de modo máximo, os direitos fundamentais. A solução desse conflito encontra-se no princípio da intervenção mínima.

O Estado deve interferir o mínimo possível com a tutela penal, somente devendo atuar quando outro meio de atuação do Estado não for satisfatório.

O que vai determinar uma atuação necessária e satisfatória do Estado é o princípio da ofensividade, se o Estado, sempre que atua atinge um direito fundamental, assim sendo, ele somente pode interferir quando estiver atuando em nome de outro direito fundamental de similar importância, aplicando aqui o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>200</sup> Ibid., 2006, p. 77.



Nisto resulta que crime para a teoria constitucionalista do delito é a ofensa ou perigo concreto de ofensa a um bem jurídico protegido pela Constituição.

Este princípio foi vilipendiado com a edição da Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata das atividades lesivas ao meio ambiente. O legislador, no anseio de determinar uma pauta de conduta social, feriu gravemente o princípio da intervenção mínima, além do princípio da ofensividade, já que encheu a lei de tipos penais como uma forma de modificar o comportamento da sociedade.

## 5.2 Conduta<sup>201</sup>

A conduta, antes entendida como conceito pré-jurídico, não pode mais encerrar em si um conceito geral, tendo por fim desempenhar várias funções, ou seja, de classificação, definição e ligação (delimitação).

Deve prevalecer, todavia o entendimento da primazia do conceito da tipicidade sobre o conceito da conduta, de modo que este conceito perde *status* de centro da teoria do delito, como desejou a teoria finalista com o conceito de ação (conduta) finalista.

Os olhos devem voltar-se não para a conduta finalista, mas sim para a conduta tipificada. Assim, a função de delimitação não é mais desempenhada por um conceito geral de ação finalista, mas agora por vários conceitos de conduta tipicamente conformadas.<sup>202</sup>

“O conceito de ação não é – não pode, nem deve ser algo de previamente dado ao tipo, mas apenas um elemento, a par de outros, integrantes do cerne dos tipos-de-ilícito”.<sup>203</sup>

Assim, para a teoria constitucionalista do delito, conduta “é a realização voluntária de um fazer ou não fazer (ação ou omissão), dominado ou dominável pela vontade”.<sup>204</sup>

A conduta é concebida voluntariamente e não como ação final, dado pré-jurídico. Em consequência, o dolo e a culpa não pertencem mais à conduta, mas representam elementos do tipo penal. O dolo é analisado na imputação subjetiva, que é composto deste (dolo) e requisitos subjetivos; já a culpa é normativa ou axiológica.

---

<sup>201</sup> A teoria causalista entende conduta como o movimento corpóreo que produz causa no mundo fático. A finalista entende como sendo o comportamento humano dirigido a uma finalidade. Já a concepção teleológico-funcional de Roxin entende a conduta como uma ação pessoal do homem, fruto dos atos anímico-espirituais. Para Jakobs, a conduta é vista como uma ação evitável.

<sup>202</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., 1999, p. 215.

<sup>203</sup> Ibid., 1999, 215.

<sup>204</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p. 53.

O dolo<sup>205</sup> agora é normativo-típico, pois requer não a consciência da ilicitude do fato, mas a consciência e vontade de produção de um resultado jurídico tipicamente reproduzido na norma.

O dolo deve compreender além dos requisitos objetivos do tipo, devendo assim abranger ainda a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, que representa o resultado jurídico.

Assim, quando a antijuricidade estiver presente no tipo, temos que esse dolo deve abranger a consciência da ilicitude; assim será um *dolus malus*.

Quanto à culpa, temos que é toda ação humana voluntária que produz um resultado típico, em face de uma quebra do cuidado no agir, que se realiza por imprudência, imperícia e negligência.

### 5.3 Nexo causal

O conceito de nexu causal dado por Pedro Krebs: “É o vínculo que une a conduta do agente ao resultado. É um elemento fático, fenomênico, naturalístico, pertencente ao campo da física, das ciências naturais. Não há, quando da sua identificação, nenhuma valoração, seja de ordem jurídica ou moral”.<sup>206</sup>

E é justamente pelo fato de o nexu causal não possuir nenhuma valoração que, no estudo do delito, foram constatado várias situações em que a causalidade não respondia satisfatoriamente.

Assim, a teoria constitucionalista continua com o conceito de nexu causal, mas se apropria do conceito de *imputação objetiva*, como maneira de solucionar algumas distorções advindas da aplicação pura da teoria do nexu causal.

Essa *imputação* é um dado objetivo e axiológico, que se desdobra em duas vertentes, a imputação objetiva da conduta e do resultado.

A imputação objetiva da conduta pode ser entendida como *a conduta que cria ou incrementa um risco proibido relevante*.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Na concepção causalista, o dolo era entendido como normativo, pois tinha como requisito a consciência da ilicitude do fato; já para a teoria finalista o delo é visto como natural.

<sup>206</sup> KREBS, Pedro, op. cit., 2006, p. 69.

<sup>207</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p.122.

Imputação objetiva do resultado ocorre quando *o resultado cria ou incrementa um risco proibido e relevante*.

“A imputação objetiva do resultado jurídico significa duas coisas: (a) conexão direta do resultado jurídico com o risco proibido criado ou incrementado; (b) que esse resultado esteja no âmbito de proteção da norma”.<sup>208</sup>

Voltamos a repetir que não aprofundaremos o tema da imputação objetiva, pois fugiria o nosso principal assunto, como também não entendemos esse instituto como resultado direto da filtragem constitucional, no entanto, sua importância é digna de nota.

Acrescentamos, ainda, que o nexos causal faz parte da tipicidade formal, enquanto a imputação objetiva é um elemento da tipicidade material.

#### **5.4 Resultado naturalístico**

É o requisito presente necessariamente nos crimes materiais e por vezes nos crimes formais, neste último caso como mero exaurimento. Pode-se conceber como a modificação no mundo fático causado pela conduta do agente. No homicídio, por exemplo, é a morte.

Algumas vezes, o legislador pode antecipar a consumação do crime, de modo que o caminho percorrido é menor ou mutilado. A consumação é antecipada, não representando o resultado naturalístico, mas sim a própria execução, ou, ainda, até mesmo os atos preparatórios. É o que ocorre com os crimes formais, sendo o resultado naturalístico mero exaurimento.

Na teoria constitucionalista do delito, a classificação entre crime de mera conduta, formal e material é menos importante, pois representa somente a tipicidade formal; no entanto, não deve ser desprezada.

#### **5.5 Resultado jurídico**

A concepção do resultado jurídico já existia na teoria finalista, no entanto, não tinha a amplitude dado pela teoria constitucionalista, já que esta adotou o resultado jurídico relevante como o núcleo essencial da tipicidade material.

O resultado jurídico é a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

---

<sup>208</sup> Ibid., 2006, p. 55.

Assim, todo crime, necessariamente, precisa de resultado jurídico, conforme se conclui da leitura do art. 13 do Código Penal.

A teoria constitucionalista do delito, porém não se satisfaz com o simples resultado jurídico, pois este ainda deve ser relevante, algo não exigido pela teoria finalista.

O marco central da teoria constitucionalista do delito, como se vê, consiste em concebê-lo como ofensa a um bem jurídico assim como a inserção dessa ofensa dentro da tipicidade, ao lado da imputação objetiva. A dimensão *material* da tipicidade consiste na exigência de um resultado jurídico relevante (presente em todos os crimes) objetivamente imputável. Tanto o bem jurídico quanto a sua ofensa, que antes andavam perambulando pela teoria do delito como estrelas perdidas, passaram a ter relevância ímpar.<sup>209</sup>

Deve-se entender como *resultado jurídico relevante* a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Esse resultado deve ser, conforme Luiz Flávio Gomes, *concreto ou real, transcendental, grave ou significativo e intolerável*.

Com efeito, a teoria constitucionalista não admite a existência de crimes de perigo abstrato, pois padecem de resultado jurídico relevante. Expliquemos.

O *resultado jurídico relevante* deve ser concreto ou real. A lesão ao bem jurídico deve ser concreta ou real, não cabendo lesão presumida. Deve haver uma relação direta, entre a conduta e a lesão ao bem jurídico. Eis a razão para que se deva considerar inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, já que nesse delito não há resultado jurídico relevante. O exemplo disso é o porte de arma quebrada ou sem munição.

Por outro lado, fez-se a distinção entre tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto. O perigo concreto foi entendido como um verdadeiro perigo e o abstrato como uma simples possibilidade. Semelhante interpretação é insuscetível, porque com ela o chamado perigo abstrato seria um ‘perigo de perigo’, o que, em caso de tentativa acarretaria a consequência de requerer um ‘perigo de perigo de perigo’.<sup>210</sup>

O resultado jurídico deve ser ainda transcendente. Essa característica decorre do princípio da alteridade, mas é maior e mais amplo do que este. Significa que o bem jurídico afetado deve ser de terceiros. Condutas formalmente ilícitas, mas que não tenham o condão de afetar um bem jurídico de terceiros não devem ser apenados, por falta de tipicidade material.

Temos um bom exemplo extraído da Lei 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), que, em seu art. 39, reza que “conduzir embarcações ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Observem que o próprio artigo teve a preocupação de cumprir com a exigência da transcendentalidade, quando aponta que o dano potencial deve ser a outrem. Assim, no caso em análise, se alguém em sua propriedade particular consumisse

<sup>209</sup> Ibid., 2006, p. 128.

<sup>210</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., 2002, p. 533-534.

droga e depois passasse a conduzir sua lancha, não poderia ser acusado do delito retrocitado, pois não seria possível afeta a terceiro. Assim, apesar de sua atitude ir de encontro à norma imperativa, não há em si nenhum desvalor de resultado, já que lhe falta resultado jurídico relevante.

Além disso, é bom frisar que o artigo também faz referência a dano potencial, devendo ser entendido como ofensa concreta também real ao bem jurídico.

Poderíamos ampliar ainda mais a discussão e nos perguntar se esse mesmo indivíduo consumir droga sozinho, em seu lar, longe da família e dos filhos, fazendo mal somente a sua saúde, será que ele estaria afetando a saúde pública, que é o bem jurídico protegido pelo art. 28 da referida lei? Entendemos que não; deveria ser, considerado atípico, por falta de resultado jurídico relevante, em consequência, falta de tipicidade material.

Temos ainda como exigência que o resultado jurídico deve ser grave. Deve-se entender como resultado grave aquele que afeta substancialmente o bem jurídico, de modo que afetações insignificantes e ínfimas não devem ser relevantes para o Direito Penal, ou seja, aplica-se o princípio da insignificância.

Esta figura jurídica, segundo o Superior Tribunal de Justiça, expresso no julgamento do recurso especial n. 908.051-RS, publicado no informativo n. 341, quanto aos delitos contra a propriedade não leva em conta tão-somente o valor do bem, mas também *mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada*.

O resultado jurídico ainda deve ser intolerável, ou seja, socialmente inadequado. Há determinados comportamentos tolerados socialmente, pois representam um risco permitido e tolerável. As condutas humanas, por vezes, atingem os bens jurídicos, mas são frutos do risco permitido e tolerado pela sociedade. Exemplo disso são as práticas esportivas.

## 5.6 Antijuricidade

Conforme os ensinamentos de Rogério Greco, antijuricidade pode ser entendida como:

Ilicitude, ou antijuricidade, é a relação de antagonismo, de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Quando nos referimos ao ordenamento jurídico de forma ampla, estamos querendo dizer que a ilicitude a matéria penal, mas sim que pode ter natureza civil, administrativa, tributária, etc. Se a conduta típica do

agente colidir com o ordenamento jurídico penal, diremos ser ela penalmente ilícita.  
<sup>211</sup>

A antijuricidade é o fato típico contrário ao Direito, ou seja, em desacordo com o direito.

A doutrina clássica via na antijuricidade dois aspectos - formal e material. Para a antijuricidade formal, bastava tão-somente a conduta contrária ao ordenamento jurídico; já antijuricidade material era a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Na teoria constitucionalista, temos que a antijuricidade material é esvaziada, e seu conteúdo agora preenche a tipicidade material, mas numa perspectiva constitucional.

A teoria constitucionalista, nem por isso, pode ser comparada às teorias anteriores. Não é o fato de ter ocorrido esse deslocamento que a teoria constitucionalista possa ser desprestigiada. E a vantagem do deslocamento do conteúdo é compreensível. Senão vejamos.

Primeiramente, porque a teoria constitucionalista do delito não busca uma mudança radical no conceito do crime; pelo contrário, ela se utiliza de toda a estrutura de crime dada pelas teorias anteriores, quanto ao seu aspecto formal.

Segundo, porque, aparentemente, tal modificação pode parecer despreziosa, mas causa uma série de implicações.

Devemos lembrar que Welzel, ao formular a teoria finalista, retirou o dolo e a culpa da culpabilidade e trouxe para a conduta. Este fato, aparentemente, pode não significar nada, mas foi de fundamental importância para a teoria finalista.

Também devemos entender que este esvaziamento da ilicitude material, ou seja, a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ter si deslocado para a tipicidade, tem sua razão de ser. Explico.

Primeiramente, devemos compreender que este conceito de lesão foi totalmente reformulado, representando no momento, o princípio da ofensividade, fruto da concepção constitucionalista do Direito Penal. Não estando mais preso a uma visão simplória, mas carregada dos valores de proteção aos direitos fundamentais.

Segundo, a antijuricidade material somente era analisada noutra momento, depois da tipicidade. E, no campo penal, quanto mais breve e possível for uma análise de um elemento que possa beneficiar o acusado, melhor é, pois prestigia a liberdade.

---

<sup>211</sup> GRECO, Rogério, op cit., 2006, p. 333.

Terceiro, a falta de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico na teoria constitucionalista conduz a atipicidade, enquanto na teoria anterior, conduzia à falta de ilicitude.

Por último, era costume dos operadores do Direito na análise da antijuricidade, somente se limitar à verificação ou não das quatro excludentes de antijuricidade (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal). A análise da antijuricidade material era esquecida, e quando muito, conduzia a uma excludente supralegal.

Eis as razões da vantagem da teoria constitucionalista do delito, uma oportunidade de acolher os ensinamentos de Juarez Tavares:

Nesse processo de interação entre Estado e sujeito, a regra não é a conduta incriminada, mas a liberdade de atuação. Assim, quando se trata de especificar o conteúdo da antijuricidade, há que se desdobrar a sua análise em dois planos. Num primeiro plano, sob a dimensão de uma norma geral de permissão não é uma norma só, mas sim, todos os preceitos que assegurem os direitos individuais, a partir da estrutura do Estado democrático sobre a base da proteção da pessoa humana. Sobre esta dimensão se desenvolvem os objetos não apenas do direito penal, como também, principalmente, do direito constitucional. Por essa dimensão, é possível desde logo declarar a invalidade da norma incriminadora, bem como lhe restringir o alcance antes, durante ou depois de sua aplicação. Num segundo plano, trata-se de decidir concretamente se a sua conduta que tenha preenchido os elementos do tipo e seus pressupostos no tocante à imputação está, de qualquer modo, autorizada por uma norma expressa ou pelo sistema jurídico.<sup>212</sup>

Por último, devemos analisar a relação entre a tipicidade e a antijuricidade.

A teoria finalista compreendia a relação da tipicidade como indício da antijuricidade, ou seja, a *ratio cognoscendi*.

Já Luiz Flávio Gomes, idealizador da teoria constitucionalista do delito, entende a tipicidade como *expressão provisória* da antijuricidade. Em suas palavras:

[...] a tipicidade (entendida sem sentido material, sendo portadora da lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico) é mais do que indício, já é (em regra) uma verdadeira expressão provisória da antijuricidade (Toledo). Provisória (não definitiva) porque é possível excepcionalmente se comprovar uma causa justificante (legítima defesa etc.). Assim, a antijuricidade é esvaziada e é concebida somente como contrariedade ao ordenamento jurídico.<sup>213</sup>

Neste ponto, ousamos discordar do autor e nos embasamos nos ensinamentos de Juarez Tavares.

---

<sup>212</sup> TAVAREZ, Juarez, op. cit., 2000, p. 248.

<sup>213</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit., 2006, p.85.

Para este, em face do princípio da presunção de inocência, a tipicidade não pode mais ser vista como indício da antijuricidade. Acrescentamos que também não pode ser compreendido como expressão provisória da antijuricidade, mas deve, sim, ser uma *análise dialética* dos dois elementos. Vejamos, em reprodução as palavras de Juarez Tavares:

Ultrapassada essa primeira fase, então, é viável admitir que o tipo possa ser tido como etapa preliminar do juízo do injusto, não na condição de indício, senão de mera etapa. O injusto, entretanto, tem que ser *analisado dialeticamente* para que os direitos individuais não vejam tolhidos por intervenções inoportunas. A análise dialética significa que os comportamentos do injusto – tipo e a antijuricidade – *não devem se situar como uma relação de causalidade, de antecedente para conseqüente, mas dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente.*<sup>214</sup>

Essa análise dialética prestigia a liberdade, bem como está em consonância com os princípios constitucionais, maiormente o da presunção de inocência. A tipicidade não é indício ou expressão provisória da antijuricidade, pois a presunção, dada pela Constituição, é a favor da inocência. A relação entre a tipicidade e antijuricidade deve agora ser pautada numa análise dialética. E por quê? Responde-nos Juarez Tavares:

Essa análise dialética é imperativa por dois fundamentos. Primeiro, porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas ou mandamentais, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação a que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal. Só haverá ilicitude quando esgotado todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência.<sup>215</sup>

Assim, deve haver uma mudança de interpretação da norma penal, e não somente processual penal.

O resultado prático disso é que não vigora no inquérito policial o princípio *pro societate*. Nessa análise dialética prestigia-se a presunção de inocência Além disso, o juiz teria maior liberdade de reconhecer as excludentes de antijuricidade antes da instauração do processo, pois não há indício ou expressão provisória da antijuricidade. Observe-se que, hoje, dificilmente um juiz reconhece uma excludente de ilicitude na petição inicial, mas sempre deixa para dentro do processo.

Além do mais, o inquérito policial deveria se pautar na busca da materialidade do delito e da autoria, como também deveria promover a busca pela prova negativa da existência de uma excludente de antijuricidade. Assim, a autoridade policial deveria necessariamente se

<sup>214</sup> TAVAREZ, Juarez, op. cit., 2000, p.162.

<sup>215</sup> Ibid., 2000, p. 163.



perguntar: o acusado agiu em estado de necessidade? Ou em legítima defesa? Ou estrito cumprimento do dever legal? Ou no exercício regular do direito? Sua investigação, pois sempre se pautaria em torno dessa linha de defesa.

Outra implicação teria na análise da prisão em flagrante pelo juiz. Hoje, o juiz somente liberta o acusado preso em flagrante se ficar evidenciado peremptoriamente, ou seja, sem nenhuma dúvida, que o acusado agiu com uma causa excludente de antijuricidade. Com a nova interpretação da teoria constitucionalista, o juiz deveria fundamentar a manutenção por não vislumbrar uma excludente, e se, porventura, houvesse indício de que agiu acobertado com uma excludente deveria liberar em prestígio à presunção de inocência.

## 5.7 Culpabilidade

Inicialmente, devemos esclarecer o fato de que boa parte desse tópico já foi analisado no segmento que trata do princípio da culpabilidade. Frisaremos, aqui, somente mais alguns detalhes tidos como importantes para a verificação do conceito de culpabilidade dentro da teoria constitucionalista do delito.

A culpabilidade é um juízo de censura ou reprovação, realizado sobre uma conduta humana, em que se verifica se o agente no momento da conduta possui capacidade de entender o caráter ilícito e autodomínio, além disso, que não fosse exigido agir de forma diversa.

Na teoria finalista, bem como constitucionalista, a culpabilidade é composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

A diferença da teoria constitucionalista para a finalista reside em dois pontos: *potencial consciência da ilicitude* e na *imputabilidade (exclusão da teoria da actio libera in causa)*.

A teoria constitucionalista entende que a consciência da ilicitude pode ser real ou potencial. Melhor seria dizer consciência, ainda que potencial, da ilicitude.

Além disso, a teoria constitucionalista do delito não adota a teoria do homem médio na análise da potencialidade da consciência da ilicitude, mas sim ela deve ser a mais próxima possível da realidade, por isso é real ou potencial. Adota-se, isto sim, a *teoria da individualização da capacidade do agente*, ou seja, não se leva em conta o terceiro estranho ao fato, mas sim o próprio agente que cometeu o delito é analisado e verificado sua

consciência real sobre a ilicitude, bem como a potencial consciência decorrente do contexto social em que ele vive, diversamente, como queria a doutrina clássica, do homem médio, do padrão de homem perfeito.

O contexto social de cada pessoa é o melhor e mais justo caminho para análise da consciência da ilicitude, pois cada pessoa está sobre único contexto e sobre as influências das circunstâncias sociais e culturais.

Por último, devemos frisar que a teoria constitucionalista do delito não poderia deixar de trazer influxos na imputabilidade, de modo a expurgar para sempre a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da *actio libera in causa* acentua em caso de que, a embriaguez completa voluntária para a prática de cometimento de crime, apesar de o agente não ter vontade e consciência no momento do cometimento do ilícito, ele deve ser apenado, já que havia essa vontade e a consciência no momento em que se colocou nessa condição.

A lei penal no art. 28, II, dispõe que não exclui a imputabilidade, ou seja, a culpabilidade. Até aqui, tudo bem, concordamos; no entanto, não podemos admitir que o resultado disso seja a responsabilidade do agente pelo delito na forma dolosa, pois representa uma verdadeira afronta ao princípio da legalidade. Assim nos explica Zaffaroni:

A teoria da *actio libera in causa* tem que admitir que há culpabilidade sem tipicidade, isto é, insustentável, ou, então, bater em retirada e abrir caminho para uma solução possível nesses casos, que é a inquestionável tipicidade culposa da conduta daquele que, violando um dever de cuidado, coloca-se em situação ou estado de inculpabilidade. Do contrário, enquanto se quiser atribuir à reprovabilidade a função de criar o injusto, terá fracassado toda a segurança jurídica e o princípio da legalidade permanecerá ignorado.

Os delitos cometidos, em face do estado de inconsciência fruto da embriaguez preordenada ou culposa, devem sempre ser responsabilizados culposamente. Não há falar, nunca, em dolo eventual, algo que a visão constitucional do delito não admite.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início, deste ensaio tinha em mente três hipóteses: primeiro, a existência de uma estreita relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado Democrático de Direito com o Direito Penal; segundo, que a Constituição como norma suprema determina e condiciona os valores da norma penal, de modo que aquela delimita a teoria do delito; e, por último, que a filtragem constitucional serviu de ferramenta para construir uma teoria constitucionalista do delito.

A primeira hipótese que analisamos foi a existência ou não de uma estreita relação entre os fundamentos político-filosóficos do Estado Democrático de Direito com o Direito Penal.

Consideramos finalmente, em nosso sentir, que a missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos e eliminar a violência estatal e privada, e isto realiza-se de acordo com o modelo de Estado adotado, bem assim com os fundamentos político-filosóficos, de modo que isso é retratado na teoria do delito e na sua concepção de crime.

Vimos que, no Estado de Direito em que se dava ênfase ao legalismo, a submissão à lei, mesmo que isso represente apenas uma visão formal, tal concepção foi transferida para o Direito Penal, de modo a determinar que a teoria do delito concebesse o crime como a mera subsunção à letra da lei. E este fato se repetiu no Estado Social, Nacional-Socialista, Comunista, ficando comprovado a íntima e estreita relação dos fundamentos político-filosóficos com o Direito Penal.

Semelhantemente, o Estado Democrático de Direito influenciou o Direito Penal, de modo que este deve se conduzir para uma visão minimalista e garantista, de respeito supremo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à segunda hipótese, ou seja, se a Constituição como norma suprema determina e condiciona os valores da norma penal, de modo que aquela delimita a teoria do delito, estudamos no decorrer do trabalho que a Constituição é compreendida com um *sistema normativo aberto de regras e princípios*.

Conseqüência disto, a Constituição encontra-se no ápice do ordenamento jurídico e serve de fundamento para todas as normas infraconstitucionais, de modo que estas normas devem ter compatibilidade formal e material com a Constituição.

Ademais, esse sistema normativo é aberto, o que faz compreender a Constituição em seu valor como “reserva de justiça”.

Afirmamos que a norma penal submete-se a norma Constitucional, pois tem nela seu fundamento de validade, passando a ter que refletir os seus valores como realização de “reserva de justiça”.

Para isto, houve uma supervalorização da norma valorativa, em detrimento da norma imperativa, ambas contidas na norma penal, de modo que a teoria do delito não poderia continuar dando, só e tão-somente só prestígio ao desvalor da ação expressa na norma imperativa, mas sim, deve passar a prestigiar norma valorativa (valores, bens jurídicos protegidos e expressos na Constituição) e isto se realiza sob um olhar diferenciado no desvalor do resultado.

Por último, nossa terceira hipótese também se confirmou, pois podemos concluir que a filtragem constitucional proporcionou uma releitura de todo o ordenamento jurídico, neste sentido também no Direito Penal e, mais especificamente, na teoria do delito.

Assim, a filtragem constitucional nesse processo de releitura da teoria do delito, agora numa perspectiva formal e, sobretudo, material, determinou uma purificação e uma contaminação pela norma penal dos valores constitucionais.

Os bens e valores jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem ser reflexos dos valores extraídos da Constituição.

Assim também, a norma penal foi supervalorizada na sua dimensão valorativa, mitigando sua grandeza puramente imperativa, devendo o Direito Penal se pautar como espelho dos valores constitucionais, de modo que o conceito de crime não pode ser compreendido tão-só na dimensão formal, mas também material, como forma de concretizar justiça material.

Conseqüentemente, foi reformulada toda a teoria do delito, passando a ser constituída a teoria constitucionalista do delito. Crime, agora, somente pode ser entendido como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico relevante protegido pela norma penal, sendo o conceito de bem jurídico extraído da Constituição.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. .

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Themis**: revista da Esmec/ Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v.4, n. 2, p. 13-100, jul/dez. 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional: teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

CERNICCHIARO, Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.

CONDE, Francisco Munõz; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estratégia, poder-saber**. Org. e sel. de textos, Manoel Barros da Motta. Trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

- FRANCO, Alberto Silva. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1985.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, RT: LFG, 2006.v.1.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal: parte geral: introdução**.3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, RT: LFG, 2006. v.1.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KREBS, Pedro. **Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva**. 2. ed. São Paulo: Manole, 2006.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional: esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.
- LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da justiça no Estado Social. **In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). Constituição e democracia: estudo em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. aum.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NUVOLONE, Pietro. **O sistema do Direito Penal**. São Paulo: RT, 1981.
- PRADO, Luiz Regis, **Bem jurídico-penal e constitucional**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005. v.1.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2000.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **Bases críticas do Direito Criminal**. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

ZYMLER, Benjamim. **Política e Direito: uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2002.