

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**CARLOS MIGUEL VILLAR DE SOUZA JÚNIOR**

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL:  
APORTES SOBRE O HORIZONTE DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL  
NAS NOVAS FORMULAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E NA  
DOG MÁTICA JURÍDICO-PENAL**

**CURITIBA**

**2012**

**CARLOS MIGUEL VILLAR DE SOUZA JÚNIOR**

**O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL:  
APORTES SOBRE O HORIZONTE DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL  
NAS NOVAS FORMULAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E  
NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito na área de concentração Direitos Fundamentais e Democracia, na linha de pesquisa Constituição e Condições Materiais da Democracia da UNIBRASIL - Faculdades Integradas do Brasil, para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eneida Desiree Salgado.

**CURITIBA**

**2012**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CARLOS MIGUEL VILLAR DE SOUZA JÚNIOR

### **O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: APORTES SOBRE O HORIZONTE DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NAS NOVAS FORMULAÇÕES DE POLÍTICA CRIMINAL E NA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> ENEIDA DESIREE SALGADO  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

Membros: Prof. Dr. MARCOS AUGUSTO MALISKA  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL

Prof. Dr. EMERSON GABARDO  
Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus,

Aos meus pais, por todo o apoio e suporte ao longo dessa jornada;

À Professora e Orientadora, Dra. Eneida Desiree Salgado, pela atenção e pelos seus ensinamentos nessa empreitada;

Aos Professores do Programa do Mestrado da UNIBRASIL, Dr. Marcos Augusto Maliska, Dr<sup>a</sup>. Caroline Proner, Dr<sup>a</sup>. Estefânia Maria De Queiroz Barboza, Dr<sup>a</sup>. Ana Carla Harmatiuk Matos, Dr<sup>a</sup>. Larissa Liz Odreski Ramina, Dr. Paulo Ricardo Schier, Dr. Octavio Campos Fischer, Dr<sup>a</sup>. Rosalice Fidalgo Pinheiro, que provocaram discussões durante as aulas e me forneceram as bases para a construção da dissertação;

À Jacira e Rafaela, secretárias acadêmicas deste Programa de Mestrado, pelos diversos auxílios e esclarecimentos prestados sempre de maneira muito cordial e atenciosa;

Aos meus colegas de docência e a todos os meus queridos alunos da Escola da Magistratura do Paraná, das Faculdades Opet e da Universidade Tuiuti do Paraná;

Aos meus sócios e verdadeiros amigos Luiz Francisco Barcellos Bond e Miguel Gustavo Lopes Kfourri, pela paciência e suporte durante o tempo em que fiquei ausente de nosso escritório e pela revisão deste trabalho;

Aos colegas de turma do Mestrado, aqui e de Sevilla, que conviveram comigo nessa tão importante etapa, trocando ideias e apoios mútuos, tornando-se alguns verdadeiros amigos para a vida;

Aos funcionários da biblioteca da UNIBRASIL, pela contribuição na busca e na retirada dos materiais bibliográficos;

Por fim e especialmente à Adriana Carolina Lazzaris, que com muito amor e carinho me ajudou a transpor os obstáculos dessa tão tormentosa e gratificante fase da vida acadêmica;

“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram de forma mais ruidosa – ali, se pode pensar na frase de Tácito: pessimarespublica, plurimaeleges”

(VON BAR, Carl Ludwig. Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, Berlin, 1882, p. 334)



## RESUMO

O presente estudo busca examinar o processo de constitucionalização do direito penal, em especial a tensão principiológica existente entre os novos horizontes de expansão do Direito Penal nas hodiernas formulações de política criminal e seu aparente paradoxo com os princípios constitucionais penais e as correntes de índole abolicionista e minimalista oriundas da denominada criminologia crítica. Busca-se realizar uma análise sobre a necessidade de proteção de “novos” bens jurídicos penais (e.g. *meio ambiente, mercado de trabalho, sistema financeiro, patrimônio genético, dentre outros*), decorrentes principalmente do fenômeno da constitucionalização do direito penal em contraposição aos efeitos nefastos desta expansão desenfreada e seu potencial para violação de inúmeros princípios constitucionais penais, bem como de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pretende-se, ao fim e ao cabo, apresentar possíveis soluções para o impasse decorrente do surgimento de novas condutas típicas - empregando técnicas legislativas que antecipam a punição para um estágio muito anterior ao dano oferecendo vias alternativas de pensamento e a criação de um terreno fértil para o surgimento de uma crítica sólida ao expansionismo penal.

**Palavras-chave:** Palavras-chave: Direito Penal. Direitos Fundamentais. Constitucionalização. Dignidade Humana. Funcionalismo Penal.

## ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the constitutionalization process of the criminal law, in particular the tension between the new horizons of expansion of criminal law in today's criminal policy formulation and its apparent paradox with the constitutional principles and the current penal doctrine of abolitionism and minimalism arising from the so-called critical criminology. We seek to make up an analysis of the need for protection of "new" criminal legal interests (e.g. environment, labor market, financial system, genetic heritage, among others), mainly due to the phenomenon of the constitutionalization of criminal law as opposed to the effects of the violations of criminal constitutional principles and fundamental rights and guarantees of citizens. It is intended to present possible solutions to the impasse resulting from the emergence of new typical behaviors - using techniques that anticipate the legal punishment for a much earlier stage to the damage - by offering alternative ways of thinking and creating a fertile ground for the emergence of a strong critical to criminal law expansionism.

**Key-words:** Criminal Law. Fundamental rights. Constitutionalization. Human Dignity. Funcionalism;

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DE SUA TEORIA CRÍTICA: APORTES SOBRE PRINCÍPIOS E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS</b> .....	<b>13</b>
2.1 O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROLE DE SOCIAL .....	13
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS .....	14
2.2.1 Princípio da Legalidade .....	14
2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima ou “ <i>Ultima Ratio</i> ” .....	20
2.2.3 O Caráter de Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal .....	22
2.3 ABOLICIONISMO PENAL.....	24
2.4 MINIMALISMO PENAL .....	26
2.5 GARANTISMO PENAL .....	27
<b>3 O ATUAL ESTÁGIO DE EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL E A FINALIDADE DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS</b> .....	<b>29</b>
3.1 O FUNCIONALISMO PENAL.....	29
3.2 FUNCIONALISMO PENAL E A QUEBRA DO PARADIGMA FINALISTA DE VIÉS ONTOLÓGICO E OS EFEITOS DECORRENTES DA INTRODUÇÃO DA AXIOLOGIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL.....	32
3.2.1 Alerta Metodológico .....	32
3.3 BASES EPISTEMOLÓGICAS DO FUNCIONALISMO SOCIOLÓGICO E DO FUNCIONALISMO PENAL .....	33
3.3.1 Funcionalismo Penal e Teoria do Delito .....	36
3.3.2 Conduta Humana.....	37
3.3.3 Tipicidade e a Teoria da Imputação Objetiva.....	39
3.3.4 Antijuridicidade .....	41
3.3.5 Culpabilidade .....	43
<b>4 O PAPEL CONSTITUTIVO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL</b> .....	<b>46</b>
4.1 APORTES INTRODUTÓRIOS.....	46
4.2 O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA PURA DE DIREITO DE HANS KELSEN .....	47

4.3 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO SISTEMA NORMATIVO: A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL.....	48
4.4 APROXIMAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE MATRIZ “CIVIL LAW” E DE “COMMON LAW” .....	51
4.4.1 A Teoria dos Precedentes .....	51
4.4.2 A Possibilidade de Revisão dos Precedentes no Sistema de <i>Common Law</i> – Digressões sobre os Mecanismos de Revisão .....	53
4.4.3 O Método do <i>Overruling</i> .....	63
4.5 DA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO E A INTRODUÇÃO DE VALORES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....	69
4.6 ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	73
<b>5 CONSTITUCIONALISMO, O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS.....</b>	<b>79</b>
5.1 O PROCESSO DE <i>CONSTITUCIONALIZAÇÃO</i> DO DIREITO .....	79
5.1.1 Alerta Metodológico .....	79
5.2 O DESENVOLVIMENTO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL .....	81
5.3 A PRELENTE NECESSIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL .....	82
5.4 OS RISCOS DA OCORRÊNCIA DA “INVERSÃO IDEOLÓGICA” DECORRENTE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	85
5.5 O ESTADO SOCIAL E O PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL..	86
5.6 A INVERSÃO IDEOLÓGICA DA MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E O FENÔMENO DA REVERSIBILIDADE DO DIREITO .....	89
5.7 NOVAS PROPOSTAS – A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS .....	92
5.7.1 O Direito da Intervenção ( <i>Interventionsrecht</i> ) – Uma Proposta Intermediária entre o Direito Penal e o Direito Administrativo .....	93
5.7.2 O Direito Penal de “Duas Velocidades” .....	94
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>99</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo consubstancia-se na análise do processo de constitucionalização do direito penal, em especial a tensão principiológica existente entre os novos horizontes de expansão do Direito Penal nas hodiernas formulações de política criminal e seu aparente paradoxo com os princípios constitucionais penais e as correntes de índole abolicionista e minimalista oriundas da denominada criminologia crítica.

Em apertada síntese, busca-se realizar uma análise sobre a necessidade de proteção de “novos” bens jurídicos penais (*e.g. meio ambiente, mercado de trabalho, sistema financeiro, patrimônio genético, dentre outros*), decorrentes principalmente do fenômeno da constitucionalização do direito penal em contraposição aos efeitos nefastos desta expansão desenfreada e seu potencial para violação de inúmeros princípios constitucionais penais, bem como de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A evolução dos debates políticos, filosóficos e sociológicos de temas relacionados à contemporaneidade, no que se destacam as discussões sobre a eventual superação da era moderna e o surgimento de uma pós-modernidade (transmodernidade, modernidade reflexiva etc.) fez com que novos problemas tomassem a pauta de discussões das mais variadas disciplinas jurídicas. O Direito Penal, a Política Criminal e a Criminologia não ficaram alheias a este debate.

Movimentos teóricos dentro do espaço de discussão jurídico-penal vêm sustentando a expansão do Direito Penal e a aplicação de políticas criminais fundadas em doutrinas filosóficas ou sociológicas fincadas na ideia de superação da sociedade moderna industrial. O surgimento de grandes e novos riscos que agora colocam em dúvida a própria existência do planeta e de gerações futuras têm assombrado todos os atores responsáveis pelo processo de criminalização: executivo, legislativo, judiciário, ministério público, polícia judiciária, entre outros.

Como resultado desse fenômeno, infere-se do cotidiano forense que está sendo confiada ao Direito Penal a tarefa de tutelar os chamados “*novos direitos*”; tutela do gênero humano contra toda ordem de ataques catastróficos causados pelos novos tempos.

Jungido a isso, a ideologia já manifesta no Direito Penal clássico de que a criminalização de pessoas é instrumento hábil, apto, prático e eficaz na consecução dos fins de proteção do cidadão, aliado a nova tendência de alcance da maior eficiência possível, mesmo que à custa da relativização de garantias (e.g. a formulação de Günther Jakobs do denominado Direito Penal do inimigo) vem encontrando cada vez adeptos nos debates acadêmicos e político.

Aludidas teses tratam de projetos de criminalização como se provedores de Direitos Fundamentais fossem, e por isso ignoram não só toda a conquista realizada pela defesa de um Direito Penal liberal contra o arbítrio estatal, como também, e principalmente, o arcabouço teórico edificado pela Criminologia Crítica e Radical.

Faz-se necessário, portanto, um estudo apurado destas novas manifestações punitivas e de tudo o que se relaciona com esse fenômeno, impondo a reflexão em favor da defesa da dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais, possibilitando-se, assim, o oferecimento de uma via alternativa de pensamento e a criação de um terreno fértil para o surgimento de uma crítica sólida ao expansionismo penal que tem como uma de suas armas a antecipação do Direito Penal.

No que tange à problematização do tema proposto, busca o presente estudo solucionar o impasse decorrente do surgimento de novas condutas típicas - empregando técnicas legislativas que antecipam a punição para um estágio muito anterior ao dano - e que, com isso, acabam por relativizar os princípios constitucionais da legalidade e da lesividade em Direito Penal, possibilitando a punição dos cidadãos sem que tenha havido prejuízo real ou potencial a um determinado bem jurídico de terceiro.

Destaca-se, ademais, que o tema proposto possui estreita correlação com a linha de pesquisa *Constituição e Condições Materiais da Democracia* proposta pelo Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil - UNIBRASIL, aderindo à referida linha de pesquisa em sua integralidade.

Várias das temáticas propostas ao longo do curso serão abordadas no decorrer do presente trabalho científico, dentre elas e apenas à guisa de exemplo, pode-se destacar: **(a)** o constitucionalismo e seus reflexos sobre o direito penal moderno; **(b)** o processo de constitucionalização do direito penal e a necessidade de proteção aos denominados “novos” direitos; **(c)** as discussões existentes sobre a pós-modernidade e a modernidade reflexiva, bem como a teoria do agir

comunicativo proposta por Jürgen Habermas; **(d)** o debate referente à teoria crítica dos Direitos Humanos e seus reflexos no âmbito do Direito Penal.

De outro vértice, no que se refere à utilidade prática da pesquisa e ao marco teórico da presente dissertação, infere-se que os debates acerca do conceito material do injusto, a teoria do bem jurídico, e a antecipação e a necessidade de expansão do Direito Penal como fórmula de defesa dos bens da sociedade pós-industrial são temas de ampla relevância nas discussões travadas tanto doutrina nacional quanto internacional. Especialmente no Brasil, verifica-se que nos últimos anos houve um sensível incremento no número de publicações de monografias, dissertações e teses, sustentando e apoiando supostas soluções a estes problemas contemporâneos, como por exemplo, a edificação de um novo Direito Penal diante da noção de sociedade de risco, o *eficientismo* da tutela de bens nos crimes contra a ordem econômica e tributária, crimes ambientais, etc. Esta expansão, como sustentam os autores de viés mais crítico tais como Windfried Hassemer, Jesús-Maria Silva Sanches, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juarez Cirino dos Santos e Juarez Tavares, adotados como referências teóricas para a consecução da dissertação, revela-se nociva à sociedade.

Esse o motivo fundamental da pesquisa a ser realizada: opor-se à relativização de garantias e, ao mesmo tempo, oferecer uma revisão da velha dogmática jurídico-penal a respeito do tema.

De outro vértice, no que se refere à metodologia utilizada ao longo do presente trabalho, pode-se afirmar que se valeu o autor exclusivamente da pesquisa teórica, baseada na análise lógico-dedutiva de obras bibliográficas, utilizando, assim, mecanismos lógicos de generalização, no intuito de apresentar possíveis intersecções entre os temas tratados.

O procedimento metodológico específico foi, portanto, a pesquisa bibliográfica acerca dos assuntos: “o processo de constitucionalização do Direito Penal”; “o fenômeno da expansão e antecipação do Direito Penal”; “novas tendências político-criminais” e de toda a temática que se relacione a eles, inclusive transdisciplinar, mediante a consulta e o estudo de obras jurídicas, dogmáticas e de abordagem criminológica, artigos, periódicos, jurisprudência e legislação, nacionais e estrangeiros, cotejando-os entre si.

O objetivo geral foi desenvolver, discutir, identificar e analisar as técnicas legislativas que permeiam as categorias dogmáticas violadoras dos princípios básicos de Direito Penal e que têm função meramente simbólica.

No que se refere aos objetivos específicos o estudo em apreço encontra-se dividido nos seguintes capítulos.

No primeiro capítulo apresentam-se os princípios constitucionais penais que guardam correlação com o tema ora proposto, bem como a investigação da evolução do paradigma das políticas criminais alternativas (criminologia crítica e radical, abolicionismo e minimalismo penal), desde suas bases históricas, políticas e filosóficas.

O segundo capítulo, a seu turno, destina-se a revisar a dogmática penal clássica e as novas manifestações eficientistas do Direito Penal, para então oferecer a construção de uma crítica como contraproposta ao expansionismo e, ao mesmo tempo, trazer um referencial crítico para a construção de um Direito Penal mais democrático.

O terceiro capítulo apresenta o papel constitutivo do poder judiciário na garantia dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico penal, abordando-se a evolução dos sistemas dos precedentes (*common law*) e sua influência no sistema de matriz positivista pura como o *civil law*. Vê-se, portanto, a necessidade de se interpretar um sistema jurídico com base nos valores fundantes que o compõe, realizando-se assim as garantias constitucionais em sua plenitude.

O quarto e derradeiro capítulo tem objetivo analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal oriundo do denominado movimento constitucionalista bem como seus reflexos na atual “expansão do direito penal”, apresentando, ao final, propostas alternativas de solução para a tensão principiológica existente no presente estudo, bem como os efeitos negativos e reversos da expansão do direito penal na proteção de bens jurídicos.

## 2 EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL À LUZ DE SUA TEORIA CRÍTICA: APORTES SOBRE PRINCÍPIOS E PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

### 2.1 O DIREITO PENAL COMO MECANISMO DE CONTROLE DE SOCIAL

Conforme se observa da doutrina de Salo de Carvalho<sup>1</sup>, a observação histórica revela uma verdade inquestionável: a convivência do homem em sociedade jamais foi pacífica, tampouco idílica, mas sim, por outro lado, marcada notadamente pela existência de conflitos das mais variadas naturezas e matizes.

Diante da natureza conflitiva das formas de interação humana, buscou o homem ao longo de seu *continuum* histórico mecanismos eficientes de controle social. Em um primeiro momento tal tarefa foi deixada ao encargo da igreja que através das normas religiosas tentou, e ainda tenta, efetivar uma das mais importantes formas de controle social, qual seja, o controle lastreado na fé; num segundo momento, já não mais sob o império do misticismo religioso, mas sim sob a égide da razão, estabelecem-se regras morais que por sua vez avançaram até se tornarem normas sociais de conduta.

Atualmente, pode-se dizer que a sociedade se encontra sob o pálio dos regramentos jurídicos, lastreados, em tese, na vontade da maioria expressada pelo ideal democrático.

Com efeito, ponto que se revela interessante notar é que a transgressão de cada uma dessas normas gera uma conseqüência de natureza diversa, a saber: a sanção para quem descumpra uma norma de índole religiosa é a de expiar seus pecados através da confissão e penitência; a sanção para quem descumpra uma norma jurídica normalmente vem acompanhada do dever de indenizar ou de cumprir uma pena restritiva de liberdade. Fato é que, para toda e qualquer conduta transgressora, existe um mecanismo de resposta e de controle social que muitas vezes age sem que os cidadãos lhe façam qualquer espécie de questionamento ou insurgência de qualquer natureza.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo. **Manual de Criminologia**. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010. p. 39.

Dentro desse contexto, o Direito Penal surge como uma das mais fortes e severas formas de controle social. O Estado, que detém o monopólio do *jus puniendi*, ou seja, do direito de punir, estabelece regras de conduta que quando transgredidas ensejam a aplicação de penas privativas de liberdade. Os cidadãos, acreditando que seja essa talvez a melhor forma para a resolução de seus conflitos, submetem-se a esse sistema quase da mesma forma com que se curvam diante do inexplicável poder da fé.

Ocorre que, como todo e qualquer sistema já criado pela ciência, o sistema penal é norteado por princípios que servem como vetores interpretativos para sua pronta aplicação e efetividade. Sendo assim, ao efeito de que se perfaça uma visão mais aprofundada desse sistema, imprescindível se faz o exame de alguns de seus axiomas mais relevantes, tarefa essa dedicada aos tópicos seguintes. Por razões metodológicas, não será realizado o estudo de toda a principiologia do direito penal, limitando-se à análise daqueles que aderem à linha de pesquisa ora proposta.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

### 2.2.1 Princípio da Legalidade

A gravidade dos meios empregados pelo Estado na repressão do crime, a drástica intervenção nos direitos fundamentais da pessoa e o caráter de *ultima ratio*<sup>2</sup> que esta intervenção deve ter, impõem, necessariamente, a busca de um princípio

---

<sup>2</sup> O princípio da legalidade constitui uma barreira para o arbítrio judicial, mas não tolhe do Estado a possibilidade de criar tipos penais iníquos e cominar sanções degradantes. Por isso, é preciso limitar ou eliminar o arbítrio do legislador. Esse o fundamento do princípio da intervenção mínima, também conhecido por *ultima ratio*, pelo qual se orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário e indispensável para proteção de determinado bem jurídico. Em outras palavras, se outras formas de controle social ou normativo – por exemplo, medidas civis ou administrativas – forem suficientes para tutela desse bem, a criminalização da conduta que o vulnera é inadequada ou não recomendável. Por isso, a atuação do Direito Penal somente pode ocorrer quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico que se pretende tutelar. Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 12; LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 38-45; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82-87; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 84.

que controle o poder punitivo estatal, de sorte a eliminar qualquer arbitrariedade e/ou excesso de utilização dessa força.<sup>3</sup>

Nesse contexto, surge, então, o princípio da legalidade – também chamado de *estrita legalidade* ou *reserva legal*<sup>4</sup> –, que, sendo corolário ou instrumento de concretização à ideia do Estado Democrático de Direito, obriga o legislador, em matéria penal, a prever toda ação humana que pretenda incriminar, porquanto apenas e tão-somente a lei formal pode regulamentar tal matéria<sup>5</sup>. Ou seja, por ser a lei a única fonte do Direito Penal<sup>6</sup>, é vedado ao legislador transferir a outrem a função de definir crimes e estabelecer penas.

Sua previsão constitucional reside no inciso XXXIX, do artigo 5º, ao estatuir que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Em síntese, consoante o primado da legalidade, só constitui delito a conduta, prévia e taxativamente, descrita na lei como tal.

A lei penal, portanto, é um sistema fechado, *numerus clausus*. Se contiver lacunas ou falhas, não podem elas ser supridas quer pelos costumes, quer pela analogia, quer pelos princípios gerais do direito<sup>7</sup>.

Desse modo, não se pode negar o caráter *político* do princípio da legalidade, eis que, como visto, destina-se a garantir – pela *certeza do direito* – a liberdade individual, mediante a proteção contra o arbítrio de qualquer esfera de poder do Estado<sup>8</sup>.

Porém, apenas a existência de lei anterior ao fato não basta, porque o dado simplesmente cronológico não satisfaz os objetivos perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

---

<sup>3</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

<sup>4</sup> Preferem a expressão “princípio da legalidade”, entre outros, Nelson Hungria, Frederico Marques e Nilo Batista.

<sup>5</sup> O princípio da legalidade representa um dos pilares básicos do Direito Penal e encontra suas raízes na teoria do contrato social do iluminismo. Sobre o tema vide JESCHEK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Granada: Comares, 2002. p. 140.

<sup>6</sup> SZNICK, Valdir. **Direito penal na nova constituição**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 40.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>8</sup> Nesse sentido, é oportuna a citação do seguinte excerto: “o princípio da legalidade converte-se em uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual. O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão frente a intervenção estatal arbitrária por meio da realização da certeza do direito.” (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Op. cit.*, p. 73).

Este, por acobertar a temática da segurança jurídica e da justiça penal, resguarda, igualmente, outros princípios fundamentais, quais sejam: **(a)** da proibição da retroatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*)<sup>9</sup>, **(b)** da proibição da analogia (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), **(c)** da proibição do direito consuetudinário para fundamentar e/ou agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*) e **(d)** da proibição de leis penais indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).<sup>10</sup>

A vigência do princípio da legalidade, no entanto, vem sofrendo fortes atentados, pela perniciosa política criminal de utilização, pelo legislador, de exacerbados elementos normativos na descrição típica, bem como de tipos abertos e leis penais em branco.

Na verdade, a crise do postulado constitucional da legalidade decorre da demanda por leis que visam a atender **(a)** situações emergenciais, **(b)** a mera satisfação da opinião pública – entorpecida pelos meios de comunicação em massa – e **(c)** interesses dos mais diversos setores sociais, culminando na inflação legislativa, caracterizada pelo desenvolvimento de normas penais fragmentárias, indeterminadas e eivadas de erros técnicos.

Não se pode olvidar, entretanto, que a despeito de as fontes do Direito estarem carentes de limites e de controles, é a garantia dos direitos do homem – conforme dantes observado – o âmbito no qual se situa a segurança do Estado. E este, por sua vez, ainda não perdeu a função de, na seara criminal, impor os limites decorrentes dos princípios básicos que norteiam o Direito Penal.

Somente através de uma cuidadosa e criteriosa tipificação, não se abrirá margem para a atual tendência de descrição equivocada de fatos puníveis, com formulação de tipos penais abertos, em cujos enunciados figuram elementos permeados de imprecisão, que – sobre limitarem o direito fundamental da liberdade de ação – acarretam a tão temida insegurança jurídica, além de violarem o princípio da taxatividade. Da mesma forma evitar-se-ão a formulação de tipos penais antecipadores da tutela penal, os quais, de igual forma, produzem efeitos perniciosos no ordenamento jurídico.

---

<sup>9</sup> Princípio da irretroatividade da lei penal, prevista no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, que assevera: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

<sup>10</sup> Princípio da taxatividade, corolário do postulado da legalidade.

Com efeito, a chamada antecipação do direito penal, é uma técnica legislativa que busca a efetivação do Direito Penal (a pena) em momento anterior à efetiva lesão de bem jurídico ou destruição do objeto da ação e, em assim sendo, aparentemente não vulnera o princípio da legalidade, ainda que o faça de forma transversa.

Dentro desta estrutura de delito, costuma-se vincular a ideia de antecipação com a referência a bens jurídicos coletivos, bem como do mecanismo chamado “*crimes de perigo abstrato*”.<sup>11</sup>

Conforme ressalta Luiz Luisi, a tutela penal não é feita apenas de forma direta, por vezes o Direito Penal utiliza como estratégia de política criminal a punição de um ato que normalmente seria considerado preparatório; antecipa-se a proteção penal criminalizando situações que apenas põem em perigo o bem jurídico.<sup>12</sup>

Jorge de Figueiredo Dias aponta para fato de que por mais que se antecipe a tutela (algo que há muito já ocorre, por exemplo, com o instituto da tentativa), tal não se mostra o bastante para a proteção social e da previsível sociedade do futuro. A questão em si, restringe-se a determinar se antecipando a tutela o Direito Penal estar-se-ia atuando legitimamente em proteção a gerações futuras, porquanto existem meios jurídicos não penais ou mesmo não jurídicos de política social mais eficientes.<sup>13</sup>

Carlos Martínez-Buján Pérez, atentando para outro horizonte de expansão do direito penal, consubstanciado na utilização dos delitos de perigo abstrato como forma de se evitar lesões a bens jurídicos coletivos imateriais, institucionalizados ou espiritualizados (não reconduzíveis a bens jurídicos individuais),<sup>14</sup> sustenta que o fenômeno da abstrativização do perigo é uma forma de dano *sui generis*, legítima para a tutela da ordem econômica.

A lesão no perigo abstrato a bens jurídicos supra-individuais, todavia, vulnera as condições de segurança imprescindíveis para um desfrute dos bens desprovidos de toda perturbação, as condições juridicamente garantidas de disposição dos bens

---

<sup>11</sup> GRECO, Luis. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 49, p. 114, 2004.

<sup>12</sup> LUISI, Luiz. **Direito Penal: Bens constitucionais e criminalização**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

<sup>13</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 52.

<sup>14</sup> PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho Penal Económico: Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 113.

sem riscos. Sendo assim, tal regulação penal, por exemplo, no campo dos delitos econômicos, deve circunscrever-se apenas a um setor particularmente intolerável da atividade econômica ou empresarial.<sup>15</sup>

A nova tendência de alguns doutrinadores (Claus Roxin, Bernd Schünemann, Roland Hefendehl e Knut Amelung, entre outros) é de utilizar-se da teoria do bem jurídico para desconstruir bens jurídicos aparentemente coletivos (função crítica).<sup>16</sup>

Muitas criminalizações em que há referência a bens jurídicos denominados coletivos, em verdade, comportam uma classificação melhor como crimes de perigo abstrato a bens jurídicos individuais. Isso porque os bens jurídicos só aparentemente coletivos nada mais são do que a soma de bens jurídicos individuais; a lesão a tais bens aparentemente coletivos não passa de perigo de lesão a bens jurídicos individuais<sup>17</sup>. Com efeito, não basta a soma de bens jurídicos para a caracterização de bens coletivos. A definição de um bem jurídico como coletivo é caracterizada por uma indivisibilidade, a qual, por sua vez, normalmente não existe no plano fático.

Admitindo-se a possibilidade da adoção da técnica chamada “perigo abstrato”, mister se faz formular critérios para auferir-se efetiva a legitimidade das criminalizações por ofensa por perigo abstrato a um determinado bem jurídico.

Nessa mesma linha de raciocínio, Eugenio Raúl Zaffaroni critica de forma veemente algumas formas de antecipação do direito penal, considerando como violadores dos princípios constitucionais da lesividade e da legalidade, a presunção de perigos e riscos quando em verdade estes não existem.

Em sentido próximo, Windfried Hassemer afirma que a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato é um “facilitador” da aplicação do direito penal e do trabalho do juiz, porquanto renunciam à prova do dano, da causalidade, outorgando ao legislador a apreciação da gravidade da conduta incriminada. Situações dessa natureza, flagrantemente reduzem a possibilidade de defesa. De igual forma, outro aspecto alarmante é que em face da falta de vítimas ou vítimas rarefeitas, o modo de atuação dos instrumentos penais em relação à criminalidade do moderno direito

---

<sup>15</sup> Ibidem, p. 113 *et seq.*

<sup>16</sup> GRECO, Luís. Op. cit., p. 114.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 115.

penal fará com que se reduza a clareza e a percepção do injusto, tornando-o o resultado de uma pura avaliação técnica.<sup>18</sup>

Carlos Martínez-Buján Pérez, por sua vez, destaca que é no campo do direito penal econômico que mais se proliferam os tipos de perigo abstrato puramente formais, sem um conteúdo material de injusto, o que a doutrina soe chamar “*delitos de pura desobediência*” (Günther Jakobs) ou delitos “*com função puramente organizadora formal*”. Em tais delitos o “interesse abstrato” já se encontra vulnerado com a transgressão de uma regra proibitiva. São autênticos ilícitos administrativos colocados sob o manto de proteção da tutela penal. Situação essa que, para o autor supracitado, trata-se de flagrante violação do princípio da intervenção mínima.<sup>19</sup>

Para Alessandro Baratta a antecipação da esfera da punibilidade e sua aceitação pública indicam de algum modo uma personalização da antijuridicidade, colocando a tônica no elemento subjetivo dos tipos penais e a ampla utilização de elementos normativos. Trata-se de um verdadeiro deslocamento da imputação de responsabilidade pela ação para a responsabilização pelas características do autor.<sup>20</sup>

A seu turno, Günther Jakobs justifica que esta antecipação punitiva seria legítima, desde que sob a perspectiva de proteção de bens jurídicos, e pela neutralização de perigos para esses bens. Segundo o autor, não se extrai a proibição de punição de pensamentos perigosos do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Formula, assim, a hipótese de que cabe somente delimitar os critérios objetivos que excluirão os efeitos indesejados de um Direito Penal que combata pensamentos. E esse diferencial externo é a própria formulação de um Direito Penal do Inimigo; um ser humano não é simplesmente um cidadão, ele deve ostentar segurança cognitiva para sê-lo, caso contrário, será um inimigo.<sup>21</sup>

Sem adentrar, desde logo, ao mérito desta perversa classificação de pessoas e não-pessoas, cidadãos e inimigos, que remonta os tempos Carl Schmitt;

---

<sup>18</sup> HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 62-63, 2003.

<sup>19</sup> PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. Op. cit., p. 108-109.

<sup>20</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 5, p. 14-15, 1994.

<sup>21</sup> JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110 e ss; JAKOBS, Günther. **La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente**. 2000.

interessante é ver, porém, que muitas das antecipações contidas no Código Penal seriam ilegítimas, pois tratariam de antecipações de punição dirigidas apenas a alguns cidadãos, situação essa que evidencia não só a ofensa ao princípio da isonomia, como também ao princípio da legalidade.

### 2.2.2 Princípio da Intervenção Mínima ou “*Ultima Ratio*”

A existência do princípio da legalidade no ordenamento jurídico induz limites a toda modalidade de arbítrio judicial. Todavia e infelizmente, não tem o condão de obstar a criação de tipos penais iníquos, despropositados e cominadores de penas cruéis e degradantes.

Diante desse panorama, impõe-se a necessidade de se limitar, de alguma maneira, o arbítrio proveniente do poder legislativo, função essa que, hodiernamente, recai sobre o princípio da intervenção mínima.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o princípio da intervenção mínima, também denominado *ultima ratio*, estabelece que, diante de um conflito de interesses, o direito penal deverá ser o último ramo do direito a ser acionado pelo Estado com vistas à sua resolução.

Com efeito, infere-se do aludido princípio, que o Direito Penal deve abster-se de interferir ante a ocorrência de condutas irrelevantes, somente tendo aplicação quando estritamente necessário, mantendo-se, ademais seu caráter subsidiário e fragmentário.

Sobre o tema não é outra a lição de Alice Bianchini, *verbis*:

O princípio da intervenção mínima pode significar tanto a abstenção do direito penal de intervir em certas situações (seja em função do bem jurídico atingido, seja pela maneira com que veio a ser atacado) – o que lhe dá o traço fragmentário. Neste caso o sistema punitivo é chamado a interceder de forma subsidiária. Somente quando não haja outros instrumentos de controle social (que vão do direito administrativo à família) eficazes.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54.

Com efeito, extrai-se do aludido princípio que se outras formas de sanção ou outros meios de controle social se revelarem suficientes para a tutela de um determinado bem jurídico, sua criminalização é inadequada e não recomendável.

A título de exemplo, pode-se colher a alteração trazida pela Lei 11.101/2005, que revogou o art. 240 do Código Penal, dando lugar à denominada *abolitio criminis* em relação ao então delito de adultério. Por razões óbvias, a criminalização da conduta adúltera é, por si só, violadora do aludido princípio, uma vez que os nefastos efeitos da prática do adultério podem ser aferidos e melhor aquilatados na esfera civil em detrimento à criminal.

Dessa feita, infere-se que se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas. Por essa razão, afirma de forma uníssona a doutrina nacional e estrangeira, o direito penal deve ser a *ultima ratio*.

Conforme assevera Francisco Muñoz Conde, o direito penal só deve entrar em cena: “quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”,<sup>23</sup> jamais servindo, destarte, como a primeira opção para a resolução de conflitos.

Contudo, apesar da existência do aludido princípio – que remonta à Revolução Francesa - e sua plena aplicabilidade e vigência no âmbito do regramento jurídico-penal brasileiro, os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, dando azo ao fenômeno denominado “inflação legislativa”.

Referida “inflação”, além de gerar descrédito para o sistema de controle penal como um todo, acaba por gerar uma insegurança generalizada da população, que por muitas vezes, sem saber, acabam incorrendo em tipos penais que sequer sabiam existir.

Vários exemplos podem ser trazidos à lume, a saber: **(a)** a conduta de propiciar o uso de bebida alcoólica entre índios não integrados está definida como crime pelo Estatuto do Índio (artigo 58, inciso III, da Lei 6.001/73); **(b)** a conduta de causar dano culposo (ou seja, sem intenção) à planta de ornamentação em propriedade privada alheia caracteriza um crime ambiental, de acordo com o disposto no artigo 49, parágrafo único, da Lei 9.605/98; **(c)** O artigo 22 do decreto

---

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975. p. 60.

presidencial 3.179, de setembro de 1999, que trata das sanções aplicáveis às atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece que é crime: “molestar de forma intencional toda espécie de cetáceo em águas jurisdicionais brasileiras”. Os cetáceos são os mamíferos aquáticos como as baleias e os golfinhos. Por sua vez, de acordo com os dicionários Aurélio e Houaiss, ‘molestar’ significa incomodar, atormentar, magoar e, até mesmo, “fazer tentativas inoportunas de aproximação sexual”. Pelo decreto presidencial, molestar o cetáceo pode valer multa de R\$ 2.500,00; **(d)** O artigo 59 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), define a conduta de “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”, cominando pena de prisão simples de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses; **(e)** Segundo se infere do artigo 39 da Lei de Contravenções Penais, é conduta passível de punição participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação.

Diante desse quadro caótico, conclui-se que no Brasil, mesmo diante da plena aplicabilidade do princípio da intervenção mínima (ou *ultima ratio*) o fenômeno da inflação legislativa já é uma triste realidade, não faltando exemplos de sua ocorrência no cotidiano forense. Verifica-se que o direito penal já deixou, e há muito, de ser a *ultima ratio* para se transmutar na *prima ratio*.

### 2.2.3 O Caráter de Fragmentariedade e Subsidiariedade do Direito Penal

Conforme demonstrado no tópico anterior, o princípio da intervenção mínima orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.<sup>24</sup>

Com efeito, vê-se que tal princípio, ainda que não erigido à condição de dogma constitucional do sistema jurídico moderno, é de ser observado por questões

---

<sup>24</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Lições de Direito Penal. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

ético-pragmáticas, e ainda em atenção aos pressupostos políticos do estado democrático. Ora, se por um lado a legitimação do direito de punir do estado encontra-se na proibição da vingança privada, por outro, há que haver uma limitação para esse direito estatal.

Tal limitação deve estar ancorada nos valores de uma dada sociedade, pois somente as infrações graves demandam recebimento das sanções previstas no ordenamento penal.

Como preleciona Nilo Batista, para a análise de tal princípio, impõe-se seu íntimo relacionamento com duas características do direito penal. A fragmentariedade e a subsidiariedade, sendo desta sucedâneo, a autonomia do direito penal e sua natureza constitutiva ou sancionadora. A fragmentariedade constitui-se no corolário do princípio da intervenção mínima.<sup>25</sup>

O caráter fragmentário do direito penal seria o viés pragmático daquele princípio, recebendo tal denominação pelo fato de que o direito penal se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica. Em resumo, tal caráter é a não sanção de todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, limitando-se esta àquelas mais graves e mais perigosas.

A subsidiariedade, por sua vez, é a característica do direito penal de intervir unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.

Este princípio, por fim, coloca a questão da autonomia do direito penal, e seu desdobramento da definição de um caráter constitutivo ou sancionador.

A corrente brasileira que o define como sancionador (Helena Fragoso, Aníbal Bruno, Magalhães Noronha e Damásio de Jesus), baseia-se no fato de que os bens tutelados penalmente são erigidos de forma peculiar e autônoma.

Contudo, a concepção dominante atualmente de que o ilícito tem tal condição perante todo o ordenamento jurídico, leva a conclusão de que o direito penal tem caráter sancionador.

Ao se visualizar o ordenamento jurídico como um todo<sup>26</sup>, e as diversas consequências em suas distintas áreas de tangência, vê-se o direito penal como não mais do que o braço armado deste ordenamento.

---

<sup>25</sup> BATISTA, Nilo. Op. cit., p. 42.

<sup>26</sup> Conforme leciona Norberto Bobbio, em seu Teoria do Ordenamento Jurídico: "A complexidade do ordenamento, sobre o qual chamamos a atenção até agora, não exclui sua unidade. Não poderíamos

## 2.3 ABOLICIONISMO PENAL

Tendo por precursor o professor norueguês Louk Hulsman, o abolicionismo penal revela-se como uma corrente doutrinária que prega, de forma pura e simples, a abolição total e completa dos mecanismos de repressão estatal atualmente existentes.

A ideia central dos teóricos seguidores do professor nórdico é plenamente razoável e lúcida uma vez que o Direito Penal ao longo de seu curso histórico vem falhando em todos os seus objetivos declarados, a saber: **(a)** o direito penal se propõe a evitar futuras lesões aos bens jurídicos sob ameaça de imposição de penas, todavia, basta um breve lançar de olhos sobre os dados estatísticos referentes à criminalidade no Brasil e no mundo para notarmos um evidente e alarmante crescimento, mesmo ante o recrudescimento tanto da legislação penal, como de seus mecanismos de repressão; **(b)** o direito penal se propõe a ressocializar o indivíduo desviante, contudo, não ostenta as menores condições carcerárias para que o cidadão se ressocialize e, assim, não volte a delinquir.

Assim, ao que se vê, o direito penal não tem conseguido cumprir adequadamente com seus objetivos, gerando, pelo contrário o surgimento de novos problemas que poderiam não existir fosse o sistema abolido.

Além de não resolver os problemas sociais existentes o direito penal tal como hoje concebido, termina por potencializar o surgimento de novos conflitos. Dessa feita, de acordo com a racionalidade abolicionista, o melhor sistema penal é aquele que não existe.

O tema não passou despercebido ao olhar arguto de Eugênio Raúl Zaffaroni o qual afirmou que: “quando um conflito é por demais sério, não pode ficar nas mãos do sistema penal, que defende soluções ilusórias que na realidade só produzem mortes, corrupção e destruição da sociedade”.<sup>27</sup>

Thomas Mathiesen, também adepto do abolicionismo penal, discorre sobre o sistema atual ponderando que:

---

falar de ordenamento jurídico se não o tivéssemos considerado algo de unitário.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 48.)

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 220.

a prisão é uma gigante sobre o solo de barro (...) e o solo de barro da prisão é a sua total irracionalidade em termos de seus próprios objetivos estabelecidos (...) as pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardado em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria no começo de sua ruína<sup>28</sup>.

Nils Christie, outro expoente da ideia abolicionista, com propriedade assevera que as prisões além de caras:

(...) são destrutivas. Quando mandamos uma criança para a escola, ela vai aprender os valores da escola, dos amigos, vai formar sua rede de conexões. O mesmo acontece com a pessoa que é mandada para a prisão, mas aqui os valores aprendidos são outros.<sup>29</sup>

Em síntese, infere-se que todos os autores adeptos dessa corrente, afirmam que o sistema penal atual falha em todos seus objetivos, servindo tão-somente como uma manifestação violenta e seletiva daqueles que detém o poder em prol de uma camada marginalizada da população.

Atualmente a grande crítica que recai sobre referida corrente refere-se a sua dimensão teórica negativa, anárquica e utópica, ou seja, o seu exacerbado caráter desconstrutivista. Afirmam seus contendores que de nada adianta acabar com o sistema penal se não houver algo de melhor para tomar o seu lugar. De nada adianta identificar e desvelar suas incongruências se não forem propostas vias alternativas. Ocorre, todavia, que se olvidam tais críticos da existência de várias propostas alternativas que já foram criadas pelos integrantes da cultura abolicionista, todavia, por razões metodológicas, tais propostas serão objeto de exame minucioso e detalhado no terceiro capítulo do presente trabalho, para o qual, remete-se o leitor mais aqodado.

---

<sup>28</sup> CHRISTIE, Nils. **Abolire le pene?** Il paradosso del sistema penale. Tradução Italiana. Con introduzione di Massimo Pavarini. Torino: Grupo Abele, 1985. p. 43.

<sup>29</sup> HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas:** o sistema penal em questão. 2. ed. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 37.

## 2.4 MINIMALISMO PENAL

Partindo do mesmo discurso sobre a ineficácia do sistema prisional e das funções declaradas da pena, o direito penal mínimo, de viés menos radical, pretende não a abolição do ordenamento jurídico penal, mas sim, tão-somente sua redução com a conseqüente humanização do sistema como um todo.

Conforme assevera Juarez Cirino dos Santos:

O sistema penal – constituído de lei penal, polícia, justiça e prisão – é o aparelho repressivo do moderno estado capitalista, garantidor de relações sociais desiguais de produção e distribuição material, responsáveis pela violência estrutural da marginalização, do desemprego, os baixos salários, da falta de moradia, do ensino precário da mortalidade precoce, do menor abandonado etc., que flagelam a pobreza social.

Como é cediço no âmbito acadêmico, o sistema penal vigente gera uma série de distorções que culminam com o processo de etiquetamento e estigmatização dos cidadãos concebidos como marginalizados. Outrossim, é inegável que o processo de criminalização encontra ressonância em um sistema econômico que predispõe à desigualdade social.

Diante dessa constatação irrefutável e, ainda, ante a constatação da premente necessidade de existência de um sistema penal em toda e qualquer sociedade, buscam os seguidores do direito penal mínimo uma modalidade de direito penal mais brando e que busque evitar o encarceramento sempre que possível.

Seguindo esse senso ideológico, podem-se citar vários exemplos existentes na legislação pátria vigente que demonstram essa tendência minimalista, a saber: **(a)** a previsão de penas restritivas de direitos alternativas à prisão (penas alternativas); **(b)** o instituto da transação penal presente na Lei dos Juizados Especiais; **(c)** a suspensão condicional do processo previsto nesse mesmo diploma legislativo; **(d)** a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas, dentre vários outros exemplos que refletem o viés minimalista.

Infelizmente, não obstante os esforços de grande parte da comunidade acadêmica no sentido de criar uma cultura minimalista no Brasil, os membros do Poder Legislativo, por razões puramente político-partidárias não buscam fazer ressoar na legislação os ideais trazidos por essa consagrada escola de direito penal.

## 2.5 GARANTISMO PENAL

Historicamente, na evolução do relacionamento entre o Estado e o sujeito, sempre houve a necessidade de edição de normas que tutelassem os direitos fundamentais deste em face daquele. Em razão disso, em diversos ordenamentos jurídicos – particularmente nos dos países democráticos – foi objeto de previsão constitucional um conjunto de regras de garantia, pelas quais se impõe ao Poder Público e à própria sociedade o respeito aos direitos individuais.

A Constituição Federal do Império, de 1.824, foi uma das primeiras a inserir em seu texto normas dessa natureza e as que se lhe seguiram mantiveram essa previsão. A atual, entretanto, alargou o seu espectro, prevendo, em seu artigo 5º, um extenso elenco de direitos e garantias individuais. No mesmo rumo, a Convenção dos Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1.992.

Portanto, numa visão laica, *garantismo* é uma teoria que preconiza a observância de um conjunto de regras e princípios que protegem o indivíduo frente ao seu semelhante e, principalmente, ao próprio Estado. Noutra dizer, são os direitos do cidadão que surgem como contraposição ao poder econômico, social e político do ente estatal, a fim de delimitar o monopólio da sua força.<sup>30</sup>

O vocábulo, porém, é equívoco e, por isso, presta-se a designar, a um só tempo, várias realidades, diferentes e inconfundíveis, embora conexas. Basicamente e de acordo com Ferrajoli são três os sentidos com que se emprega a expressão.<sup>31</sup>

Na primeira acepção, com relação ao Direito Penal, traduz o modelo da estrita legalidade, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, que, **(a)** do ponto de vista epistemológico, se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, **(b)** sob o viés político, constitui uma técnica de tutela idônea ao fim de minimizar a violência e maximizar a liberdade e, por fim, **(c)** sob a vertente jurídica, um sistema de limites impostos ao Estado, no exercício de sua função punitiva, para preservação dos direitos do cidadão. É garantista, então, todo sistema penal que se conforma com esse modelo.

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 18-19.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 683-686.

A partir dessa concepção, há que se investigar e distinguir o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema, porquanto o nível de garantismo do sistema penal pode ser acentuado se focado a partir da ótica constitucional, mas reduzido quando se considera a prática efetiva.

*Num segundo sentido*, garantismo é uma *teoria jurídica da validade e efetividade*, pela qual se coloca como questão nuclear a divergência existente nos ordenamentos entre modelos normativos e práticas operacionais, visualizando-a com a antinomia que subsiste entre validade dos primeiros e efetividade das segundas. É, nessa formatação, uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo. Portanto, construção crítica, mas não externa, política ou metajurídica. Ao contrário, interna, científica e jurídica, no sentido de que assume como universo do discurso jurídico o direito positivo vigente, evidenciando suas antinomias e buscando a legitimidade do sistema no direito válido.

Tem contornos positivistas – não, porém, o positivismo que se apregoa como dogmático, acrítico e contemplativo ou expectante –, exigindo do cientista que, sobre identificar e explicitar antinomias, solucione-as. Por isso, a perspectiva garantista impõe aos seus prosélitos a dúvida, a crítica permanente e a incerteza constante sobre a validade das leis e sua aplicação, bem como a consciência de suas fontes de legitimação jurídica.

No terceiro sentido, garantismo é uma filosofia política, que exige do Direito e do Estado a desincumbência do ônus da justificação externa, com esteio nos bens e interesses dos quais a tutela ou garantia constituem a sua finalidade. Aqui, preconiza a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre visão interna e externa na valoração do ordenamento.

Essas três vertentes apresentadas fornecem os elementos para elaboração da teoria geral do garantismo – aplicável não apenas ao Direito Penal – que se assenta nas seguintes bases: **(a)** diferença, quando não divergência, entre validade e vigência, produzida pelos desníveis das normas, e um grau irreduzível de ilegitimidade das atividades normativas de nível inferior, **(b)** distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade e **(c)** a autonomia e prevalência da primeira.

### 3 O ATUAL ESTÁGIO DE EVOLUÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL E A FINALIDADE DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

#### 3.1 O FUNCIONALISMO PENAL

O presente capítulo tem por objetivo abordar os aspectos e características mais marcantes daquela que atualmente se consubstancia em uma das mais modernas e importantes teorias do direito penal, qual seja, o denominado funcionalismo penal.

Comumente relegado na grade curricular dos cursos jurídicos brasileiros, em especial no âmbito da graduação, o funcionalismo não se trata de uma teoria propriamente recente e inédita, tendo sido edificada, no início dos anos 1970, nas obras de dois de principais seus precursores Claus Roxin e Günther Jakobs.

Sua principal inspiração vem das teorias sociológicas de Niklas Luhmann<sup>32</sup> cuja *teoria dos sistemas* lançou as bases necessárias ao desenvolvimento do que hoje se entende por *funcionalismo penal*. Outra contribuição especialmente valiosa para o desenvolvimento da doutrina advém das ideias trazidas à lume por Jürgen Habermas, em especial em seu clássico *Faktizität und Geltung*<sup>33</sup>.

Nessa obra, o sociólogo alemão demonstra a necessidade de uma *funcionalização* do sistema jurídico revisando-o a partir de uma compreensão normativa (axiológica) e não meramente adstrita aos mecanismos de positivação.

O espaço jurídico marcado pela tensão entre poder político e autonomia dos cidadãos, ou, em última análise por uma tensão entre norma positiva e realidade, deve ser permeado pelo influxo dos valores sociais relevantes, derivado do consenso proveniente das mais variadas ações comunicativas travadas no seio social. O direito, destarte, funcionaria como uma instância mediadora entre o sistema social e os anseios comunicativos reais provenientes da complexidade social.

Para o sociólogo, nem todos os influxos comunicativos, provenientes das mais variadas camadas sociais, conseguem alcançar os centros de decisão e de

---

<sup>32</sup> Luhmann (1927-1998), professor da Universidade de Bielefeld entre 1966 e 1993, é considerado atualmente, junto com Jürgen Habermas, o mais famoso representante da moderna sociologia alemã.

<sup>33</sup> No Brasil, intitulada *Direito e Democracia*, entre a facticidade e validade.

poder, existindo um sem número de obstáculos à sua efetiva consecução e legitimação social. Vale-se, nesse ponto, da metáfora das “eclusas”.

Conforme se extrai da aludida metáfora, os influxos comunicativos, para que adquiram força e, destarte, reconhecimento nos planos superiores do poder, devem alcançar volume suficiente para suplantar a barreira que os separam de um mero desejo de reconhecimento de uma parcela da comunidade, para uma verdadeira ação estatal legitimadora de tal anseio. O papel do direito, nesse ponto, é servir como um médium, para parte da doutrina, verdadeiro “filtro”, separando as pretensões sociais legítimas das patológicas do ponto de vista da emancipação. O critério utilizado para a realização da respectiva “filtragem” não poderia ser outro senão o consenso estabelecido com base em valores essenciais orientados ao bem comum dentro de um Estado Democrático de Direito.

Infelizmente, o direito atual, sedizente democrático, segundo Habermas:

é exercido com base em imagens muito concretas de como deva ser a sociedade. (...) os dois grandes paradigmas desse direito concretista são o modelo social e modelo liberal do direito. Esses modelos por demais concretos de organização social não só não encontram mais respaldo no funcionamento efetivo das sociedades como **não se coadunam com o processo cada vez mais intenso de pluralização das formas de vida, processo iniciado com a passagem para a modernidade e que tende a se aprofundar (...)**<sup>34</sup>.

Conforme asseveram Marcos Nobre e Ricardo Terra, a transposição para o que hoje se denomina pós-modernidade não pode continuar marcada pela dicotomia reducionista *estado social x estado liberal*, devendo, pois, ser cada vez mais caracterizada pela discussão travada nos denominados espaços de discussão formadores do *consenso*<sup>35</sup>.

Não mais se admite, dentro de uma *sociedade do risco* ou de uma *sociedade líquida*, para lembrarmos a proposta de Ulrich Beck e Zygmunt Bauman, respectivamente, que as instâncias detentoras do poder simplesmente delimitem o que *deve ser* e de que forma deve o direito, como instrumento para a consecução desse fim, se amoldar a essa proposta. Deve-se, sim, deixar-se guiar pela

---

<sup>34</sup> HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso**. Madrid: Editorial Trotta, 1998 *apud* NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 34.

<sup>35</sup> NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

complexidade inerente a uma sociedade cada vez mais multifacetada e plural, onde o que já foi assaz diferente, já não é mais tão estranho assim, onde o que era tido como axioma, hoje não mais se sustenta, onde o novo avanço tecnológico, muitas vezes, representa um fator de altíssimo risco social. Somente através do desenvolvimento desses mecanismos, viabilizadores da discussão democrática, é que se alcançara o ideal de justiça e igualdade material visado por esse importante espaço de mediação e discussão que é o Direito.

O funcionalismo penal nada mais é do que isso, uma tentativa de aproximação dos valores político-criminais<sup>36</sup> vigentes - obtidos através dos influxos comunicativos travados no meio social - projetando-os sobre a dogmática clássica, de índole positivista, que embora detenha o grande mérito, principalmente no plano metodológico, de bem sistematizar a teoria do delito, simplesmente “fechou os olhos” para os demais valores que compõem a vida em sociedade.

Inicialmente analisar-se-á a guinada epistemológica decorrente da quebra do paradigma ontológico da teoria finalista desenvolvida por Hans Welzel e sua paulatina substituição pela lógica valorativa (axiológica), especialmente a formulada por Claus Roxin.

Em seguida, proceder-se-á ao perfunctório exame dos principais reflexos da introdução da teoria funcionalista no âmbito de cada um dos elementos que compõe o conceito analítico de crime (conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Ao final, serão tecidos alguns comentários acerca das possíveis críticas e consequências da adoção desse novo sistema de aplicação do direito penal, revelando suas deficiências latentes como também seus efeitos benéficos, potenciais e reais, no plano social.

---

<sup>36</sup> Política Criminal aqui entendida como o programa repressivo estipulado para uma determinada sociedade.

## 3.2 FUNCIONALISMO PENAL E A QUEBRA DO PARADIGMA FINALISTA DE VIÉS ONTOLÓGICO E OS EFEITOS DECORRENTES DA INTRODUÇÃO DA AXIOLOGIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

### 3.2.1 Alerta Metodológico

Antes de se adentrar ao exame do denominado funcionalismo penal mister se faz esclarecer - em consagração ao rigor metodológico que deve nortear toda e qualquer discussão de natureza científica - que embora existam, no âmbito do direito penal, duas vertentes funcionalistas, a saber: **(a)** o funcionalismo sistêmico-radical de Günther Jakobs; e **(b)** o funcionalismo teleológico-moderado de Claus Roxin, vale-se o presente estudo tão-somente dos conceitos entabulados por essa última corrente.

Tal opção deve-se, única e exclusivamente, a uma maior afinidade estabelecida com a doutrina garantista e, conseqüentemente, menos repressiva formulada pelo Professor de Munique, não se olvidando, tampouco se desprezando a valiosa contribuição trazida por Günther Jakobs à ciência do Direito como um todo, em especial do Direito Penal.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Para um estudo mais aprofundado da corrente funcionalista sistêmica-radical ver, dentre outros: LUHMANN, Niklas; GEORGI, Raffaele de. **Teoría de la sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993; JAKOBS, Günther. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003; JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. CALLEGARI, André Luís. Versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Fundamentos y teoría de la imputación. Parte general**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995; CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZALES, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999; AMELUG, Knut. **Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin. El moderno sistema de Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús María Silva Sánchez da 1. ed. Alemã de 1984. Madrid: Tecnos, 1991; CALLEGARI, André Luís et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

### 3.3 BASES EPISTEMOLÓGICAS DO FUNCIONALISMO SOCIOLOGICO E DO FUNCIONALISMO PENAL

O denominado funcionalismo penal esclareça-se, *ab initio*, não se trata de uma teoria propriamente nova.

A elaboração da teoria funcionalista (teleológica) do delito sofreu nítida influência das teorias sociológicas elaboradas por Max Weber, Émile Durkheim, Talcott Parsons, Robert Merton, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas, dentre outros grandes expoentes da sociologia moderna<sup>38</sup>.

Em apertada síntese, e sem a pretensão de exaurir o tema, pode-se afirmar que o *funcionalismo* - no âmbito sociológico - consubstancia-se na perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão, com o objetivo de reduzir a complexidade inerente a todo e qualquer sistema social. O *funcionalismo* analisa o caminho que o processo social e os arranjos institucionais contribuem para a efetiva manutenção da estabilidade da sociedade, colaborando para sua reprodução. A ideia central é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos.

Valendo-se desse marco teórico e transpondo-o para o âmbito do direito penal, sublevam-se algumas questões que até os dias atuais ainda não possuem uma resposta definitiva, a saber: Quais seriam as funções do direito penal dentro do sistema social? Quais seriam as funções da pena? Se existem funções específicas para o direito penal, será que ele as cumpre de forma eficiente?

Visando dar respostas à altura desses questionamentos, Claus Roxin publica, em 1992, o hoje clássico *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen*.<sup>39</sup>

Conforme assevera o autor alemão:

En este libro se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con un novo contenido de los puntos de partida kantianos (y -hegelianos) de lá época de

---

<sup>38</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 240.

<sup>39</sup> Importante lembrar que as bases metodológicas para a teoria funcionalista-teleológica ora em análise já tinham sido lançadas 20 (vinte) anos antes, na também clássica obra de autoria de Claus Roxin: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Política criminal e sistema jurídico-penal), datada de 1970.

entreguerras, que en los sistemas clásicos solo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. **El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación kantiana a los valores culturales por um critério de sistematización específicamente jurídicopenal: las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines da la pena.**<sup>40</sup> (grifo nosso)

Da leitura de sua obra, infere-se que com o declínio do finalismo, decorrente das severas críticas recebidas no final da década de 60, opera-se uma verdadeira guinada epistemológica na seara do direito penal. Paulatinamente, abandona-se a pretensão de recorrer ao universo do *ser*, descartando-se, ainda que não em sua totalidade, as estruturas lógico-objetivas típicas do finalismo, criando-se, assim, uma nova doutrina fundada em um sistema de viés valorativo, ou seja, focada no âmbito do *dever ser*, preocupada em dar conta dos problemas das funções do direito penal.

Conforme atesta Roxin:

*la formación jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal.*<sup>41</sup>

A partir de então, a teoria do delito normativiza-se, passando a ser compreendida como um conjunto de valorações. Aproxima-se o direito penal da política criminal, essa última entendida como o programa de repressão/prevenção das práticas delituosas definido pelo Estado. Introduzem-se valores e funções provenientes do programa de política criminal, a cada um dos elementos que compõe o conceito analítico de crime, livrando, conforme bem alinhavado por Fábio André Guaragni, “das amarras que as estruturas pré-jurídicas (ou pré-normativas, as quais, como ‘leis do ser que são eternas’ na crítica de Roxin) significam para o desenvolvimento sistêmico da teoria do crime.”<sup>42</sup>

Livre dos grilhões ontológicos - de índole positivista - a que se prendiam os cientistas do direito opera-se a verdadeira introdução das diretrizes político-criminais no seio da doutrina penal, que antes se encontravam relegadas a um plano secundário e desprovido de cientificidade, comumente denominada de não-ciência.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General.** Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 238.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>42</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 235.

A discussão acerca de critérios de justa aplicação da pena, a função precípua de proteção aos bens jurídicos, a atipicidade de condutas não ofensivas, insignificantes e que não causem danos a terceiros, avultam como conseqüências naturais de uma nova epistemologia do direito penal.

Interessante notar que, embora a teoria finalista ostente o seu mérito na sistematização e estruturação da análise do fenômeno do crime, com base em extratos muito bem delimitados e lógicos, tal “constructivismo asentado sobre um número reduzido de axiomas”<sup>43</sup>, tem valia para as ciências do ser, tal como a geometria, cujo objeto mostra-se de reduzida complexidade e não sujeito a variações históricas e culturais, todavia, não para o Direito, fenômeno que se desenvolve numa inalcançável complexidade e em um *continuum* histórico-cultural de interrelações cada vez mais dissidentes e conflitantes.

Com base nessas premissas, extrai-se dos ensinamentos de Claus Roxin, o fundamento ideológico da denominada teoria teleológica-funcional:

O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais, é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou ferenda, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.<sup>44</sup>

A partir da ideia acima exposta funda-se no âmbito do direito penal uma nova escola, de viés funcionalista, instaurando-se um novo paradigma para o estudo das ciências penais como um todo, inclusive no que tange às suas interrelações com outras ciências acessórias (e.g. criminologia, política criminal etc.). O estudo desse ramo do direito deixa de ser meramente dogmático, libertando-se, enfim, das amarras positivistas, transformando-se em um dinâmico e complexo sistema de absorção de valores político-criminais, tal como idealizado pelas teorias sociológicas que lhe deram base científica.

---

<sup>43</sup> ROXIN, Claus, Op. cit., p. 63.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002. p. 82.

Não se trata, conforme bem salientado pelo professor alemão, de um abandono total das estruturas lógico-objetivas edificadas pelo *finalismo*, mas sim de uma mescla entre elementos puramente dogmáticos e princípios fundamentais do ordenamento jurídico vigente.

Partindo dessa nova epistemologia do direito penal, mister se faz a incursão mais detida no âmbito do conceito analítico de delito, bem como nos acidentados caminhos que perpassam a teoria da pena.

### 3.3.1 Funcionalismo Penal e Teoria do Delito

O presente tópico tem por escopo um reexame, ainda que não exaustivo, dos elementos que compõem a moderna teoria do fato punível e, por conseguinte, do conceito analítico de crime (conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), à luz da teoria funcionalista na vertente desenvolvida por Claus Roxin.

Contudo, antes de se dar início a essa meticulosa tarefa, mister se faz tecer algumas breves considerações acerca do método de abordagem apresentado pelo funcionalismo. Esse alerta revela-se indispensável na medida em que a adoção do método funcionalista subverte a clássica abordagem do direito, principalmente a concebida no Brasil, com esboço na lógica dedutiva (do geral para o particular).

O funcionalismo penal tem como ponto de partida, como regra geral, a análise de casos concretos, colhidos em sua maioria da jurisprudência, para se chegar a conclusões gerais, consubstanciando-se, destarte, em um método tipicamente indutivo.

Tal sistemática de abordagem, apoiada em grupos de casos, é, principalmente no Brasil, alvo de diversos ataques por parte da denominada doutrina tradicional, de índole positivista, o que em grande parte deve-se a alguns fenômenos bem apreendidos por Virgílio Afonso da Silva<sup>45</sup>, a saber: **(a)** a crença nacional – baseada na dicotomia entre as famílias da *common law* e do direito codificado da Europa continental – segundo a qual os precedentes judiciais têm valor apenas para

---

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32-33.

aquele sistema e não para esse último;<sup>46</sup> **(b)** uma tradição jurídica baseada, sobretudo, na doutrina (especialmente a doutrina positivista); **(c)** uma jurisprudência lastreada no legalismo, apegada ao método de interpretação literal, embasada normalmente na doutrina tradicional que lhe garante a pureza do raciocínio subsuntivo, evitando-se, assim, a aplicação direta de princípios.

Não obstante a constatação acima se apresente como mera expressão da realidade do sistema jurídico brasileiro, importante consignar, desde logo, que não se tem por pretensão afirmar esse ou aquele sistema como melhor ou pior, já que este não é um estudo sobre metodologia científica. O que se quer aqui ressaltar é a tentativa do funcionalismo em ampliar a importância da jurisprudência de forma um pouco mais sistemática, não a utilizando como mero argumento de autoridade.

Feito esse pequeno intróito, passa-se a análise do conceito analítico de crime, sob o prisma do funcionalismo penal.

### 3.3.2 Conduta Humana

A compreensão da influência da doutrina funcionalista no conceito de conduta humana reveste-se de fundamental importância para o estudo da teoria do delito, na medida em que tal conceito trata-se da verdadeira *pedra de toque* de todo arcabouço dogmático-penal.

Com efeito, o advento da teoria em exame representou considerável avanço no âmbito de estudo da conduta humana, transformando-se no verdadeiro amalgama entre o Direito Penal no seu enlace com a doutrina valorativa de base político-criminal, resolvendo questões antes altamente controvertidas e culminando com a elaboração da denominada *teoria pessoal da ação*.

Segundo Juarez Cirino dos Santos:

A teoria pessoal da ação, que identifica o substrato material do sistema de fato punível de Roxin, define ação como manifestação da personalidade, um conceito compreensivo de todo acontecimento atribuível ao centro de ação

---

<sup>46</sup> Para comprovar tal assertiva, basta uma rápida revisão do vetusto estudo das fontes do direito, seara essa onde a jurisprudência ostenta papel de mera fonte secundária, acessória, subsidiária, instrumental e complementar, com importância assaz inferior à lei, essa sim, fonte direta, primária e imediata do Direito.

psíquico-espiritual do homem. A definição de ação como manifestação da personalidade permitiria excluir, por um lado, todos os fenômenos somáticos-corporais insuscetíveis de controle do ego e, portanto, não-dominados ou não-domináveis pela vontade humana.<sup>47</sup>

Conforme se extrai do conceito trazido pelo supracitado autor, a compreensão de ação como manifestação da personalidade constitui-se como a mais geral e, por conseguinte, menos delimitada do conceito de ação, capaz de excluir de antemão os fenômenos somático-corporais insuscetíveis de controle e, portanto, não domináveis pela vontade humana, e.g., atos reflexos, atos curto-circuito, ataques epiléticos, força física irresistível e estados de inconsciência.

Tal formulação, embora encontre forte resistência por parte da doutrina pátria, principalmente pela sua nítida aproximação com a denominada *teoria social da ação* formulada por Eberhard Schmidt e posteriormente desenvolvida por Jescheck e Wessels, revela-se coerente com o método de aproximação entre Direito Penal e Política Criminal trazido à lume pelo funcionalismo.

Por razões óbvias, no bojo de um sistema funcionalista, não se pode conceber um conceito fechado, pré-típico e estanque de conduta humana, uma vez que, somente a valoração *ex post* de uma determinada conduta é que demonstrará se ela se trata de uma conduta relevante, ou não, para o direito penal.

O juízo de que alguém teria praticado uma ação será a consequência de uma valoração. A unidade da ação, conforme alerta Luís Greco:

Não é definível por um dado prévio empírico (nem a causalidade, tampouco um comportamento voluntário ou a finalidade) que se encontra na base de todas as formas de manifestação do comportamento punível. Esta unidade se constitui, isso sim, através de um mesmo aspecto valorativo: alguém agiu, quando de um determinado efeito dele decorrente ou não decorrente lhe possa ser atribuído enquanto pessoa, isto é, enquanto centro anímico de atividade, de modo que se possa falar em um “agir” ou “omitir” e, com isso, numa “exteriorização da personalidade. Apesar de que a afirmação de uma ação não implique em qualquer valoração negativa (nem sequer provisória) – comportamentos socialmente benéficos e lesivos são igualmente ações – por trás desta categoria jaz, certamente, uma finalidade político-criminal.<sup>48</sup>

Ademais, não obstante as contundentes críticas lançadas ao conceito pessoal de conduta humana trazido por Roxin, em especial por se tratar de um conceito

---

<sup>47</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. ICPC, 2008. p. 94-95.

<sup>48</sup> GRECO, Luís. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 173.

amplo e demasiado vago, fato é que - dentro de sua concepção funcionalista do direito penal - sua formulação acerca do conceito de conduta revela-se amplamente coerente e totalmente compatível com sua finalidade político-criminal, deixando a cargo do intérprete aquilatar, com base nos cânones da política-criminal vigente, a existência de conduta, ou não, por parte do agente no caso concreto.

### 3.3.3 Tipicidade e a Teoria da Imputação Objetiva

Como visto anteriormente, a inclusão de critérios axiológicos na estrutura dogmática do delito sedimentou-se a partir da clássica obra de Claus Roxin, a qual buscou aproximar critérios que eram puramente dogmáticos em político-criminais, rompendo-se com a teoria então predominante com o advento de uma nova teoria orientada às funções do direito penal.

Surge, destarte, uma tendência segundo a qual o sistema de imputação jurídico-penal pode ser organizado, essencialmente, segundo as disposições teóricas preconizadas pelo finalismo (conduta humana, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), todavia, fulcrado, também, na ideia de que cada um dos elementos acima elencados deveria estar orientado à realização das funções estabelecidas para o direito penal, daí a denominação *funcionalismo*.

No que se refere à tipicidade, tema do presente tópico, em especial a análise do tipo objetivo, o funcionalismo trouxe aquela que para alguns seria sua maior contribuição, qual seja, o desenvolvimento da *teoria da imputação objetiva*.

Preliminarmente, insta salientar, que a *teoria da imputação objetiva* não foi desenvolvida por Claus Roxin conforme erroneamente sustentado por pequena parcela da doutrina pátria, tendo por marco-teórico os estudos de Feürbach, Samuel Pufendorf, Richard Höning e, em especial, dos jusfilósofo-civilista Karl Larenz.

Referida teoria consiste basicamente em um *conjunto de requisitos que fazem de uma determinada causação de um resultado naturalístico ou jurídico uma causação típica, violadora da norma*, excluindo-se, assim, algumas condutas que pelo sistema tradicional deveriam ser imputadas ao agente.

A elaboração de tais requisitos acaba por modificar o critério de imputação até então vigente, oriundo do finalismo, lastreado na mera relação de causa e efeito e

que até hoje se encontra descrita no artigo 13 do Código Penal Brasileiro, *verbis*: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

As situações aberrantes tinham, até o advento da teoria, que ser resolvidas através do segundo escalão analítico do conceito de crime (excludentes da antijuridicidade) ou até mesmo ficavam sem uma resposta adequada.

Exemplificando pense-se na hipótese do agente que age diminuindo um risco pré-existente. O caso trazido por Claus Roxin em sua obra refere-se ao pedreiro que, avistando a queda de uma viga sobre a cabeça de seu companheiro de trabalho, empurra-a sobre o braço de seu colega que acaba tendo seu membro amputado. Indaga-se: O pedreiro responderia pela lesão corporal de natureza gravíssima (perda de membro)?

Evidentemente que não, mas por quê? À luz da teoria finalista a conduta do agente seria entendida como objetivamente típica uma vez que a lesão corporal encontra-se prevista em lei como crime.

Ademais disso, quando da análise do *tipo subjetivo* também se deve afirmar que o pedreiro agiu com *dolo direto*, esse último entendido como consciência e vontade de realizar os elementos descritos no tipo objetivo (resta claro que o pedreiro tinha consciência e vontade de amputar o braço da vítima no lugar de deixar a viga cair sobre a sua cabeça). Outrossim, a situação acima descrita não se encontra exatamente naquilo que modernamente se entende por estado de necessidade. Qual seria então a solução? Porque não houve crime na hipótese trazida à guisa de exemplo? A teoria finalista não traz uma resposta a contento.

Para solucionar casos limites como o acima exposto, aprimora a denominada teoria da imputação objetiva, estabelecendo critérios para a imputação de um resultado típico, mas quais seriam esses critérios?

Fundamentalmente, dois.

O primeiro deles se consubstancia na criação de um risco juridicamente não permitido. Dessa forma, as ações que não criam riscos, ou seja, ações não perigosas, jamais podem ser consideradas típicas, ainda que eventualmente causem lesões.

O segundo requisito seria o da realização do risco no resultado. Para que se impute ao autor a causação de um resultado não basta que ele crie um risco não

permitido de um determinado resultado. É necessário, ademais, que o resultado decorra justamente desse risco, em outras palavras, que seja o resultado natural do perigo cuja produção o Direito houve por bem proibir.

Um exemplo clássico em que o risco não realiza no resultado é o famigerado exemplo da ambulância, onde a vítima, ferida pelo agente – o qual evidentemente criou um risco não permitido – vem a falecer em virtude de um acidente fatal ocorrido com a ambulância. Nesse caso, o risco criado pelo autor do fato, que é o de morrer em virtude dos ferimentos causados por sua ação de lesionar, não se realizou no resultado que fora substituído por outro, *in casu*, o risco de morrer em um acidente automobilístico.

Com base nos critérios acima apresentados: (a) *criação ou incremento de um risco não-permitido* e; (b) *realização do risco no resultado*, a teoria da imputação objetiva surge como uma resposta adequada a muitas questões limítrofes para as quais a teoria finalista não encontrava saída.

Registre-se, por derradeiro, que a natureza do presente estudo, não autoriza uma incursão mais aprofundada na análise acerca dos demais sub-critérios de imputação objetiva trazidos por Roxin em sua obra (nove no total), todavia, é de se ressaltar que o próprio autor reconhece que a teoria ainda se encontra inacabada, demandando uma maior sistematização por parte da doutrina em geral.

#### 3.3.4 Antijuridicidade

Percorrendo-se os escalões que compõem o conceito analítico de crime, chega-se, logo após a análise do tipo e da tipicidade objetiva e subjetiva, ao exame da antijuridicidade ou ilicitude. Com efeito, como é de conhecimento acadêmico, a ação típica, para que seja considerada criminosa, deve ser, igualmente, antijurídica, isto é proibida, contrária ao direito.

Segundo bem alinhavado por Juarez Cirino dos Santos: “em direito penal, a antijuridicidade é uma contradição entre ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões (...)”.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 217.

Em regra, toda ação típica já será antijurídica em decorrência da própria tipicidade, diz-se que a tipicidade indicia a antijuridicidade, pois o legislador somente descreverá uma ação em um tipo penal se ela normalmente for proibida. Este indício, contudo, pode ser infirmado.

Tal ocorre quando se verifica no caso concreto a ocorrência de uma das denominadas causas de justificação, ou excludentes da ilicitude.

No âmbito do ordenamento jurídico-penal brasileiro as excludentes da antijuridicidade encontram previsão legal no artigo 23 do Código Penal, a saber: **(a)** estado de necessidade; **(b)** legítima defesa; **(c)** exercício regular do direito e; **(d)** estrito cumprimento do dever legal, sendo certo afirmar ainda que, para grande parte da doutrina tradicional, o rol acima enunciado seria taxativo (*numerus clausus*), não se admitindo sua ampliação por parte do Estado-Juiz, mesmo diante de situações nitidamente injustas.

Com o escopo de evitar tais situações evidentemente incompatíveis com a moderna dogmática penal, o funcionalismo traça uma nova sistemática para o estudo da antijuridicidade, analisando-a, também, a partir de sua função político-criminal.

Para os funcionalistas o juiz, quando do julgamento de um caso concreto, deverá se valer de outras situações justificantes - que não as legalmente previstas no Código Penal – desde que condizentes com o programa de política criminal vigente em um determinado momento de desenvolvimento daquela sociedade.

Exemplificando, na hipótese de uma pessoa que cause lesão em outra pessoa plenamente capaz e com o seu consentimento (tatuagens, *piercings*, alargadores de orelha etc.), ficaria excluída a antijuridicidade da conduta com base em uma causa supra-legal de afastamento da antijuridicidade, qual seja, o consentimento do ofendido.

Analisar a antijuridicidade também sob o prisma de sua função político-criminal consiste em mais um avanço trazido pelo funcionalismo à análise da teoria finalista, evitando-se a aplicação de penas severas àqueles que praticam atos que, embora tipificados, tenham sido consentidos por parte da suposta vítima.

### 3.3.5 Culpabilidade

No que tange à culpabilidade - essa entendida como último elemento que compõe o conceito analítico de delito - a grande inovação trazida pelo sistema funcional-teleológico consubstancia-se na premente necessidade de sua expansão, transformando-a em algo maior, a saber, a uma categoria de *responsabilidade*.

À culpabilidade, enquanto condição indispensável de qualquer pena, deve ser acrescentada também a necessidade preventiva (geral ou especial) da sanção penal, de modo que culpabilidade e exigências de prevenção limitem-se reciprocamente, e só culminem com a responsabilidade do agente se forem concorrentes.

Ao se perfazer a análise desse último elemento do delito, deverá o intérprete perquirir acerca da necessidade de se impor uma pena de natureza criminal, não só sob o prisma dogmático realizando a análise dos demais elementos que compõem a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito), mas também sob o enfoque das teorias preventivas da pena.

Em verdade, tal raciocínio, embora não expressamente autorizado pelo ordenamento jurídico vigente, já é praticado nas hipóteses de estado de necessidade exculpante cujo exemplo mais emblemático é o vetusto caso da “tábua de salvação”. Nesse ponto, importante lembrar que a inexigibilidade de conduta diversa não encontra expressa previsão legal, tal como a obediência hierárquica e a coação moral irresistível.

Um outro caso limítrofe é o trazido por Cezar Roberto Bitencourt, ao analisar a seguinte situação: um terceiro estranho e um filho do agente, onde somente um pode ser salvo, e o terceiro está em melhores condições. Como proceder: deixar o próprio filho morrer para não matar o terceiro? E se preferir matar o terceiro para salvar o filho? Pode não ter agido de acordo com os fins ideais do Direito, mas se impõe a pergunta: seria exigível, nas circunstâncias, um comportamento diverso?<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 254.

Ao realizar os julgamentos dos casos acima, quase a totalidade dos juízes concluiriam pela absolvição do réu, mesmo inexistindo a supracitada excludente, entendendo não ser possível exigir outra conduta por parte do agente.

Para o funcionalismo, igualmente, mesmo diante da ausência de prévia autorização legal, deverá o magistrado absolver o acusado todas as vezes que a pena criminal não necessite ser vergastada, tampouco seja útil sua aplicação no caso lhe trazido à exame, seja por razões dogmáticas ou razões político-criminais.

Essa nova visão trata-se não somente de um considerável avanço no âmbito da ciência, como também revela um estreitamento entre duas searas comumente estudadas de forma estanque (a teoria do delito e a teoria de pena).

Nesse sentido, lapidar a observação de Luís Greco:

Se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em vista sua consequência, e os fins desta. A pena retributiva é rechaçada, em nome de uma pena puramente preventiva, que visa a proteger bens jurídicos ou operando efeitos sobre a generalidade da população (prevenção geral), ou sobre o autor do delito (prevenção especial<sup>51</sup>).

Dessa feita, inova uma vez mais o funcionalismo ao integrar dois planos teóricos que muitas vezes encontram-se divorciados no plano doutrinário e jurisprudencial, os quais, sem sombra de dúvidas, não podem ser analisados de forma separada. Como acima demonstrado, a verificação da prática delitiva, nem sempre deverá desembocar numa açodada e desmedida aplicação da pena por parte do Estado-Juiz.

Infere-se do acima exposto que no atual estágio de evolução das ciências humanas, em especial do Direito Penal, nada mais justifica o apego *seguro* do intérprete à letra da lei, em detrimento dos valores e princípios constitucionais que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

O novo direito constitucional (para alguns denominado *neoconstitucionalismo*) tema de nosso derradeiro capítulo, avança a passos largos.

O ambiente filosófico em que floresceram tais teorias foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a

---

<sup>51</sup> GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, p. 39, Jul. 2000.

elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional, todas elas, plenamente compatíveis com a visão funcional de delito.

A adoção de uma concepção funcionalista do sistema penal, além de se consubstanciar em um relevante avanço metodológico – ruptura com o paradigma finalista de base ontológica - revigora os métodos de interpretação dessa seara jurídica, dando-lhe maior rigor científico e conseqüentemente uma fortificação do sentimento de justiça por parte da população em geral.

Não se olvida, contudo, que tal tarefa não se revela fácil, mormente no âmbito do Direito Penal, onde o princípio da legalidade travestido de sua função garantista, inviabiliza, na maioria das vezes, a aplicação direta dos princípios vetores das garantias previstas pela Constituição Federal. Todavia, livres dos velhos grilhões do positivismo, talvez seja possível, num futuro próximo, desvendar o véu que recai sobre o *atraente* discurso de viés repressivo, trazendo à lume sua verdadeira face obscura e permeada por interesses econômicos.

## 4 O PAPEL CONSTITUTIVO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL

### 4.1 APORTES INTRODUTÓRIOS

O presente capítulo tem por objetivo abordar o papel do Poder Judiciário na garantia de direitos fundamentais, em especial no que se refere ao ordenamento jurídico-penal. Para tanto, abordar-se-ão inúmeros temas, dentre eles: a problemática atinente à separação de poderes, a superação do positivismo, as aproximações entre os sistemas de “*civil law*” e de “*common law*” e a proposta de adoção de uma democracia deliberativa, à luz das teorias elaboradas por Santiago Nino e Roberto Gargarella.

O papel criador do poder judiciário é hoje tema de relevância mundial, suscitando debates nos mais variados ordenamentos jurídicos. A aproximação entre os sistemas de “*civil law*” e de “*common law*” tem se revelado cada vez mais evidente, especialmente no Brasil, apresentando aludido fenômeno severos sinais de irreversibilidade.

Diante desse panorama fático mister se faz a realização de uma análise mais detida sobre os vários problemas suscitados por essa nova forma de inter-relação entre os poderes constituídos, visando com isso uma solidificação do regime democrático, bem como a adoção de um modelo garantidor de direitos fundamentais.

Passa-se, portanto, nos tópicos seguintes, a se realizar uma análise do desenvolvimento das teorias que deram azo a formação de ordenamento jurídico tal como hodiernamente concebido.

## 4.2 O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA PURA DE DIREITO DE HANS KELSEN

Antes de se realizar a incursão na discussão atinente ao papel constitutivo de direitos do Poder Judiciário, subleva-se importante analisar a teoria que o embasou, e que ainda exerce influência assaz contundente sobre a maneira de pensar e agir da esmagadora maioria dos membros do poder judiciário brasileiro, qual seja, a teoria pura do direito.

Longe de se realizar qualquer crítica, tal constatação é evidente na medida em que muitos dos magistrados atuantes foram educados, formados e lapidados sob a égide do positivismo puro de índole Kelseniana, o qual se passa a analisar minuciosamente nas linhas que se seguem.

Teoria pura do Direito – obra mais famosa de Hans Kelsen, exerceu (e ainda exerce) grande influência no Direito moderno. Preocupado com a necessidade de elevar o Direito à categoria de ciência, com o objeto e métodos próprios, buscou o autor traçar uma consistente linha divisória entre o Direito e as disciplinas afins tais como a Filosofia do Direito, a Sociologia do Direito, a Ciência Política, bem como de outras áreas do conhecimento científico, como a ética, a religião, moral etc.

Para o autor austríaco o objeto de estudo do Direito seriam tão-somente as normas postas, positivadas, sejam elas escritas ou não, como no caso dos costumes, não se preocupando, contudo, com questões atinentes ao conteúdo moral das normas jurídicas. Para Kelsen, justo ou injusto, correta ou incorreta, seriam questionamentos atinentes a outros ramos da ciência que não o Direito.

Esqueceu-se, assim, em consagração ao rigor metodológico de sua teoria, das dimensões sociais e valorativas do fenômeno jurídico, restringindo-o a uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, obtempere-se desde logo, não foi jamais a de negar os aspectos multifacetários de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao cientista do direito. Sua ideia era a de que uma ciência que se ocupasse de tudo corria o risco de se perder em debates estéreis.

A preocupação de Kelsen, ao descrever as características de uma ordem normativa, composta de dois tipos de sistemas: estático e dinâmico foi a construção

de uma teoria purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Pretendia, assim, elevar a Jurisprudência, que, aberta ou veladamente, se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência de espírito.

Em síntese, preocupava-se o autor tão-somente com os caracteres formais da norma, restringindo a análise da validade destas à verificação do atendimento dos requisitos formais exigidos pelo processo legislativo constitucionalmente previsto.

#### 4.3 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO SISTEMA NORMATIVO: A NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL

Sobre o fundamento de validade do ordenamento jurídico Hans Kelsen afirmava que:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.<sup>52</sup>

Extraí-se do raciocínio acima delineado, portanto, que para que uma norma seja válida, basta que encontre seu fundamento de validade em uma norma superior, trazendo embutida a ideia de hierarquia normativa (pirâmide) vastamente conhecida dos bancos universitários.

Em um exemplo singelo, todavia, emblemático, pode-se dizer que uma norma que institua que o genocídio é permitido sob determinadas condições será válida e juridicamente aplicável, desde que, na visão do citado autor, tenha sido elaborada de acordo com o processo legislativo constitucionalmente previsto.

Com efeito, não se discutirá a validade material da norma, tampouco se questionará a natureza de seu conteúdo, não se poderá indagar acerca da justiça ou injustiça de sua aplicação. O intérprete, *in casu*, o magistrado, se restringirá a analisar os caracteres formais da norma, descurando-se de seu conteúdo.

---

<sup>52</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 317.

Em consagração ao entendimento trazido pelo exemplo acima delineado, afirma o autor:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta (...) Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.<sup>53</sup>

Muito embora o exemplo pareça radical, fato é que no cotidiano forense penal, tal raciocínio é aplicado de maneira corriqueira, sendo de conhecimento notório as condenações de cidadãos acusados de furtar pequenas quantidades de frutas em grandes redes de supermercados, pequenas peças de veículos em montadoras multinacionais, uso de pequena quantidade de substância entorpecente etc. Tais condenações revelam em que medida a teoria elaborada por Kelsen exerceu e ainda exerce influência sobre a cultura jurisprudencial nacional.

Volvendo-se a teoria elaborada pelo autor cabe a seguinte indagação: mas qual seria o fundamento de validade de uma Constituição? Em que outra norma a Lei Maior encontra o seu próprio fundamento de validade? Para responder a essa questão Kelsen recorre à criação de uma ficção jurídico-normativa denominada por ele de norma hipotética fundamental.

Sobre o tema, oportuno trazer à lume a seguinte lição:

Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma **pressuposta** como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo o qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático<sup>54</sup>

Afirma-se assim, a necessidade de se pressupor uma norma hipotética fundamental que dê fundamento a todo sistema normativo subjacente, ou seja, crie-se um dogma, uma axioma, de que existe uma norma sem qualquer conteúdo que dá fundamento, validade e legitimidade a todo um ordenamento jurídico.

Com efeito, a ideia de norma fundamental trazida por Kelsen, embora transcendental, quiçá metafísica, revela total sintonia com a teoria por si idealizada,

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 345.

servindo de pedra de toque de um raciocínio lógico por ele amplamente desenvolvido em sua teoria.

Em trecho de sua obra, revela-se claro que a norma fundamental tem como principal função fundamentar a ordem jurídica positiva, sem se preocupar com questões de natureza ética ou política:

A norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão só uma função teórico gnoseológica.<sup>55</sup>

Registre-se aqui, que toda e qualquer teoria de natureza científica parte de um axioma, o qual não comporta questionamento, os exemplos da matemática são profícuos nesse sentido, e.g. se parte da premissa axiomática de que uma reta é infinita e composta por infinitos ligados entre si pontos. O que Kelsen faz de forma assaz contundente nada mais é do que construir uma teoria da norma partindo do pressuposto dogmático e inquestionável de que existe uma norma hipotética fundamental que serve de fundamento lógico e suporte de todo um arcabouço normativo.

Nesse sentido, leciona o doutrinador austríaco:

As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar de sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz.<sup>56</sup>

Feita essas breves considerações sobre o positivismo e a teoria pura do direito, passam-se nos tópicos seguintes às críticas lançadas pela doutrina em relação à adoção do modelo acima proposto na prática cotidiana da legislação ordinária, e em especial a da legislação penal.

---

<sup>55</sup> Ibidem, p. 348.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 378.

#### 4.4 APROXIMAÇÕES ENTRE OS SISTEMAS DE MATRIZ “CIVIL LAW” E DE “COMMON LAW”

##### 4.4.1 A Teoria dos Precedentes

Não obstante não seja objeto do presente estudo a análise exaustiva dos institutos oriundos do sistema de “*common law*”, mister se faz realizar uma breve incursão e análise sobre a natureza de tal sistema jurídico.

A *uma*, em razão do fato de que cada vez mais se pode constatar a tendência da jurisprudência brasileira, em especial a oriunda do Supremo Tribunal Federal, em aproximar o sistema legal pátrio ao sistema de índole anglo-saxã.

A *duas*, por conta da existência e criação de vários institutos que bem demonstram a aludida tendência, a saber: súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Dessa feita, revela-se salutar a análise desse fenômeno, ainda que de forma perfunctória.

Feito esse breve intróito, aprofunda-se o estudo da teoria de precedentes que embasa o sistema de *common law*, especialmente o foco sobre o denominado *stare decisis*.

A expressão *stare decisis*, não obstante sua vasta utilização nos países de tradição de *common law* de origem anglo-saxã, não retira a significância deste<sup>57</sup>, ao contrário, sua origem deriva do latim, cuja máxima era expressa pelo brocardo “*stare decisis et non quieta movere*”. Aludido cânone significa: “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. O termo *stare decisis*, vastamente difundido nas comunidades de tradição *common law*, portanto, nada mais é do que a abreviatura daquele brocardo latino.

Como a própria literalidade da proposição demonstra, o *stare decisis* correlaciona-se com a estabilidade do sistema, com a manutenção de suas decisões e entendimentos de forma a obter um ordenamento mais uniforme e conforme para todos.

---

<sup>57</sup> *Stare* em tradução livre do inglês significa olhar fixamente, fixar o olhar.

A viga-mestra dessa teoria é a manutenção e o respeito aos julgamentos anteriormente proferidos por seus órgãos jurisdicionais de forma que os julgamentos futuros venham a seguir aquilo já previamente “estabelecido”, constituindo uma regra de uniformidade do sistema.<sup>58</sup>

Conforme apontado por Luiz Guilherme Marinoni, sob a égide dos precedentes vinculantes, encontra-se a consagração do princípio da uniformidade - que também pode ser lido, em sua obra, como igualdade - no qual o juiz ao decidir uma questão nova deve ter em mente que não decide tão somente um caso concreto particularizado pelas partes que o compõem, mas, do mesmo modo, julgará um caso concreto que servirá como base para todo e qualquer litigante que se encontre em posição jurídica assemelhada.<sup>59</sup> Demonstra ser a vinculação dos precedentes uma tarefa que exige responsabilidade e respeito por parte do julgador, que, além de preocupar-se com a uniformidade do sistema, confere maior aplicabilidade ao princípio da igualdade.

---

<sup>58</sup> Existe, também, na tradição do *common law* a discussão acerca das teorias declaratória e constitutivas da jurisdição, contudo, no presente trabalho não se preocupará em esmiuçar cada uma delas, anotando-se, contudo, a advertência trazida por Luiz Guilherme Marinoni: “a verdade é que a criação judicial do direito não constitui um pressuposto para o *stare decisis*. O respeito ao passado é peculiar à teoria declaratória, com a diferença de que o precedente, ao invés de constituir, declara o direito costumeiro ou representa o próprio desenvolvimento dos costumes gerais, ou seja, o *common law*. De modo que, ainda que se admitisse a função judicial meramente declaratória, nada poderia indicar que o juiz estivesse menos disposto a respeitar o passado, assim como, mesmo que se aceitasse a criação judicial do direito, nada poderia assegurar que o juiz estaria obrigado a respeitar os precedentes. Esclareça-se que tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva foram obrigadas a admitir a revogação do precedente cujo conteúdo não pudesse ser reprisado sem gerar injustiça no caso concreto”. MARINONI, L. G. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** in **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**, v. 1, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

<sup>59</sup> “Under the principle of objectivity, courts are obliged to reason from propositions that are universal, that is, propositions the courts are ready to apply not merely to the parties to the immediate dispute, but to all similarly situated disputants who may come before them in the future. *Stare decisis* gives effect to this concept too. Under *stare decisis*, a court is on notice that if it chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obliged to apply the same proposition to all similarly situated disputants in the future. Thus *stare decisis* discourages a court from deciding cases on the basis of propositions it would be unwilling to apply to all similarly situated disputants. Another concept entailed by the principle of objectivity is even more salient in this area: the concept of evenhandedness, that like cases should be treated alike. The concept of universality instructs a court not to decide a case on the basis of a rule unless it is ready to apply the rule to all similarly situated disputants. The concept of evenhandedness instructs a court that all other things being equal, once the court has adopted a rule to decide a case it should indeed apply that rule to similarly situated disputants”. in MARINONI, L. G. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** in **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**, v. 1, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

A obediência aos precedentes enunciada pela doutrina do *stare decisis* não deve levar a conclusões apressadas, pois esta técnica não se presta a transformar a atividade jurisdicional em uma atividade desprovida de racionalidade, na qual o julgador é mera peça de um sistema quase que mecânico de obtenção de decisões, através da vinculação deste às decisões já previamente formatadas.

Ao contrário, o uso dos precedentes deve ser encarado:

como algo que ao mesmo tempo que orienta as pessoas e obriga os juízes, não imobiliza as relações sociais ou impede a jurisdição de produzir um direito consentâneo com a realidade e com os novos tempos.<sup>60</sup>

Em que pese a pretensão dos precedentes de se estabelecerem, no tempo, estes não são perpétuos e imutáveis. Aliás, sua possibilidade de alteração é algo essencial para a própria sobrevivência de sua doutrina. Mesmo quando se pretenda afastar a aplicação de determinado precedente, fica o julgador vinculado ao seu enfrentamento. Essa questão merece maior atenção, razão pela qual será tratada em momento próprio, mais adiante.

#### 4.4.2 A Possibilidade de Revisão dos Precedentes no Sistema de *Common Law* – Digressões sobre os Mecanismos de Revisão

Nascidos da análise de casos concretos, os precedentes nos sistemas de tradição de *common law* atual adquirem força obrigatória e, portanto, devem ser seguidos pelos juízos que julgarão os casos *a posteriori*.

Esses precedentes obrigatórios, além de trazerem estabilidade ao sistema, procuram, em verdade, imprimir maior certeza ao próprio ordenamento, tornando-o confiável ao cidadão que pode prever e planejar suas condutas conforme as regras que compõem o sistema jurídico vigente. Tais valores não podem assumir papel absoluto no sistema, tendo que ser complementados e, muitas vezes, até limitados, pelos demais valores que permeiam a sociedade. “No mundo do *common law*

---

<sup>60</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.

certeza e flexibilidade são vistos como valores que competem, cada um tendendo a limitar o outro.”<sup>61</sup>

É evidente que um precedente existe com pretensão de se estabelecer no tempo, todavia, admitir sua absoluta imutabilidade seria negar a própria vigência ao Direito, não ignorado de constituir um saber vivente e dinâmico.

Não são necessários maiores esforços para notar que um rápido olhar sobre o *stare decisis*, poderia levar à conclusão apressada de que essa teoria conduziria a um direito estático, permanente e inerte, sendo esses requisitos sobrepostos a quaisquer outros em nome da certeza e da segurança jurídica.

Como asseverado por Lucas Cavalcanti da Silva, “se de um lado prestigia a uniformidade da jurisprudência e a previsibilidade das decisões futuras, de outro, poderia impedir o desenvolvimento do Direito e a adaptação do entendimento dos tribunais à dinâmica social, tornando a jurisprudência obsoleta”<sup>62</sup>.

É de se admitir, mesmo na teoria do *stare decisis et non quieta movere*, existirem situações admitindo que determinados juízos afastem a aplicação do precedente já estabelecido, ou até mesmo o revoguem expressamente, sem que isso contrarie a própria natureza do *stare decisis*.

Mesmo na Inglaterra, onde a teoria do *stare decisis* já foi vista de forma quase inabalável, a modificação dos precedentes sempre existiu, todavia, camuflada sob outras estampas, as quais hoje não se justificam mais, sendo, hodiernamente, inegável a tangibilidade do instituto frente às necessidades de dinamicidade do Direito.

Neil Duxbury, citado por Maira Portes, aponta:

Os tribunais ingleses permaneceram, por muito tempo, inseguros a respeito da possibilidade de discordar e de revogar seus próprios precedentes. Nem a *House of Lords* era capaz de estabelecer uma linha de raciocínio coerente em seus julgamentos, e que fosse capaz de orientar as Cortes a ela subordinadas, tendo se pronunciado, por bastante tempo, no sentido de que os precedentes deveriam ser mantidos mesmo quando verificadas falhas jurídicas e processuais, a fim de preservar a segurança jurídica dos futuros

<sup>61</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉRZ-PERDOMO, Regelio. **The Civil Law Tradition: an introduction the legal system of Europe and Latin America**. Stanfons, Califórnia: Stanford Universuty Press, 2007. p. 48-49 *apud* DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas e convergência das tradições de Common law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Podivm, 2010. p. 11-52.

<sup>62</sup> SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 149-165.

litigantes, declarando, assim, sua imunidade à auto-revogação. A mudança de posicionamento foi anunciada com a elaboração do *House of Lords Practice Statement*, em 1966. Trata-se de uma declaração judicial amplamente controvertida no meio jurídico inglês, a qual estabeleceu, através de uma decisão de características peculiares, que a *House of Lords* poderia discordar de seus precedentes e revogá-los, desde que preenchidos determinados requisitos<sup>63</sup>.

Veja-se que, mesmo formalmente admitida a possibilidade de revisão de precedentes no Direito inglês, esta atividade é realizada de forma bastante criteriosa. A afirmativa encontra guarida no fato de que nas últimas décadas, as revisões da Suprema Corte do Reino Unido, não ultrapassaram a módica quantidade de um caso revisto por ano<sup>64</sup>.

Nos Estados Unidos da América, por seu lado, a flexibilização da teoria dos precedentes obrigatórios é algo mais corriqueiro como afirma Luiz Guilherme Marinoni<sup>65</sup>:

Nunca houve uma aplicação extremista do *stare decisis*, tanto que é normal que os juízes deixem de seguir determinados precedentes, sem que essa relativa facilidade indique violação ou enfraquecimento da sua força vinculante (*binding force*), uma vez que, ao optar por não seguir determinado precedente, o juiz deve justificar suas razões<sup>66</sup>.

Perceba-se, pois, que tanto em um quanto em outro caso o afastamento de um precedente não está inserido na esfera de liberdades do julgador. Ao contrário, em ambos os casos há necessidade de justificação da decisão que não aplica um precedente, demonstrando a conexão do juízo com o que foi decidido no passado, como forma de manutenção da coerência da Corte e do sistema jurídico como um todo.

Luiz Guilherme Marinoni, assevera, ainda, que a recusa injustificada e desfundamentada de um juiz a seguir um precedente pode ser equiparada à recusa ao cumprimento de uma obrigação moral, ou seja, até se admite o seu descumprimento, desde que sejam apresentadas razões suficientes.<sup>67</sup>

Costuma-se dizer que, se um juiz do *common law* não obedecer a um precedente sem o cuidado de assinalar qual a técnica utilizada, com a devida

---

<sup>63</sup> MARINONI, L. G. **Precedentes...** Op. Cit., p. 212.

<sup>64</sup> MARINONI, L. G. **Precedentes...** Op. Cit., p. 306.

<sup>65</sup> MARINONI, L. G. **Precedentes...** Op. Cit., p. 201.

<sup>66</sup> PORTES, M. Op. cit., p. 23.

<sup>67</sup> Idem.

argumentação necessária, certamente não retornaria jamais ao seu tribunal por vergonha de enfrentar os seus pares, posto que certamente seria taxado de três diferentes rótulos: na melhor das hipóteses, seria tido como insano, portador de alguma deficiência psíquica que atrapalhasse seu julgamento e afetasse suas faculdades mentais, ou, ainda, seria taxado de incompetente, ignorante, desprovido de inteligência, e, por fim, se nenhuma destas hipóteses pudesse ser aplicada, certamente seria taxado de corrupto.

A aplicação uniforme do Direito, prestigiada pelo *common law*, dá-se dentro de um sistema racional e lógico, não se podendo admitir que a estabilidade de tais decisões se deem com tamanho zelo e extremismo, vindo a significar a atuação do Direito divorciado dos anseios sociais e do efeito transformador do tempo. É imperioso que, quando da não aplicação de um precedente, ocorra a demonstração racional do porquê de sua inobservância, o que por si só já demonstra sua autoridade e respeito nessa tradição, em observação e reverência do passado, num sistema coerente e lógico.

Ademais, tratando-se de um sistema lógico, criado e gerido por homens, a falibilidade humana e a tendência do abuso do poder também não são elementos ignorados. Além das correções naturais do desvirtuamento das decisões em decorrência do tempo e da evolução natural da sociedade, a superação dos precedentes podem se dar, também, como forma de correção de erros ou inconsistências cometidas por julgadores que vieram a criar os precedentes, outrora obrigatórios.

Maira Portes anota:

Antes mesmo de ser uma ruptura, a revogação de precedentes ultrapassados ou errados representa a continuidade do *common law* e a sua congruência com a *statute law*, e uma de suas principais funções é o controle da discricionariedade do juiz, a qual, nas palavras de Cardozo, consiste em decidir o julgador dentro dos limites de sua competência. A discricionariedade implica na revogação eventual de alguns precedentes, não por ser facultado ao juiz, mas por ser imposto a ele que revogue o precedente que não mais serve ao direito, como forma de cumprir o papel de coesão interna e externa que o precedente ocupa no sistema jurídico. Trata-se, em última análise, de importante medida para os casos em que a corte observe o exercício impróprio desta discricionariedade, de maneira a evitar discrepâncias que possam afetar a noção de coerência necessária para a manutenção do sistema.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 45.

Não obstante, para que a possibilidade de afastamento, ou até mesmo alteração e revogação, dos precedentes seja possível, sem comprometimento da ordem vigente e dos parâmetros de segurança existentes, é preciso criar-se técnicas bem estabelecidas acerca dessas possibilidades. Evitando-se que o argumento de necessária evolução do Direito sirva de subsídio a intérpretes descomprometidos com a ordem vigente. As inovações promovidas na ordem estabelecida não podem, jamais, ser fruto da vaidade de uma ou outra autoridade que exerça sua atividade jurisdicional de forma tão independente que comprometa o sistema legal como um todo.

Vejamos, pois, em apertada síntese as principais técnicas de afastamento dos precedentes, seja por sua não aplicação, ou mesmo por sua superação e revogação diante das necessidades da sociedade.

Conforme já discutido, uma das questões mais importantes da doutrina do *stare decisis* é também uma das mais controvertidas e reside na perfeita identificação da *ratio decidendi*.

A compreensão real de tal instituto não é importante apenas para a aplicação de forma adequada dos precedentes obrigatórios, mas sua compreensão estende-se, igualmente em importância, para ser possível o afastamento, ou não aplicação do precedente, sem que isso venha a comprometer a segurança e confiança do sistema.

Nas três principais teorias estudadas a respeito da *ratio decidendi* é possível notar que os fatos apresentados no caso concreto em julgamento que virá a formar o precedente, possuem especial relevância.<sup>69</sup>

A *ratio decidendi* foi desta forma definida pela conjugação dos fatos concretos à regra de julgamento, de forma que aqueles fatos, concretamente considerados como relevantes à obtenção daquela decisão, pudessem sofrer algum grau de abstração, possibilitando a sua aplicação futura a casos assemelhados (*treat like cases alike*).<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Anote-se que mesmo na teoria de Wambaugh, tida como normativista, conferindo menor importância aos fatos com relação a regra de direito formada no precedente, é impossível negar que os fatos são elementos indispensáveis a formulação desta regra, ou como referido por Marcelo Alves Dias de Souza, constituem a ‘premissa menor’ que constrói a decisão.

<sup>70</sup> “Quanto mais geral ou abstrata é afirmação dos fatos, maior o número de casos subsequentes que cairão dentro do princípio que está sendo formulado, e, portanto, mais ampla *ratio* será. Por exemplo, em *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562, a *House of Lords* considerou que uma produtora de cerveja de gengibre poderia ser responsável para com o consumidor final de cerveja de gengibre se a

Essa abstração ou generalização dos fatos, que visa a possibilitar a aplicação dos precedentes, não pode ser vista de forma absoluta. A generalização dos fatos que serviram à construção da *ratio decidendi* deve ser realizada com racionalidade, e porque não dizer, responsabilidade.

Os fatos que originaram o precedente devem ser vistos de forma ampla, permitindo sua aplicação e utilidade ao sistema, mas de forma restrita, percebendo as distinções necessárias para que a isonomia seja efetivamente mantida. Isto implica dizer que a aplicação dos precedentes deve ser sensível para que casos iguais ou assemelhados efetivamente recebam o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário, contudo, dentro desta mesma perspectiva isonômica é preciso permitir que os casos diferentes recebam, na igual medida, tratamento diferenciado.

Para responder a este anseio, próprio de um sistema pautado na estabilidade e na preservação de seus julgados, como verdadeiras fontes de Direito, é que surge a figura do *distinshing*, que vem em resposta à adequação desse sistema à realidade fática, preservando-o em essência.

A técnica do *distinguishing* repousa, conseqüentemente, na não aplicação ou no afastamento do precedente estabelecido, diante de um julgamento concreto, quando este não preencha a qualidade de caso assemelhado, justificando a aplicação.

---

cerveja de gengibre foi contaminada durante o processo de engarrafamento/produção pela presença de um caracol morto, e um consumidor adoeceu ao beber a cerveja. Num extremo, isso poderia ser abordado num base bem limitada, na qual poderia ser argumentado que o caso é obrigatório só onde precisamente fatos similares voltem a aparecer. Nessa base, o caso limitado anterior não seria obrigatório para o caso posterior em que a bebida fosse limonada. Porém, é impossível ver por que, judicialmente, deveria haver alguma distinção entre a bebida de gengibre e a limonada, e, portanto, qualquer grau de sensibilidade aos assuntos do processo legal tomará evidente que seria desesperadamente irrealista procurar fiar-se em tal diferença. No mínimo, o princípio do caso deve ser capaz de ser aplicado a todos os itens de comida e bebida". (No original: "*The inure general, or abstract, the statement of the facts is, the greater the number of subsequent cases which will fall within the principle which is being Pt-mutated, and therefore the Crider the ratio will be. For example, in Donoghue v. Stevenson (1932) AC 562, the House of Lords hell that a manufacture of ginger beer could be liable to the ultimate consumer of the ginger beer if the ginger beer became contaminated during the manufacturing/bottling process by the presence of dead snail, and the consumer became ill as a result of drinking the ginger beer. At one extreme, this could be approached on a very specific basic, as a result of which in could be argued that the case is binding only where precisely similar facts recur. On this basic the earlier case would not be binding in a later case where the drink is lemonade, however, it is impossible to see why, as a matter of law, there should be any distinction between ginger beer will make in apparent that it would be hopelessly unrealistic to seek to rely on such a distinction. At the very least, the principle of the must be capable of applying to all itens of food and drink*". McLEOD, Thomas Ian. **Legal Method**. 2. ed. Londen: Macmillanm 1996. p. 141. apud SOUZA, M. A. Dp. 136-137.

A distinção entre casos (*distinguish*) pode ser promovida quer pela corte vinculante, quer pela corte vinculada, e corresponde a não-aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente incluir-se no âmbito normativo de seu *holding* [*ratio decidendi* e *obiter dicta*], ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado<sup>71</sup>.

Diferente do que possa parecer, a não aplicação de um precedente não representa uma quebra ou um desrespeito à teoria dos precedentes e do *stare decisis*, ao contrário, apresenta-se como uma técnica de aprimoramento dessas instituições, quando corretamente aplicada.

Em termos conceituais, o “*distinguishing* expressa a distinção entre casos para efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente.”<sup>72</sup>

O julgador, ao se deparar com um caso concreto, deve analisar prudentemente se a situação fática apresentada está inserida na *ratio decidendi* de algum precedente estabelecido, ou melhor, deve identificar o precedente aparentemente aplicável ao caso, identificar sua *ratio decidendi* e então confrontá-la com o caso concreto.

Se a resposta obtida através deste exercício hermenêutico apresentar uma solução adequada ao caso concreto, obviamente, o precedente é aplicado de forma impositiva. Contudo, a questão surge quando, desta análise, é alcançada conclusão diversa, ou seja, a *ratio decidendi* revela-se incompatível ao caso concreto, à medida que as situações fáticas confrontadas exigem tratamento diverso, porque materialmente diferentes.

É nesta esfera que se dá a diferenciação dos casos na análise da necessária proteção adequada - e diversa - a casos diversos.

Marcelo Alves Dias de Souza, traz um exemplo apto a ilustrar essa aplicação:

Em *Bridges v. Hawkesworth* [1985] LI 21 QB 75, a um consumidor foi reconhecido o Direito de guardar o dinheiro que ele encontrou no chão de uma loja. Diferentemente, em *South Staffordshire Water Company v. Sharwood* [1896] 2 QB 44, a uma pessoa que encontrou dois anéis de ouro

---

<sup>71</sup> SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 149-165

<sup>72</sup> “*Distinguishing is what judges do when they make a distinction between one case and another*”. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, p. 113 *apud* MARINONI, L. G. **Precedentes...** Op. cit., p. 326.

na lama do fundo de um reservatório de água não foi reconhecido o direito de retê-los, porque o lugar em que os achou não estava aberto ao público<sup>73</sup>.

O *distinguishing* permite que o Direito seja algo vivo e conectado à realidade atual da sociedade, todavia, a utilização de tal técnica não deve servir ao desvirtuamento do sistema, permitindo que cada caso seja tratado de forma diversa. Ao contrário, a existência de tal técnica serve ao aprimoramento do sistema conferindo maior legitimidade e credibilidade. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni:

É interessante notar que o sistema de precedentes, quando visto a partir da técnica da distinção, sem perder a sua função de preservação da estabilidade, torna-se maleável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito, dando conta das novas realidades e das situações que, embora antigas, não foram anteriormente tratadas, sem que, com isso, seja preciso o rompimento do sistema ou a revogação do precedente que ainda necessário e suficiente para tratar das situações que contemplou desde sua origem. Portanto, realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito.<sup>74</sup>

Note-se, ainda, que a utilização do *distinguishing* ou pelo menos sua possibilidade, é a real garantia de que a atividade jurisdicional não se tornou algo mecânico ou irracional.

Antagonicamente, o dever e o poder conferido aos magistrados, de racionalmente apreciarem de forma pormenorizada e fundamentada cada caso que lhes são apresentados, é que torna possível o controle desta atividade pelas partes, salvaguardando o caráter democrático do processo e do sistema.

Observe-se que o *distinguishing* se dá no seio de um processo judicial, ou seja, sua formação se dá, não apenas diante de um caso concreto, mas através de uma relação dialética que o circunda. O *distinguishing* ocorre mediante a observância do devido processo legal, do contraditório e do controle dessa decisão.

Não obstante ser esta a técnica mais utilizada para o afastamento da aplicação de um precedente, seu uso não deve se dar de forma aleatória e irresponsável, apenas para acobertar divergência pessoais de um ou outro julgador.

---

<sup>73</sup> “In **Bridges v. Hawkesworth** (1985) Li 21 QB 75, a customer was held to be entitled to keep money which he had found on the floor of a shop. By way of contrast, in **South Staffordshire Water Company v. Sharwood** (1896) 2 QB 44, the finder of two gold rings in the bottom of a reservoir was held to be not entitled to retain them, because the site of the finding had not been open to the public”. MACLEOD, Thomas Ian. *Op. cit.* p. 146 *apud* SOUZA, M. A. D. *Op. cit.*, p. 143.

<sup>74</sup> MARINONI, L. G. **Precedentes...** *Op. cit.*, p. 332.

Duxbury, citado por Luiz Guilherme Marinoni, considera esta situação, advertindo que:

O juiz que tenta “distinguir” casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juizes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atitude como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e a sua decisão questionada. O fato de os juizes terem o poder de ‘distinguir’ não significa que eles podem negar os precedentes quando lhes for conveniente.<sup>75</sup>

Crackell, citado por Marcelo Alves Dias de Souza, igualmente, pondera acerca da possibilidade má utilização da técnica:

The *American Realist School of Philosophy*, em seu extremo, argumenta, que o que é importante não é tanto o que um juiz diz, mas o que ele faz: isto é, ele tem uma grande liberdade para ignorar decisões anteriores, e seguir suas próprias opiniões - indiferentemente de como ele “veste” a decisão em seu julgamento. É verdade que, em alguns casos, os Juiz realmente dão uma credibilidade extensa demais à distinção. Em *Jones v. Secretary of State for Social Services* (1972) AC 944 (HL), Lord Reid afirmou: É notório que, quando a decisão existente é desaprovada, na não pode ser revogada, as cortes tendem a distingui-la em bases inadequadas. Eu não penso que eles ajam erradamente fazendo isso, eles estão adotando a menos imperfeita das únicas alternativas abertas a eles. Mas isso está fadado a causar incerteza (...).<sup>76</sup>

É nesta esteira que a força do precedente se renova no *distinshing* na exata medida em que o julgador que o aplica, desaplicando o precedente, assume o ônus argumentativo de bem demonstrar suas razões, enfrentando a fundo o precedente afastado em confronto com o caso concreto, que ora lhe é apresentado, e, ainda, proferindo nova decisão, ou decisão inédita no sistema, o que igualmente exige

---

<sup>75</sup> “The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless or dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. That judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them” DUXBURY, Neil. *Op. cit.*, p. 114 apud MARINONI, L. G. **Precedentes...** *Op. cit.*, p. 327.

<sup>76</sup> “The American Realist School of Philosophy, at its extreme, argues that what is important is not so much what a judge says but what he does: that is, he has a great liberty to ignore previous decisions and follow his own views – regardless of how he ‘dresses up’ his decision in his judgment. It is trite that in some cases judges do stretch credibility a little far in distinguishing. In *Jones v. Secretary of State for Social Services* (1972) AC 944 (HL), Lord Reid stated: It is notorious that where an existing decision is disapproved but cannot be overruled courts tend to distinguish it on inadequate grounds. I do not think that they act wrongly in so doing, they are adopting the less bad of the only alternatives open to them. But this is bound to lead uncertainty [...]”. CRACKELL, D. G. **English legal system textbook**. 15. ed. London: HLT Publication, 1995. p. 100 apud SOUZA, M. A. D. *Op. cit.*, p. 144.

robusta fundamentação fática e jurídica, posto que sujeita a rigoroso controle e apta a gerar um novo precedente.

A responsabilidade e a prudência necessárias à utilização dessa técnica que permite a flexibilidade da doutrina do *stare decisis* se faz pela evidente razão que o uso indiscriminado do instituto poderia levar à ruína a própria doutrina dos precedentes obrigatórios, porquanto, paulatinamente, estaria a minar seus pilares fundamentais de estabilidade e confiança.

Luiz Guilherme Marinoni adverte que:

o precedente perde naturalmente a sua autoridade e credibilidade quando se torna *very distinguished*. Quer dizer que a distinção por si só, não revela a fragilidade do precedente, embora o excesso distinções possa ser sinal de enfraquecimento da sua autoridade.<sup>77</sup>

O *distinguishing* é uma técnica sinalizada por uma linha bastante tênue, porém, impondo uma abissal diferença quanto a sua valoração: se bem utilizada pode constituir-se em uma pedra fundante da estrutura dos precedentes, sendo indispensável na sua conservação, enquanto sistema harmônico capaz de responder às querelas da sociedade e do Direito, contudo, se ultrapassada a linha acima traçada, pode se tornar uma arma fatal, aniquilando por completo a segurança e as estruturas desse sistema. O *distinguishing* não pode ser instrumento para a revogação, mesmo que camuflada de um precedente. Ao contrário, esta técnica, como visto, mantém hígido o precedente confrontado, apesar de não aplicá-lo, podendo construir um novo precedente, que não se conforma substancialmente com o precedente afastado, porém não o nega.

Não se pode ignorar que, em alguns casos, a técnica da distinção não é suficiente à manutenção do sistema uma vez que está apta a resolver questões de erro de julgamento.

É preciso existir mecanismos próprios e aptos para promover a verdadeira revogação de um precedente equivocado ou inadequado à solução dos casos atuais. Estes são os instrumentos que passam a ser estudados.

---

<sup>77</sup> MARINONI, L. G. **Precedentes...** Op. cit., p. 328.

#### 4.4.3 O Método do *Overruling*<sup>78</sup>

A elaboração de técnicas de raciocínio para revogação de precedentes, nos países de *common law*, passa pela compreensão de que este sistema está pautado pela coerência do ordenamento. Esta coerência não se dá apenas pela harmonia entre as normas editadas pelo Poder Legislativo e, eventualmente, pelo Poder Executivo, e entre estas e a Constituição - como ocorre nos países adeptos do sistema de *civil law* - mas depende, em grande parte, do que é decidido nos tribunais e da “coerência entre as decisões do passado e as decisões venham a ser proferidas, assim como entre o que é decidido pela Corte Suprema e o que é decidido pelas Cortes a ela subordinadas”<sup>79</sup>.

Não obstante, a coerência do sistema também está pautada nos anseios da sociedade, fazendo com que as decisões possam ser alteradas quando aquelas fórmulas (*ratio decidendi*) - que por muito tempo norteado o sistema -, não ofereçam mais solução aos problemas apresentados pelos casos concretos atuais, com as mesmas características de justiça e certeza de outrora.

Por isso, é tão importante o estabelecimento de regras e princípios que venham a gerir essa alteração de entendimentos, permitindo que o sistema continue apto a responder às questões postas pela sociedade, sem comprometimento ou conflito com o sistema vigente pautado na doutrina do *stare decisis*.

Disso advém a aparente divergência do *overruling* com as demais formas de raciocínio jurídico, que é apenas ilusória. A revogação passa a fazer parte da própria história do precedente e significa, tão somente, uma suave mudança no seu percurso.

---

<sup>78</sup> “Os instrumentos de revogação de precedentes são tratados sob duas denominações gerais, preponderantes na doutrina: *overturning* e *overruling*. Melvin Eisenberg conceitua *overturning* como a denominação comum de todas as formas de raciocínio jurídico que venham a acarretar na revogação total ou parcial de um precedente, sendo o *overruling* a revogação total, a forma mais extrema. Outros autores, no entanto, utilizam a palavra *overruling* para designar a forma geral de revogação de precedentes, apenas diferenciando os graus de revogação, de parcial a total, e as outras técnicas de revogação que são aplicadas de maneira diversa”. (PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 103-128. Neste aspecto adota-se o *overruling* como forma específica de revogação total de precedentes, as demais técnicas de alteração de precedentes serão tratadas em tópico específico adiante.

<sup>79</sup> DUXBURY. Neil. Op. cit., p. 113. *apud* PORTES, M. Op. cit. p. 23.

Como as demais formas de raciocínio jurídico, a revogação é governada por uma série de princípios, sendo que dois em especial determinam suas condições de desenvolvimento, como apontado pelo jurista estado-unidense Melvin Aron Eisenberg, citado por Luiz Guilherme Marinoni<sup>80</sup>. São eles: i) princípio da congruência social e consistência sistêmica: pelo qual um entendimento deve ser revogado se falhou em satisfazer os padrões de congruência social e consistência sistêmica<sup>81</sup>; ii) princípio da estabilidade jurisprudencial, pelo qual o entendimento deve se revogado também quando os valores que conferem estabilidade ao entendimento jurisprudencial e ao princípio do *stare decisis* – isonomia (*evenhandedness*), proteção da confiança justificada, prevenção da surpresa injusta, reprodutividade e fundamentação – não serviriam melhor à preservação desse entendimento do que à sua revogação<sup>82</sup>.

Conforme ressalta Melvin Aron Eisenberg, mais uma vez citado por Luiz Guilherme Marinoni, para que uma regra jurídica seja considerada sólida e estável é necessário que suas proposições sejam aplicáveis socialmente, se esse entendimento, consubstanciado em um precedente obrigatório, falhara por não possuir congruência social e consistência sistêmica, perdeu obviamente esta qualidade de obrigatoriedade.

A congruência do sistema jurídico requer a persecução do ideal de isonomia (*evenhandedness*), o que se alcança pela garantia de consistência dos resultados

---

<sup>80</sup> EISENBERG. M. A. in MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. p. 103-128. Neste aspecto adotares o *overruling* como forma específica de revogação total de precedentes, as demais técnicas de alteração de precedentes serão tratadas em tópico específico adiante.

<sup>81</sup> Importante anotar que conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni, Melvin Aron Eisenberg trata como modalidade autônoma de revogação (*overturning*) de precedentes a técnica da elaboração de distinções inconsistentes (*The Drawing of Inconsistent Distinctions*) pela qual um juízo poderia deixar de aplicar a regra de um precedente quando as proposições sociais que fundamentam a regra são inconsistentes com a regra vigente, sem, contudo, revogá-la. Por esta técnica não haveria um revogação total do precedente (*overruling*), mas apenas uma superação parcial deste entendimento. Esta prática se justificaria, em contrapartida ao *overruling*, quando a revogação parcial do precedente se der num juízo provisório sobre congruência social do entendimento subjacente, ou quanto ao nível de generalidade, ou ainda, como forma de demonstrar a preocupação com a confiança justificada, servindo de certa forma como elemento preparatório ou mesmo legitimador do *overruling*. (Ibidem, p. 136-140). A técnica da *drawing of inconsistent distinctions* será analisada mais adiante neste trabalho em tópico específico.

<sup>82</sup> “*The first principle that governs overruling is as follows: A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis—the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling, Call this the basic overruling principle*”. Ibidem, p. 105.

(entre casos iguais), ou pela aplicação coerente dos princípios que determinam a forma do julgamento dos casos.

Perceba-se que a aplicação de precedentes não correspondentes mais aos anseios da sociedade são, em verdade, uma ilusão de que a isonomia está sendo respeitada. O suposto tratamento igualitário das partes envolvidas no caso precedente e no caso presente, não leva em consideração que, muitas vezes, as mudanças no contexto social transformam também o papel das pessoas envolvidas no processo. Conceder o mesmo tratamento dado às partes nos casos anteriores (pautados no precedente) ao caso presente, portanto, não representa, necessariamente, conceder tratamento isonômico.

A preservação desse tipo de entendimento (de manutenção de precedentes descomprometidos com as alterações sociais) pode ocasionar, justamente, o repudiado tratamento diferenciado. As pessoas, às quais o precedente se aplicava, não estão em iguais condições àquelas que se agora demandam a aplicação de um Direito atual. Conferir tratamento igualitário é conferir a todos o tratamento adequado às suas realidades.

Ilustrando a teoria, a tese de excludente de responsabilidade civil das instituições de caridade por danos causados aos seus beneficiários. Narra Luiz Guilherme Marinoni que, embora seja a regra do sistema que um diretor é responsável por seus próprios erros e indiretamente responsável pelos erros de seus empregados, nos Estados Unidos, até a década de 1940, existia uma exceção bem delimitada quanto a essa regra. Naquela época as instituições beneficentes não tinham o dever de indenizar seus beneficiários por falhas na prestação de serviço – pautada na presunção de que os usuários de seus serviços, de certa forma, assumiam os riscos pelos serviços recebidos.

Esta interpretação vinha do raciocínio de a imunidade das instituições de caridade, quanto aos danos causados, decorrer de quatro principais razões: i) a concessão de indenização, fora dos fundos da fundação, violaria seus propósitos; ii) a responsabilidade indireta somente guardaria pertinência diante das instituições com fins lucrativos; iii) caberia aos beneficiários dos serviços prestados por entidades beneficentes a assunção dos riscos; iv) a imputação de responsabilidade as entidades beneficentes desencorajaria as contribuições por estas prestadas e prejudicaria os consumidores de seus serviços e o público geral dos beneficiários da caridade.

Este posicionamento fora firmado em uma época em que as instituições de caridade eram pequenas e simples, e exerciam a função de preencher os espaços relativos ao bem-estar da sociedade não atendidos pelo governo, sendo a sua manutenção essencial para a comunidade em que atuavam – como era o caso do único hospital que atendia uma pequena comunidade.

Entendia-se que os danos sofridos por alguns particulares deveriam ser ignorados em benefício da manutenção do atendimento à comunidade em geral.

Na metade do século XX, a diferenciação entre os beneficiários de serviços prestados por entidades beneficentes, quanto à assunção implícita dos riscos, foi paulatinamente sendo derrubada por uma nova concepção de responsabilidade. As políticas públicas foram alteradas com relação às instituições de caridade e na concepção moral desse tipo de serviço. Ao contrário da realidade conformadas por aquelas decisões tomadas no passado, agora estas associações formatavam-se em grandes corporações burocráticas e amplamente financiadas, inclusive, por setores da sociedade privada. Era plenamente aceitável que os custos relativos às indenizações passassem a integrar a relação de despesas normais dessas instituições.<sup>83</sup>

A modificação da realidade concreta demonstrou que o precedente firmado anteriormente, não se adequava mais às necessidades da sociedade e por isso, passou a sofrer modificações. Tamanhas foram as exceções ao precedente que conferia imunidade às sociedades beneficentes, que este deixou de ser a regra. As exceções, ao invés de pontuais, passam a ser gerais, assim, justificando a superação completa do precedente. A própria situação original que deu forma ao precedente não existia mais, e as distinções passam a formar o próprio precedente superado.

O princípio, aplicado no exemplo acima, foi integrado pelos valores de igualdade, proteção justificada da confiança, prevenção da surpresa injusta, reprodutividade e sustentabilidade. No exemplo acima, as inconsistências foram sendo apontadas nos casos concretos, novos precedentes foram surgindo, contendo o entendimento adequado às realidades atuais, fulminando, pouco a pouco, a confiança depositada no precedente originário.

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 106-110.

Não basta que haja inconsistências sociais e sistêmicas de determinado precedente, o entendimento consolidado pela doutrina do *stare decisis* só deve ser revogado quando ponderados os valores acima enunciados e, a partir deles, concluir-se que, da análise daqueles fatores, a revogação de um precedente será de fato útil aos anseios gerais da sociedade.

A revogação de um precedente desvinculada dos valores sociais enunciado, ao invés de configurar a manutenção e a evolução do sistema jurídico, poderia gerar a sua decadência e o seu descrédito.

Os princípios da proteção à confiança e da vedação à surpresa na manutenção ou revogação de um precedente são derivados, pois, da própria estabilidade da jurisprudência. Uma jurisprudência estável não é aquela imutável, mas aquela na qual se pode confiar, apesar de suas modificações.

A confiança que merece proteção do Estado é aquela apoiada nos precedentes que permanecem sendo reproduzidos pelo Poder Judiciário, servindo de sustentação a julgamentos presentes, sem que haja consideráveis exceções a sua aplicação capazes de fulminar sua força.

A existência de incongruências ou inconsistências, como no exemplo acima, vinham sendo aos poucos apontadas pelas exceções realizadas nos casos concretos, demonstrando que o precedente, apesar de ainda vigente, não merecia mais confiança.

Não havendo mais confiança justa no precedente permite-se a sua revogação em favor da sociedade. Neste raciocínio a confiança que merece proteção é aquela capaz de gerar comportamentos jurídicos condizentes com a norma e suas consequências. Advirta-se, pois, que se o entendimento revogado não dizia respeito a regras de conduta primária, ou seja, àquela conduta efetivamente seguida ou confiada pelo cidadão, mas apenas a certos elementos secundários, não haverá que se falar em modificação substancial do posicionamento do julgador quanto à determinada questão, e não representará, portanto, quebra da confiança, uma vez que, neste espectro, não há que se falar em confiança acerca da conduta a ser seguida em conformidade em este ou aquele precedente. Nestes casos, portanto, o precedente pode ser revogado apenas por ser socialmente incongruente e sistemicamente inconsistente.

O mesmo que se disse sobre o princípio da confiança pode ser aplicado, também, ao princípio da prevenção da surpresa injusta, com a ressalva de que não

pode ser invocado quando for possível identificar que a tese exposta no entendimento revogado carecia de sustentação moral e social.

Com efeito, na Inglaterra, a regra geral no *stare decisis* é a de que o poder de revogação pertence somente à Corte Superior para a prolatora do precedente, ou pela própria Suprema Corte quanto aos seus entendimentos, como forma de manutenção da hierarquia entre os tribunais, e da coerência no desenvolvimento do Direito, de forma que as inovações doutrinárias sejam aplicadas, inicialmente, pelas Cortes Superiores, para que gradualmente sejam adotadas pelas Cortes inferiores.

Assim, os requisitos para a autorevogação são: i) a Corte deve estar convencida de que o novo posicionamento acerca da questão tratada pelo precedente significará uma evolução no direito; ii) não será revogada decisão quando, muito embora o contexto atual aponte para uma solução mais adequada, o contexto da decisão não permitia tal solução (o erro de julgamento deve recair sobre algum princípio fundamental, evitando-se, assim, a revogação em decorrência de, por exemplo, modificação no quórum de julgamento); iii) a revogação não pode recair sobre precedente amplamente utilizado pelos cidadãos para orientar suas condutas sem que haja forte razão para isso, a fim de preservar-se a confiança dos jurisdicionados; iv) deve-se observar se o precedente não serviu de base para a promulgação de lei, constituindo presunção de validade do direito declarado; v) a revogação não deve recair sobre alguma questão que não tenha interesse prático, mas tão somente acadêmico.<sup>84</sup>

Resta evidente que, mesmo os princípios sendo tratados de forma mais detalhada, abrindo seu leque de abrangência, em essência não se afastam dos princípios informadores de revogação no Direito estadunidense.

Contudo, uma distinção é necessária. Como já visto, apesar do *common law* ter como fonte primária a jurisprudência, não se pode ignorar que haja, também, produção legislativa como fonte do Direito. É exatamente nisso que reside a diferenciação entre as doutrinas acima apresentadas, tendo em vista que CROSS expressamente inclui, nos princípios básicos para a revogação de precedentes, a necessidade de observação se estes precedentes geraram produção de outras normas, igualmente fonte do Direito.

---

<sup>84</sup> CROSS, Rupert. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 140-142 *apud* PORTES, M. Op. cit., p.16.

Feita essa breve digressão acerca do sistema de *common law* e seus respectivos métodos de evolução, passemos à análise do contexto pós-positivista e suas consequências no âmbito dos direitos fundamentais.

#### 4.5 DA SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO E A INTRODUÇÃO DE VALORES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Superado o paradigma positivista, introduziu-se no direito a ideia de que a teoria dos valores (axiologia) deveria ser levada em consideração tanto pelos responsáveis pela criação como pelos aplicadores da norma.

Iniciam-se no mundo acadêmico, assim, inúmeros debates acerca da introdução da moral no âmbito jurídico, surgindo inúmeras teorias a respeito de qual seria a função precípua do direito, não apenas como ciência, mas como meio de concretização e modificação da vida dos cidadãos.

John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Cass Sunstein, dentre vários outros expoentes da doutrina jurídica moderna debruçaram-se sobre o tema, razão pela qual se faz necessária uma sucinta e despretensiosa síntese do que pensavam tais doutrinadores, a iniciar por Habermas.

A questão sobre a relação entre moral racional e direito positivo consiste em como compreender os processos de socialização e de integração social sob condições complexas e plurais.

Diante da pluralidade de valores existentes no contexto cultural mundial, não se revela mais possível a adoção de um *ethos* único capaz de coordenar e regular as ações nas relações entabuladas entre as pessoas. Como encontrar, assim, uma maneira de regular a relação entre os cidadãos e os conflitos que daí surgem e como as regras sociais podem ser justificadas como válidas e aceitas pelos atores aí envolvidos?

Para Habermas a solução para essa questão implica na criação de uma chave interpretativa na qual a moral racional e o direito positivo moderno se diferenciam sem se excluir mutuamente, havendo uma nítida relação de complementaridade entre eles. Segundo o autor o direito hodierno apresenta um

duplo aspecto de validade, a saber, ele possui o elemento de índole coercitiva, todavia, convive com a necessidade de se garantir a liberdade.<sup>85</sup>

O autor não limita a sua análise da democracia à esfera da filosofia política. Habermas afasta-se de Rawls na forma e no conteúdo da concepção de democracia e, ademais, amplia a sua análise para esferas como a teoria social e a filosofia da linguagem, criando, assim, uma ética do discurso. O próprio Habermas afirma que a teoria da Justiça de Rawls foi um marco na história da filosofia prática. Para o autor alemão, a obra de Rawls retomou questões morais essenciais que estavam relegadas há muito tempo. Habermas se preocupa em erigir, em sua ética do discurso, um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo.<sup>86</sup>

Para tanto, apresenta a esfera pública como o espaço privilegiado em que as normas emergentes do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação para então poderem, por meio do processo decisório, ter espaço no âmbito estatal. Habermas elabora um modelo fortemente procedimental de democracia deliberativa.

Denomina-se tal modelo como procedimental porque deixa em aberto os possíveis resultados da deliberação. Vale dizer, os princípios a serem aplicados devem encontrar a sua justificação no curso do próprio processo deliberativo. Daí a ideia de que as maiorias estão impedidas de tomar decisões que obstaculizem a realização das condições procedimentais da própria democracia.

Para o autor a democracia só se concretiza quando os atores sociais de uma determinada sociedade conseguem chegar a um consenso após um debate efetivo e em que todos ostentem condições igualitárias de transmitirem suas ideias. Como exemplo da adoção do ideal pensado por Habermas, verificam-se no Brasil alguns exemplos de sua efetivação.

Inicialmente mister se faz lembrar das audiências públicas que funcionam como instrumento do diálogo estabelecido com a sociedade na busca de soluções

---

<sup>85</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002. p. 65-66.

<sup>86</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 65-66. Kant formulara a questão fundamental da moral de tal forma que ela podia encontrar uma resposta racional: em casos de conflito, devemos fazer aquilo que é igualmente bom para todas as pessoas. Sem recorrer aos pressupostos fundamentais da filosofia transcendental de Kant, Rawls renovou esse princípio, com vistas à justa convivência entre cidadãos de uma comunidade política. Assumindo uma posição de vanguarda contra o utilitarismo, por um lado, e o ceticismo, por outro, diante dos valores, ele propôs uma leitura intersubjetivista do conceito kantiano de autonomia: agimos de forma autônoma quando obedecemos estritamente às leis que todos os envolvidos poderiam aceitar com boas razões, com base em um uso público de sua razão.

para as demandas sociais tratando-se de um espaço de conversação aberto para a co-construção de soluções para as questões apresentadas pelos cidadãos. Ela propicia ao particular a troca de informações com o administrador, bem assim o exercício da cidadania e o respeito ao princípio do devido processo legal em sentido substantivo.

O fundamento prático da realização da audiência pública consiste do interesse público em produzirem-se atos legítimos, do interesse dos particulares em apresentar argumentos e provas anteriormente à decisão. A audiência pública tem importância material porque é ela que dá a sustentação fática à decisão adotada. Quem mais se beneficia de seus efeitos são os próprios particulares, considerada a prática de uma administração mais justa, mais razoável, mais transparente, decorrente do consenso da opinião pública e da democratização do poder.

Para que esse modelo de democracia deliberativa se concretize, os sujeitos devem se reconhecer mutuamente como livres e iguais e interagir entre si sem a pretensão objetivadora de garantir o próprio sucesso. Somente por meio desse “agir comunicativo” os participantes podem “adotar o enfoque performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. O objetivo da ética discursiva de Habermas é, assim, estabelecer um acordo racionalmente motivado quando houver um conflito normativo. Para tanto, Habermas recorre a um modelo de amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e prevalece a força do melhor argumento.

Esse modelo de Habermas:

Impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: a não limitação, ou seja, ausência de impedimentos à participação; a não violência, inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.<sup>87</sup>

Dessa forma, na medida em que os participantes aceitam entrar em uma práxis de entendimento cooperativo, eles também aceitam tacitamente a condição de consideração simétrica ou uniforme dos interesses de todos. Tal práxis *“somente pode ser bem-sucedida se todos e cada um estiverem dispostos a convencer os*

---

<sup>87</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 38.

*outros e a se deixarem convencer por outros, todo participante sério precisa examinar o que é racional para ele naquelas condições de consideração simétrica e uniforme dos interesses*<sup>88</sup>.

Diante disso, é certo que em países periféricos como o Brasil, onde grande parte da população está à margem do processo decisório, os desafios são maiores.

Ainda nessa mesma trilha ideológica tem-se outro exemplo interessante da prática democrática nacional, qual seja, os denominados orçamentos participativos.

Criado e adotado pelo município de Porto Alegre a partir de 1989, a ideia de orçamento participativo determinou a alocação de significativa parcela do orçamento municipal à tomada coletiva de decisões, combinando mecanismos diretos e representativos. Foram realizadas assembleias nos dezesseis distritos de Porto Alegre, das quais participaram residentes e integrantes do governo municipal.

Com efeito, as discussões sobre o orçamento participativo ocorrem em duas rodadas de assembleias. Na primeira, o governo oferece aos cidadãos participantes informações técnicas e financeiras que servirão de base às decisões. Líderes comunitários procuram convencer os demais sobre a necessidade de alocar recursos em áreas que, em geral, são de interesse da maior parte da população. O que caracteriza, portanto, o orçamento participativo é justamente promoção de uma política de deliberação pública e de uma cultura de direitos. Na segunda rodada de reuniões, após a definição de prioridades gerais do município, os participantes se reúnem em seus bairros para selecionar os projetos específicos que serão incluídos na agenda de obras públicas.

Dessas reuniões produz-se em um único orçamento municipal, ponderado e detalhado sobre cada uma das preferências dos distritos. Em Porto Alegre, o orçamento participativo engloba todo o montante do orçamento cuja aplicação é discricionária – excluídos gastos com pessoal, dívidas e manutenção.

O que se vê é que o orçamento participativo, além de estabelecer a alocação de recursos públicos segundo as preferências dos cidadãos, também exerce a função de monitoramento, pois as assembleias revisam a extensão e a qualidade da implementação das políticas públicas constantes no orçamento do ano anterior.

O que essas experiências práticas de discussão e decisão coletivas mostram é que, de fato, é possível estabelecer um processo democrático deliberativo e, por

---

<sup>88</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 115.

vezes, um processo democrático direto, sem representação ou intermediações. São experiências, práticas que têm influência direta sobre planejamentos e políticas públicas. É evidente que essas experiências e práticas possuem limitações, que o processo democrático-deliberativo não é isento de falhas. Não se trata de idealizar a democracia deliberativa. Mas, ao contrário, mostrar que as limitações existentes não tiram dessas práticas o seu valor. E é pelo estabelecimento de uma prática adequada, efetivamente democrática, que se deve lutar. Se essas experiências mostram as limitações da prática democrático-deliberativa, é, no entanto, com fundamento e por meio da própria prática democrática e deliberativa que se deverá recuperar, fortalecer e revigorar esses importantes espaços.

Aqui repouse, talvez o principal do Poder Judiciário na prática democrática. Não no sentido de ditar as “*regras do jogo*” democrático, mas sim, no sentido dar cumprimento e observância a essas regras.

#### 4.6 ANÁLISE DA EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM MATÉRIA PENAL – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em matéria penal, inúmeros são os precedentes que revelam o papel criador do direito pelo Poder Judiciário, nos últimos anos um dos temas que cada vez mais vem merecendo a atenção do Poder Judiciário em matéria penal - e que se revela como caracterizador do papel constitutivo do Poder Judiciário - refere-se a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela).

Como é de conhecimento acadêmico e à luz de uma teoria positiva pura do direito, em se verificando a existência dos elementos que compõem o conceito analítico de crime, a saber: conduta humana típica, antijurídica e culpável, só restará ao magistrado impor a sanção prevista no preceito secundário da norma penal correspondente. Assim, provada a existência de um furto de uma pequena quantia de doces dentro de uma grande rede de supermercados, imperiosa se faz a aplicação implacável da lei penal, sob pena de afastar-se a incidência de uma norma constitucional e juridicamente válida. Contudo, conforme preconizado pela moderna doutrina de direito penal, a pena somente deve ser aplicada à pessoa nos casos nos quais não possa ser substituída por outra sanção, deve o aplicador da lei penal se

deter sobre uma singular consideração: o tipo penal traz em si mesmo outra “variante” - o aspecto *material* da conduta. Felizmente, o papel “criador” do poder judiciário vêm dando soluções mais justas e equânimes a casos como o acima narrado.

Apenas ao efeito de demonstrar estatisticamente a importância da aplicação do aludido princípio, infere-se que dos 340 *Habeas Corpus* autuados no Supremo Tribunal Federal entre 2008 e 2010 pleiteando a aplicação do princípio da insignificância (ou bagatela), 91 foram concedidos, número que equivale a 26,76% do total. Em 2008, chegaram ao Supremo Tribunal Federal 99 processos do tipo, sendo que 31 foram acolhidos. Em 2009, dos 118 *habeas corpus* impetrados na Corte sobre o tema, 45 foram concedidos. Já em 2010, o Supremo Tribunal Federal recebeu 123 *Habeas Corpus* sobre princípio da insignificância, acolhendo 15 desses pedidos, ou seja, em inúmeros casos o Supremo Tribunal Federal deixou de aplicar a lei ordinária, *in casu*, o Código Penal, visando com isso uma efetivação material de direitos fundamentais<sup>89</sup>.

Registre-se, desde logo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal determina que a aplicação do princípio da insignificância deve ser criteriosa e feita caso a caso. A Primeira Turma, por exemplo, já reconheceu que o preceito pode ser aplicado a atos infracionais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Importante ressaltar, ainda, que a reincidência inviabiliza a aplicação do princípio. Sobre o tema existe importante decisão que negou pedido de *Habeas Corpus* em favor de um adolescente acusado de roubar uma ovelha em Santiago, no Rio Grande do Sul. A decisão foi tomada com base em informações do Tribunal de Justiça gaúcho, segundo as quais o jovem já havia se envolvido em outros atos infracionais, tendo, inclusive, sofrido medidas socioeducativas. Um outro caso emblemático refere-se ao de dois condenados pelo furto de bicicleta avaliada em cerca de R\$ 100,00 (cem reais). O pedido não foi concedido porque a vítima do crime era pobre, o que, para os ministros, torna o valor do bem significativo. Com isso, continua valendo a pena de dois anos reclusão e pagamento de multa imposta aos acusados, que foi substituída por outra restritiva de direitos.

O que se vê das decisões acima trazidas é o fato de o Poder Judiciário estar criando hipótese de exclusão de tipicidade que não se encontra prevista na

---

<sup>89</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 01 jun. 2012.

legislação brasileira, fato esse que, para alguns, ensejaria a violação à tripartição dos poderes.

Mesmo diante das contundentes críticas lançadas<sup>90</sup> é de se notar que o papel do Poder Judiciário na esfera penal, em especial do Supremo Tribunal Federal é precipuamente o de proteção de bens jurídicos e de garantia de direitos fundamentais.

Assim, nos casos em que se revela ausente a lesão ao bem jurídico, ou ainda, quando essa lesão revela-se insignificante, não se faz possível a tipificação material da conduta praticada, ainda que formalmente verificada no caso concreto. Trata-se, à evidência, de uma introdução de valores no âmbito do direito penal, os quais, por sua vez, encontram fundamento de validade material no princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro tema que despertou o interesse não só da comunidade jurídica, como também da sociedade brasileira como um todo, refere-se ao amplo debate realizado em torno do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03). Em meados de dezembro de 2003, o Congresso Nacional aprovou a lei 10.826/03 – Estatuto do desarmamento. Por meio da aludida norma instituiu-se uma disciplina rigorosa no regime de armas de fogo de todo o país, base de uma utópica política de segurança pública, hoje comprovadamente ineficaz.

Dentre as novas medidas destaca-se a proibição de portar armas por parte de particulares, salvo hipóteses excepcionalíssimas, e a proibição da venda e do comércio de armas em todo o país, regra que só seria vigente se aprovada por referendo a ser realizado em outubro de 2005. Já em janeiro de 2004, o Partido Trabalhista Brasileiro propôs uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, alegando, em síntese, que aludida lei violava diversos direitos fundamentais tais como o direito à vida, à propriedade, segurança etc. Partidários dissidentes apresentaram inúmeros argumentos favoráveis à lei em apreço. Nos meses seguintes foram propostas quase uma dezena de ações no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>90</sup> BEMFICA, Vani. **Da Teoria do Crime**. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 72. “O princípio é muito liberal e procura esvaziar o direito penal. E, afinal, não é fácil medir a valorização do bem, para dar-lhe proteção jurídica. E sua adoção seria perigosa, mormente porque, à medida que se restringe o conceito de moral, mais fraco se torna o direito penal, que nem sempre deve acompanhar as mutações da vida social, infelizmente para pior, mas detê-las, quando nocivas”.

Em outubro de 2005, realizou-se o referendo que deveria decidir sobre a validade e vigência da lei em exame. Após um intenso debate público, com direito a horário obrigatório de propaganda política, quase dois terços da população rejeitou a disposição de que a comercialização de armas de fogo deveria ser proibida no Brasil.

Muito embora nesse caso concreto não tenha havido uma efetiva participação do Supremo Tribunal Federal como órgão criador do direito, infere-se da hipótese acima transcrita um cenário altamente ilustrativo sobre o funcionamento de um aspecto importante da democracia brasileira, a saber: as instituições agindo e interagindo em uma cadeia de decisões conflituosas somadas ao recurso ao mecanismo de participação popular.

Nesse caso, caberia a seguinte indagação caberia o Supremo Tribunal Federal posicionar-se sobre a aplicação do Estatuto do Desarmamento? *In casu*, verificou-se a confirmação plena e direta da vontade popular sendo certo que qualquer interferência por parte do Poder Judiciário seria tida como ilegítima? Se os juízes não são eleitos poderiam eles reverter tomadas pelos cidadãos? As respostas a esses questionamentos não são simples e passam por uma série de reflexões.

Um outro exemplo da introdução de valores como fontes da exegese jurídico penal refere-se ao decisão do Supremo Tribunal Federal no que se refere a autorização para aborto de fetos anencefálicos (Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 45). Em apertada síntese, referida ação foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. O relator, Min. Marco Aurélio Mello, acatou a tese jurídica de que não se trata de aborto, mas de antecipação do parto num caso específico que coloca em risco a saúde física e psíquica da gestante, no que foi acompanhado por 7 (sete) de seus pares.

Extrai-se da decisão, ainda que não de forma explícita, que o Supremo Tribunal Federal “criou” uma nova hipótese de norma permissiva de aborto não prevista em lei, travestindo-se de legislador no caso em exame.

Outro caso de grande repercussão no esfera penal refere-se à possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos. Conforme é de conhecimento acadêmico a lei 8.072/90, em sua redação original, vedava a concessão de progressão de regime aos apenados por crimes hediondos, vale dizer, aquele cidadão que fosse condenado por crime tipificado como hediondo deveria cumprir a integralidade de sua pena em regime fechado.

Ocorre que, conforme se infere do artigo 5, inciso XLVI, da Constituição Federal, “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes”. Cabe aqui a seguinte indagação: como será individualizada a pena de um cidadão se a própria lei estabelece que independentemente de quem cometa o delito de natureza hedionda o regime de cumprimento será o integralmente fechado.

Sobre o tema, ainda que com certa delonga, o Supremo Tribunal Federal, adotando posição de vanguarda, declarou inconstitucional aludido dispositivo, fato esse que culminou com a edição da Lei 11.464/07 a qual, por sua vez, alterou a legislação anterior exatamente nesse ponto. Trata-se de um típico caso onde a jurisprudência do Pretório Excelso exerceu influência sobre o Congresso Nacional.

Recentemente, também adotando posicionamento vanguardista o Supremo Tribunal Federal, com base no mesmo princípio adotado para a decisão acima citada, acabou por afastar a vedação à liberdade provisória aos acusados pelo crime de tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (art. 44 da Lei 11.343/06 – Lei de Drogas).

Das decisões acima, o que se vê é uma atividade construtiva do direito cada vez mais efetiva por parte do Poder Judiciário. Em todas elas, contudo, nota-se uma evidente preocupação com a emancipação de minorias, bem como com a efetivação de direitos fundamentais. Partindo-se de uma concepção deliberativa de democracia, sobram motivos para se criticar a supremacia judicial, sobretudo pelo seu desrespeito à ideia de igualdade que subjaz ao respeito à vontade democrática.

O ideal de supremacia do Poder Judiciário violaria a ideia de respeito igualitário, pois permite que uma minoria de juízes imponha suas próprias opiniões a toda população. Diante disso, os defensores de uma concepção deliberativa da democracia crêem nas virtudes epistêmicas da discussão pública e, por isso, a supremacia judicial não é aceitável, pois se fundamenta, implicitamente, nas virtudes intelectuais de alguns poucos ao invés de se apoiar nas capacidades epistêmicas de todos os cidadãos. Ademais, a supremacia judicial contradiz um requisito fundamental da teoria democrática – o de que as questões públicas básicas devem sujeitar-se ao debate aberto e constante. O que a supremacia judicial faz é, justamente, estabelecer decisões finais sobre essas questões a partir da posição de alguns poucos juízes. Daí a necessidade de se retomar um diálogo entre os Poderes, de tal forma que esse diálogo recupere um igualitarismo que atualmente está ausente.

Não obstante as inúmeras críticas que podem ser lançadas aos aludidos atos decisórios trazidos no presente capítulo, fato é que tais manifestações da jurisprudência pátria, em especial do Supremo Tribunal Federal estão a demonstrar a irreversibilidade do fenômeno da aproximação do sistema codificado de mera subsunção normativa ao fenômeno de construção do direito lastreado em valores ainda não positivados.

Sobre o tema, leciona Luís Roberto Barroso:

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política.

De que tudo o que foi dito infere-se que a pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar. As soluções para os problemas nem sempre são encontradas prontas no ordenamento jurídico, precisando ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos – ao menos neles –, a experiência demonstra que os valores pessoais e ideologia do intérprete desempenham, tenha ele consciência ou não, papel decisivo nas conclusões a que chega. Embora não possa oferecer soluções pré-concebidas em muitas situações, o direito limita as possibilidades legítimas de solução que podem ser construídas pelos intérpretes judiciais.

## 5 CONSTITUCIONALISMO, O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

### 5.1 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

#### 5.1.1 Alerta Metodológico

Antes de se adentrar ao minucioso estudo do tema proposto no presente capítulo, mister se faz esclarecer, preliminarmente, o sentido que será atribuído ao termo “*constitucionalismo*” ao longo do presente capítulo.

Conforme assevera Susanna Pozzolo: “(...) atualmente, o termo constitucionalismo já se integrou ao léxico dos operadores do direito e, embora não tenha sentido unívoco, logrou ampla aceitação nos meios acadêmicos (...).”<sup>91</sup> Muitos dos atuais estudiosos do tema valem-se da expressão indistintamente, sem qualquer preocupação com sua precisão conceitual, tampouco com os efeitos negativos advindos da inerente polissemia do termo empregado.

Luis Prieto Sanchís, demonstrando evidente inquietação ante a ausência de rigor científico no debate acerca do tema, afirma que para uma significativa parcela da doutrina:

O constitucionalismo nada mais seria do que uma revisão de algumas teses centrais do positivismo e de forma muito resumida, pode ser definido como: *‘un modelo óptimo de Estado de Derecho e incorpora un nutrido conjunto de valores e principios de naturaleza moral, cabendo sostener una conexión necesaria entre Derecho y la Moral’*.<sup>92</sup>

Criticando abertamente tal aproximação conceitual, pondera o ilustre professor italiano que essa não seria a melhor, tampouco se constitui na sua concepção do termo ora em exame.

---

<sup>91</sup> POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Consticionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006. p. 188.

<sup>92</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Consticionalismo(s)**. Madrid: Trotta. 2006. p. 125.

Para Sanchís, a expressão *constitucionalismo* é o resultado de uma convergência de duas tradições constitucionais que com frequência têm caminhado separadas: a primeira concebe a constituição como regra do jogo das competências sociais e políticas, como pacto de mínimos que permitem assegurar a autonomia aos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos a fim de que desenvolvam seus respectivos projetos de vida. Em linhas gerais esta é a tradição norte-americana originária, cuja contribuição básica se funda na supremacia constitucional e na garantia jurisdicional (*common law*).<sup>93</sup>

A segunda tradição, ao contrário, concebe a Constituição como um projeto político bem articulado e que não se limita a fixar as regras do jogo, mas também pretende participar diretamente deste, condicionando com maior ou menor detalhe as futuras decisões coletivas, mediante o reconhecimento de uma ampla gama de direitos, de princípios, em suma, de cláusulas gerais materiais que necessariamente incidem no que se denomina de *agenda política*. A concepção de que se parte neste ensaio aproxima-se, em muito, desta segunda tradição.

Trata-se de um conceito que visa sobrepujar a mera aplicação da legalidade estrita e que, embora não despreze o direito positivo posto, visa empreender uma leitura moral da Constituição e da legislação ordinária, mas sem necessariamente recorrer a conceitos metafísicos. Cuida-se de realizar uma abordagem da Constituição tomando por base um novo paradigma hermenêutico que inclui o método de interpretação axiológica, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, da sua diferença qualitativa em relação às regras<sup>94</sup> e da efetividade dos direitos fundamentais com base no princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Enfim, consubstancia-se em um conceito que liberta o processo hermenêutico dos grilhões ontológicos de índole positivista e que visa operar uma introdução efetiva das diretrizes valorativas que, por muito tempo, ficaram relegadas a um plano secundário e desprovido de cientificidade, por vezes denominado de não-ciência.

---

<sup>93</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>94</sup> Sobre o tema em apreço, ver também ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 223.

## 5.2 O DESENVOLVIMENTO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

O Estado de Direito, consolidado na Europa ao longo do século das luzes, teve como grande mérito a adoção de uma concepção estatal lastreada na subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade dos diplomas legais existentes não dependia apenas da sua forma de produção, mas também de sua efetiva compatibilidade com o conteúdo trazido pela Carta Constitucional. A constituição, por sua vez, não apenas impunha limites ao legislador e ao Administrador, como também lhe estabelecia vetores de atuação em prol da efetividade dos direitos ali estabelecidos.

Nesse ambiente filosófico e cultural é que começam a surgir as novas demandas sociais por proteção de direitos, exigindo-se não mais a mera abstenção estatal, mas sim a vivificação de um Estado de efetivo bem-estar social.

O marco histórico dessa transformação só ocorreria tempos depois, com o novo direito constitucional advindo do pós-guerra. Promulgam-se as novas Constituições de Weimar (1949) e do México, instalam-se, na Alemanha e nos demais países da Europa Continental, Tribunais Constitucionais, redemocratizam-se e reconstituem-se as nações de Portugal e da Espanha, culminando com a edição, no Brasil, da Constituição Federal de 1988.

O advento da *Constituição Cidadã* assinala não só um marco histórico para o direito constitucional do país, como também um momento de alteração paradigmática em toda a disciplina do Direito Constitucional.

Conforme percutientemente analisado por Luís Roberto Barroso:

A partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas como superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248-249.

Surge, assim, o ideal constitucionalista (ou pós-positivista) de introdução de valores e efetivação dos direitos fundamentais, retirando do texto magno sua suposta característica programática para elevá-los à condição de valores concretos buscados no dia a dia da prática judicial. Essa nova forma de interpretação constitucional subsume-se a determinados *princípios de justiça* e à consagração de direitos fundamentais e sociais que exigem, cada vez mais, uma atuação positiva do Estado (intervenção estatal), não havendo se falar, portanto, na mera garantia de liberdades negativas.

Infelizmente, até os dias atuais, na grande maioria dos casos, tais comandos normativos traduzem-se em meros enunciados políticos, desprovidos de uma tutela jurisdicional efetiva revelando-se imperiosa uma tomada de posição moral que se destine a lhes dar concreção.

### 5.3 A PREMENTE NECESSIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O paradigma constitucional - lastreado numa nova modalidade de interpretação do direito - irradiou seus efeitos benéficos sobre os mais variados ramos jurídicos revelando-se evidente sua contribuição para o desenvolvimento dos tradicionais institutos do direito civil, especialmente no que tange ao direito de família, das obrigações e dos direitos reais. O mesmo fenômeno se verifica, também, no que se refere ao direito administrativo, tributário, empresarial etc.

Entretanto, em relação ao Direito Penal, seus efeitos pouco foram sentidos, principalmente nos graus inferiores de jurisdição. Conforme bem apreendido por Luís Roberto Barroso:

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A constituição tem impacto sobre a validade e interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente

existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes.<sup>96</sup>

Visando colmatar essa lacuna, assoma claro o dever da doutrina especializada em se debruçar sobre os possíveis efeitos do *constitucionalismo* nas searas do direito penal e direito processual penal.

O exercício do direito de punir consubstancia-se num dos mais agressivos e poderosos mecanismos de controle social. A subtração da liberdade do indivíduo e sua fundamentação encontram guarida em vários dispositivos de índole constitucional. Boa parte do pensamento jus-filosófico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade hodiernamente previstas na legislação pátria.

Diante desse cenário, indaga-se: Qual seria o motivo para a parca influência constitucional no âmbito do Direito Penal? A resposta passa pela importância atribuída ao princípio da legalidade.

Como é de conhecimento acadêmico, o princípio da legalidade no âmbito do direito penal reveste-se de evidente relevância e necessariedade lógica, sublevando-se na maior garantia do cidadão contra a violência legitimamente imposta pelo poder estatal. O grau de valor atribuído a tal princípio é de tal monta que, toda obra doutrinária de *escol*, inicia o processo de aprendizagem do direito penal pelo princípio da legalidade e suas respectivas facetas. Aprende-se logo que, no ordenamento jurídico penal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal.

Fixa-se a ideia da supremacia da lei em detrimento a valores, ainda que superiores (fetichismo legal), sendo certo afirmar que é na seara criminal que o positivismo encontra seu momento de glória, travestido em instrumento de garantia do indivíduo em relação ao poderio estatal. Sequer cogita-se incriminar uma conduta delitiva por analogia, ainda que fundamentada em princípios de *justiça social* e *coerência metodológica*, tampouco aferir a constitucionalidade de alguns tipos legais anacrônicos e desprovidos de efetividade e cientificidade (até bem pouco tempo atrás vigoram os tipos penais de sedução e adultério (respectivamente artigos 217 e 240 do Código Penal) e ainda vigoram os tipos de escrito ou ato obsceno (artigo 234

---

<sup>96</sup> Interessante notar que o Supremo Tribunal Federal revela-se um celeiro fértil de exemplos da aplicação do paradigma constitucionalista na seara criminal. Nesse sentido, conferir: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. DJU, 20 set. 1996, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, DJU, 11 set. 1998, HC 77.003-4, Rel. Min. Marco Aurélio.

do Código Penal Brasileiro), contravenção penal de vadiagem, dentre outros exemplos aberrantes).

Nessa quadra, acerca da evidente necessidade de interpretação constitucional dos tipos penais vigentes, calha trazer a colação a abalizada doutrina de Luís Pietro Sanchís:

O exercício do jus puniendi não representa um espaço isento ao controle de constitucionalidade através do juízo de ponderação, e ocorre por duas razões: porque toda a pena deve considerar-se como uma afeição de direitos fundamentais, e toda afeição desta classe detém uma carga de justificação; e porque o próprio tipo penal, na medida em que seja ou possa conceber-se como um limite ao exercício de direitos, constitui também uma forma de afeição dos mesmos e por idênticas razões tem de adequar-se a essa exigência de justificação. De maneira que a conexão entre direito penal e direitos fundamentais é dupla: em virtude da pena e em virtude da conduta tipificada que limita e circunscreve a esfera do legítimo exercício dos direitos.<sup>97</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, não é outra a lição de Gustavo Zagrebelsky, ao afirmar que:

*La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por si mismas con independencia de la ley.*<sup>98</sup>

Assim, ao que se vê, a importância de se efetivar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição sobrepõe o respeito cego às regras de condutas ditadas pela legislação ordinária, revelando-se indispensável uma releitura da legislação penal, bem como do conceito analítico de crime à luz de uma teoria embasada em valores constitucionais.

---

<sup>97</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. El constitucionalismo de Los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del constitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 216. (Tradução livre.)

<sup>98</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2008. p. 47.

#### 5.4 OS RISCOS DA OCORRÊNCIA DA “INVERSÃO IDEOLÓGICA” DECORRENTE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A quebra do paradigma liberal vigente desde a Revolução Francesa e sua paulatina substituição pelo modelo social fez surgir para o Estado uma nova gama de atribuições que, em momentos históricos anteriores, sequer eram cogitadas. Ante as gritantes assimetrias sociais creditadas às ideias liberais, sintetizadas no *laisser passer, laisser faire*, o Estado foi chamado a intervir. O absentéismo estatal do sistema liberal clássico dá lugar a uma ampla visão intervencionista do Estado, trazendo, com isso, novos desafios.

Com efeito, o reconhecimento de novas garantias e direitos trouxe consigo uma premente necessidade da elaboração de novos mecanismos de proteção desse conjunto de novos bens jurídicos. Dentre esses mecanismos, o direito penal surge, pelo menos no plano discursivo, como um dos ramos mais capazes e eficientes de garantir e consolidar esse novo modelo vigente. Visualizam-se, nesse exato momento histórico, as formas embrionárias das doutrinas da neutralização do indivíduo desviante.

Verifica-se claramente no âmbito da criminalização primária, a criação desenfreada de novos tipos penais, com o reconhecimento de novos valores e interesses agora alçados à categoria de bens jurídicos e, portanto, passíveis de proteção penal. Criam-se os bens jurídicos coletivos e difusos e com eles as leis penais protetivas desses direitos e.g. Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher (Lei 11.340/060), Lei de combate ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (Lei 8.037/90), dentre outras.

Legitima-se a edição desses novos diplomas legislativos com a adoção da concepção (ingênua) de que o direito penal é capaz de dar uma proteção mais efetiva a qualquer possibilidade de lesão a esse novo rol de bens jurídicos. Apresenta-se como justificativa a proteção dos novos direitos, e porque não, dos direitos humanos em geral, ampliando-se, assim, o rol das condutas puníveis com o conseqüente incremento do horizonte de projeção do Direito Penal.

No afã de dar proteção a esse novo arcabouço de direitos humanos, o Estado se amplia, bem como o se amplia seu poder punitivo, sublevando-se um evidente paradoxo dentro do sistema jurídico normativo.

Tal assimetria revela-se presente na medida em que, ao mesmo tempo em que se busca concretizar os direitos humanos, amplia-se o braço estatal que hoje é concebido como um dos maiores violadores desses mesmos direitos.

## 5.5 O ESTADO SOCIAL E O PROCESSO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A degeneração dos ideais revolucionários de 1789, a reprodução desenfreada do modo de produção capitalista e o aumento das desigualdades sociais constituíram-se no pano de fundo de uma ampla reforma estatal iniciada com a revolução bolchevique de 1917. O desvelamento de uma realidade em que a igualdade circunscrevia-se meramente ao plano formal, jungida a ausência de capacidade de resolução das mais variadas formas de demandas sociais decorrentes da adoção de um modelo estatal ausenteísta, permitiu a eclosão de um novo modelo estatal, hodiernamente concebido como Estado Social.

Em apertada síntese, a lógica norteadora dessa nova forma de Estado, consubstanciava-se em uma necessidade de atuação positiva ensejadora do “(...) desenvolvimento e não do mero crescimento econômico, realizando-se, destarte, uma justiça social efetiva, é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico (...)”.<sup>99</sup> Substitui-se, assim, o estado-ausente pelo estado intervencionista, objetivando-se, com tal proceder, a concretização de vários direitos que outrora encontravam guarida tão-somente no plano legal-normativo.

Surge, assim, o ideal constitucionalista (ou pós-positivista) de introdução de valores e efetivação dos direitos fundamentais, retirando do texto magno sua suposta característica programática para elevá-los à condição de valores concretos buscados no dia a dia da prática judicial.

Essa nova forma de interpretação constitucional subsume-se a determinados *princípios de justiça* e à consagração de direitos fundamentais e sociais que exigem,

---

<sup>99</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 55.

cada vez mais, uma atuação positiva do Estado (intervenção estatal), não havendo se falar, portanto, na mera garantia de liberdades negativas.

O direito penal, a seu turno, ganha novos papéis, tendo de abandonar, nas palavras de Nelson Hungria, o seu vetusto posto de “*soldado de reserva*”, para adentrar, definitivamente, ao campo de batalha, quiçá como primeira opção para a garantia desses “novos” direitos. Essa nova gama de atribuições estatais acabou por inverter a lógica penal da intervenção mínima e da *ultima ratio* (clássicas no âmbito da ciência penal), dando a esse ramo jurídico pretensões que vão muito além da mera proteção de bens jurídicos.

Com efeito, passou-se do direito penal individual ao direito penal coletivo, dos crimes de dano e lesão aos crimes de perigo (abstrato ou concreto), antecipou-se a aplicação do direito quase como em um exercício de cartomancia, chegando-se até mesmo a cogitar a punição dos atos meramente preparatórios.

Surge, assim, um contexto altamente propício à introdução de sistemas penais totalitários e que buscam adotar o Direito Penal como o meio mais eficiente para salvaguardar a sociedade de toda e qualquer atividade criminosa. Sustenta-se a diminuição de garantias individuais como única forma de evitar a disseminação do fenômeno criminógeno, espraia-se o medo e a ausência de controle sobre os riscos já existentes e o que estão por vir, cria-se um clima de terror social que exige uma resposta mais efetiva do Estado através do recrudescimento das penas e dos mecanismos de prevenção delitiva em geral.

O novel contexto social de uma sociedade de risco, tal como na formulação elaborada por Ulrich Beck, aliado a necessidade de defesa da sociedade contra toda espécie de atentado contra as novas conquistas sociais, passa a exigir do Estado um novo programa de política criminal até então inexistente, buscando, ao revés de toda evolução histórico-científica da ciência criminal, um direito penal expandido, que maximiza sua esfera punitiva, introduzindo-se, assim, um “direito penal do inimigo”.

Conforme já alinhavado, o fenômeno da maximização penal decorre naturalmente da necessidade estatal em promover a segurança e a garantia de fruição de uma série de novos bens jurídicos que, em momento anterior, não gozavam de proteção penal.

O contexto em que tais movimentos expansionistas se desenvolvem é justamente o período entre Guerras<sup>100</sup> e que, atualmente, é reanimado, sobretudo e infelizmente, através de doutrinas de exceção como o denominado Direito Penal do Inimigo, formulado por Günther Jakobs.

Para o autor alemão existem duas modalidades de Direito Penal, a saber: a primeira delas consistente no *Direito Penal dos Cidadãos* e que guarda estreita correlação com o ideal clássico da ciência penal, ou seja, um direito penal de garantias do indivíduo contra o Estado, e que tem na aplicação da pena o objetivo de prevenir a prática delitativa e, ao mesmo tempo, ressocializar o cidadão desviante.

A segunda modalidade de Direito Penal apontada pelo autor consubstancia-se naquilo que denominou de *Direito Penal do Inimigo*, ou seja, um Direito Penal máximo e sem garantias em que a pena exerce apenas um papel de neutralização daquele que é concebido como inimigo da sociedade.

Parafraseando Jakobs, considera-se inimigo o:

Indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental". De toda sorte, é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta<sup>101</sup>.

Trata-se, com todo respeito devido, de uma modalidade de Direito Penal Totalitário e que possui o condão de servir como fonte de restrição de garantias individuais em prol justamente da conservação dos direitos que supostamente pretende garantir.

Sobre o tema em apreço, lapidar o escólio de Juan Ramón Capella ao afirmar que:

*La idea de 'peligrosidad social', esto es, de que determinadas personas son predelincuentes aunque jamás hayan delinquido, no es de todo extraña a la*

---

<sup>100</sup> Conforme leciona Juan Ramón Capella: “en la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor dos casos, que hacía hincapié en el concepto de peligrosidad social; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria”. CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida: uma Aproximación Histórico-Teorética al Estudio del Derecho y del Estado**. Madrid: Trotta, 1997. p. 117.

<sup>101</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-150.

*cultura jurídica del estado gendarme. Em realidad es expresión suya fantasía lombrosiana del 'criminal nato'*<sup>102</sup>

O retorno a ideia *lombrosiana* de criminalidade imanente, tal como assinalado pelo supracitado mestre, revela-se, atualmente, muito mais bem elaborada, assumindo contornos e requintes metodológicos que à época do pai da criminologia sequer eram cogitados.

Hodiernamente não mais se busca desvendar o estereótipo físico do delinqüente, mas sim, busca-se enquadrá-lo em algumas das características que o colocam em uma determinada casta social passível de ser classificada como uma classe inimiga.

Surge a teoria do etiquetamento (*labelling approach*), trasladando o paradigma do direito penal do fato, para o direito penal de autor. Em outras palavras, não se julga mais o cidadão pelo o que ele efetivamente praticou, mas sim pelo o que ele é, ou pelo que pode vir a se tornar.

Incute-se um medo que se generaliza no seio social, sendo que aquele cidadão comum constitui-se em um inimigo potencial e que, portanto, pode e deve ser neutralizado pelos meios de coerção estatal.

Legitima-se, assim, em nome da proteção aos direitos humanos, a possibilidade de restrição estatal desses mesmos direitos que desde há muito já estão consagrados, e.g. direito de reunião para fins pacíficos, direito de ir e vir, direito do cidadão de não ser preso exceto através de ordem judicial da autoridade judiciária competente, dentre outros. Surge, destarte, um paradoxo inevitável.

## 5.6 A INVERSÃO IDEOLÓGICA DA MAXIMIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E O FENÔMENO DA REVERSIBILIDADE DO DIREITO

De todo o até aqui exposto, infere-se um evidente paradoxo no discurso e nas práticas associadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Por um lado, a alteração do modelo liberal e sua substituição pelo modelo social de Estado permitiram o reconhecimento de novos valores, novos bens jurídicos e novos direitos (humanos) que dantes subjaziam sob a limitada perspectiva individualista-liberal. De

---

<sup>102</sup> CAPELLA, Juan Ramón. Op. cit., p. 224.

outro vértice, contudo, verificou-se o incremento excessivo dos mecanismos de repressão estatal, potencializando o poder de atuação das denominadas agências punitivas.

Conforme bem assinalado por Salo de Carvalho:

Se o incremento e a ampliação dos interesses e valores a serem protegidos pelo Estado são densificados, proporcionando espetacular giro no sentido histórico dos direitos humanos, acoplado está o efeito perverso de maximização das malhas repressivo-punitivas face à ingênua conclusão de que o direito penal seria instrumento idô para tutelar novos bens jurídicos. Ou seja, o Estado Social, ao convocar agências repressivas, lhes aufere a missão de proteção dos novos interesses, fundado na crença em sua capacidade preventiva.<sup>103</sup>

Ocorre, todavia, que esse contexto de ampliação do poder punitivo não se restringe à tipificação de novas condutas, tampouco à mera criação de novas formas de punir, mas sim, transforma-se em um complexo e amplo mecanismo de intervenção do poder repressivo institucionalizado que acaba sempre por recair em determinadas classes sociais menos favorecidas em detrimento de outra detentora do poder hegemônico.

A pretexto de garantir os direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população viola-se esses mesmos direitos de outra camada com condições políticas materiais mais débeis.

Verifica-se dentro do plano normativo uma inversão ideológica do discurso das garantias, entendendo-se por reversibilidade do direito aquilo David SÁNCHEZ RUBIO anota como sendo “a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si”.<sup>104</sup>

Dentro de um mesmo sistema normativo verifica-se um discurso e uma efetiva tentativa de emancipação, enquanto inserto nesse mesmo mecanismo, todavia através de outra engrenagem, produz-se exclusão e neutralização de outra parcela de cidadãos que nunca tiveram uma proteção plena dos seus próprios direitos humanos.

---

<sup>103</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3. ed. Minas Gerais: Lumen Juris, 2009. p. 115.

<sup>104</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o Mercado, os Seres Humanos e a natureza. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez/PPGCCRIM PUC/RS, n. 22, p. 23. 2006.

Para David Sánchez Rubio, esse fenômeno da reversibilidade do direito é um importante aspecto a ser considerado, mormente quando travestido de um discurso humanista. O autor diagnostica o fato de que pessoas comuns (e até mesmo profissionais do Direito) depositam uma confiança demasiada no plano legal-normativo, ou seja, no direito positivo dos ordenamentos jurídicos vigentes, olvidando e até mesmo ignorando “as tramas sociais de dominação e império que constituem o paradigma normativo”.<sup>105</sup>

Com efeito, não obstante a positivação dos direitos seja um fator fundamental para a emancipação social, importante se revela, contudo, o manuseio cuidadoso dos instrumentos legais de poder, principalmente no que tange ao Direito Penal, uma vez que, ao trabalharmos com a violência institucionalizada, o risco de extravasamento do poder está sempre presente.

Nesse sentido, aliás, lúcida é a diagnose elaborada por Salo de Carvalho, ao asseverar que:

(...) se no paradigma liberal orientado pelo projeto de atuação episódica do direito penal é possível notar a freqüência do transbordamento das práticas punitivas, com a expansão operada pelo Estado intervencionista a patologia ganha legitimidade.<sup>106</sup>

Com efeito, é nesse contexto trazido à lume que a teoria crítica dos direitos humanos assume papel de extrema relevância, uma vez que tem por uma de suas principais características a capacidade de identificar esses processos de inversão ideológica, bem como a criação de justificativas e mecanismos que só de forma aparente encontram-se voltados à satisfação efetiva dos direitos humanos.

Com efeito, a transposição para o que hoje se denomina pós-modernidade não pode continuar marcada pela dicotomia reducionista *estado social x estado liberal*, devendo, pois, ser cada vez mais caracterizada pela discussão travada nos denominados espaços de luta formadores do *consenso*.

Não mais se admite, dentro de uma *sociedade do risco* ou de uma *sociedade líquida*, para lembrarmos a proposta de Ulrich Beck e Zygmunt Bauman, respectivamente, que as instâncias detentoras do poder simplesmente delimitem o

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 23-24.

<sup>106</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 117.

que *deve ser* e de que forma deve o direito, como instrumento para a consecução desse fim, se amoldar a essa proposta.

Deve-se, sim, deixar-se guiar pela complexidade inerente a uma sociedade cada vez mais multifacetada e plural, onde o que já foi assaz diferente, já não é mais tão estranho assim, onde o que era tido como axioma, hoje não mais se sustenta, onde o novo avanço tecnológico, muitas vezes, representa um fator de altíssimo risco social, onde os processos de luta por emancipação social são constantes e palpitantes.

Somente através do estímulo a esses mecanismos de lutas, viabilizadores da discussão democrática, é que se alcançará o ideal de justiça e igualdade material visado por esse importante espaço de mediação e discussão que é o Direito.

#### 5.7 NOVAS PROPOSTAS – A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

Nos tópicos que se seguem serão apresentadas propostas alternativas às propostas expansionistas do direito penal, mas que não olvidam, contudo, do processo de constitucionalização do direito penal e sua premente necessidade de efetivar materialmente os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

Todas as propostas trazidas à lume tem por escopo a paulatina substituição do sistema penal vigente por um sistema mais garantista e concretizador das garantias individuais previstas pela Constituição Federal de 1988. Infelizmente, nenhuma dessas propostas partiu de autores brasileiros, todavia, aqui se está diante de um típico caso em que a importação de propostas estrangeiras para a pronta aplicação na experiência nacional será muito bem vinda.

### 5.7.1 O Direito da Intervenção (*Interventionsrecht*) – Uma Proposta Intermediária entre o Direito Penal e o Direito Administrativo

Visando dar uma resposta adequada aos novos fenômenos crimínógenos decorrentes do paradigma social do *risco*, Winfried Hassemer reconhecendo a impossibilidade de resolução dos problemas penais modernos através do vetusto modelo de aplicação do Direito Penal Clássico, cria uma teoria intermediária, por ele denominada Direito (Penal) da Intervenção<sup>107</sup>.

Segundo a proposta do professor alemão, o direito de punir do Estado (*jus puniendi*) deveria ser subdividido em dois núcleos distintos de proteção. O primeiro núcleo seria responsável pela proteção dos bens jurídicos individuais clássicos, comumente chamados de direitos de primeira dimensão<sup>108</sup> e.g. direito à vida, integridade física, liberdade etc. O segundo núcleo, por sua vez, responderia pela proteção dos direitos coletivos, meta-individuais e sociais, englobando assim, os direitos de segunda e terceira dimensão (saúde pública, meio-ambiente equilibrado, integridade do sistema financeiro nacional etc.). Conforme esclarece o autor:

Para combater as formas modernas de causação de danos, se deveria pensar na construção de um sistema jurídico, que tivesse elementos absolutamente penais (*poenale*), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse a reprovação pessoal e a imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de Direito da Intervenção assim configurada poderia integrar formas de imputação coletiva.<sup>109</sup>

Como se vê, a proposta trazida por Hassemer criaria uma espécie de segunda via de proteção penal - voltada para os bens jurídicos de natureza coletiva – consubstanciando-se em um verdadeiro meio-termo entre o Direito Penal e Direito Administrativo, entre o Direito Público e o Privado, reduzindo-se algumas garantias e regras oriundas do sistema clássico de punição com o escopo de proteção efetiva

---

<sup>107</sup> HASSEMER, Winfried. **Kennzeichen und Krisen des modernen**. Strafrechts: ZRP, 1992. p. 378.

<sup>108</sup> A utilização do vocábulo “dimensão” em detrimento do termo “geração” é proposital e deve-se à aguçada visão trazida por Ingo Sarlet e Paulo Bonavides, segundo a qual: “substituem-se os termos gerações, eras ou fases, por dimensões, porquanto esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, mas resultam de um processo de fazer-se e de complementaridade permanente.”

<sup>109</sup> HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 141.

desses direitos. Referida proposta busca, à evidência, a maior eficácia preventiva possível, evitando-se a mera e tradicional aplicação *ex post factum* do direito penal.

Com efeito, importante registrar que supracitada teoria, inobstante sua evidente relevância acadêmica, revela-se ainda nebulosa e de difícil aplicação no plano empírico, eis que não responde a contento algumas questões cruciais acerca dos limites para essa supressão de garantias, tampouco os casos em que se considera uma lesão como lesão coletiva ou difusa, dentre vários outros aspectos problemáticos.

### 5.7.2 O Direito Penal de “Duas Velocidades”

Na Espanha, Jesús-María Silva Sánchez, visando à criação de um novo modelo de aplicação do direito penal e, por conseguinte, de proteção de bens jurídicos, desenvolve a teoria das velocidades.

Para o professor espanhol, faz-se necessária uma subdivisão do direito penal clássico em duas velocidades. À primeira velocidade caberia zelar pela proteção dos bens jurídicos tradicionais, de primeira dimensão, e.g. vida, integridade física, liberdade etc. Para esses delitos reservar-se-ia a pena privativa de liberdade, tal como hoje concebida.

Todavia, para os bens jurídicos sociais, difusos ou meta-individuais – que atualmente não gozam de uma proteção adequada - adotar-se-ia uma modalidade alternativa de direito penal, por ele denominada direito penal de segunda velocidade.

Essa segunda velocidade do direito penal teria por característica principal a aplicação de penas restritivas de direitos - no Brasil também denominadas penas alternativas - evitando-se, assim, o encarceramento do indivíduo e, ao mesmo tempo, respondendo ao anseio da vítima de reparação efetiva do bem jurídico violado.

Trata-se de uma evidente “*expansão*” do âmbito de aplicação do direito penal, entretanto revela-se uma expansão racional e controlada e que respeita não só os direitos do acusado, como também os da vítima, comumente relegada na seara criminal.

A proposta, contudo, não se revela indene de críticas, sendo que vários autores sustentam que a expansão do direito penal para proteção de outros bens jurídicos que não os tradicionais, ainda que com a aplicação de penas alternativas, se consubstanciaria em um retrocesso histórico e cultural, adotando por base os ensinamentos trazidos pela Criminologia Crítica e Radical de viés abolicionista (por todos, vide Alessandro Baratta e Louk Hülsman).

Rebatendo tais críticas, assevera Silva Sánchez que: “O problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade”.<sup>110</sup>

Por fim, aos abolicionistas deixa a seguinte mensagem:

Considerando improvável (talvez impossível) um movimento de despenalização, propõe-se que as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as garantias não sejam penas de prisão.<sup>111</sup>

Do alto dos ensinamentos trazidos pelo autor espanhol, conclui-se que a proposta de um direito penal de duas velocidades, revela-se amplamente compatível com o paradigma constitucional e visa, não só garantir uma ampla proteção dos direitos fundamentais (em especial os da vítima), como também adotar uma tábua de novos valores e bens jurídicos merecedores de proteção efetiva por parte do direito penal.

---

<sup>110</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. Op. cit., p.139.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 143.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desse estudo, faz-se necessário abordar alguns pontos discutidos ao longo do texto e que possuem importância fundamental para a argumentação da hipótese levantada, bem como proceder ao recolhimento de algumas considerações que justificam a adoção das propostas realizadas no capítulo final.

Conforme se extrai da pesquisa realizada infere-se que o fenômeno da constitucionalização do direito penal trata-se de um processo benéfico para toda a sociedade e visivelmente irreversível atualmente. A introdução de valores na análise e interpretação do direito como um todo, em especial na seara penal denota um avanço positivo e que se espraia para a esfera de trabalho de todos os atores que compõem o sistema punitivo.

O mérito inovador da doutrina funcionalista do direito penal – especialmente a de índole teleológica - e os avanços trazidos por essa corrente trouxeram uma nova tábua axiológica que, agora, passa a nortear o processo hermenêutico em sua integralidade. Tal constatação revela-se evidente no terceiro capítulo, o qual apresenta o papel constitutivo do poder judiciário na garantia dos direitos fundamentais no âmbito do ordenamento jurídico penal. De fato, observa-se uma evidente tendência do Poder Judiciário pátrio, em especial no que se refere ao Supremo Tribunal Federal de tornar efetivas as garantias penais constitucionais interpretando o direito de forma a garantir a emancipação social. Por várias vezes, o próprio órgão máximo da jurisdição brasileira, valeu-se dos ensinamentos trazidos por Claus Roxin e Günther Jakobs ao efeito de solucionar os casos limítrofes que lhe eram apresentados.

Além disso, o fenômeno da constitucionalização do Direito Penal bem como a denominada “*expansão do direito penal*”, demonstram a premente necessidade de se proteger novos bens jurídicos, os quais antes sequer eram vislumbrados pela doutrina especializada. Em resumo, vários foram os benefícios trazidos por essas novas formulações.

Contudo, mesmo com os avanços trazidos por essas novas formas de interpretação do direito penal, o fenômeno expansionista possui também sua faceta negativa. Não raras vezes, percebe-se que a pretexto de garantir os direitos e garantias fundamentais de uma parcela da população violam-se esses mesmos

direitos de outro grupo com condições políticas materiais mais débeis. Mesmo diante desse novo cenário técnico-científico o direito penal continuar por recair – e o faz operando de forma seletiva - em sua “clientela” clássica, a saber, as camadas menos abastadas da população. Toda a nova formulação teórica, todo o arcabouço construído pela doutrina nacional e estrangeira, não foram suficientes para subtrair o caráter estigmatizante que o direito penal produz em certos grupos menos favorecidos.

Com efeito, pelas mais variadas razões, fato é que ainda se constata que o “*braço forte*” do Estado, qual seja, seu *jus puniendi* somente se efetiva em grupo minoritários e aliados de toda e qualquer possibilidade de ascensão social. Minorias étnicas, raciais, grupos marginalizados e excluídos do processo emancipatório decorrente dos princípios desse novo constitucionalismo, ainda permanecem como o grande problema a ser resolvido pela política criminal atual.

Diante dessa irretorquível constatação, buscou-se no capítulo derradeiro a apresentação de propostas alternativas de solução para a tensão principiológica inerente a esse processo de expansão, bem como desvelar os efeitos negativos e reversos da expansão do direito penal na proteção de bens jurídicos, demonstrando a necessidade evidente de se reduzir o âmbito de atuação do direito penal, buscando-se evitar a criminalização desenfreada típica da pós-modernidade.

O que se busca com o presente estudo é realizar um alerta à comunidade acadêmica de que é plenamente factível a adoção de proposições ou posturas intermediárias na seara do direito criminal, trazendo à lume novas formas de lidar com esse fenômeno vetusto que é a criminalidade. Parafraseando o sociólogo Jessé Souza, em sua obra a *Ralé Brasileira*, não existe crescimento e avanço da sociedade sem a realização de um processo autocrítico e é exatamente isso o que se pretende com a pesquisa realizada.

Muito mais do que simplesmente desconstruir os postulados básicos que dão sustentáculo à moderna ciência do direito penal, o que seria apenas mais uma tentativa de índole “*desconstrutivista*”, buscou-se a proposição de soluções plausíveis e com reais possibilidades de efetivação.

A proposta de “*administrativização*” do Direito Penal, nos termos abordados por Hassemer, bem como a “teoria das velocidades” criada por Silva Sanchez, estão a demonstrar a factibilidade no câmbio de paradigmas, na definição de condutas típicas e na aplicação das penas, bem como na realização de um processo de

ressocialização que seja realmente efetivo no plano empírico. Logicamente, dentro de um regime democrático, não se excluem desse processo o debate e o diálogo com outras proposições atualmente existentes, ainda que diametralmente opostas - tal como ocorre com a proposta do direito penal do inimigo formulada por Günther JAKOBS para a qual foi dedicada um tópico exclusivo.

Por fim, é de se registrar que na busca de soluções para as questões até aqui levantadas não se tem certeza alguma, todavia, o objetivo desse estudo estará plenamente atingido se ao menos forem lançadas luzes sob alguns pontos obscuros da ciência penal pós-moderna, abrindo-se espaço para reflexão e debate acerca da introdução de novos valores e princípios norteadores no âmbito desse tradicional ramo jurídico que visem à efetivação das garantias penais constitucionais vigentes seja através de uma releitura desses vetores de interpretação, seja pela introdução de novos vetores deontológicos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AMELUG, Knut. **Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin. El moderno sistema de Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús Maria Silva Sánchez da 1. ed. Alemã de 1984. Madrid: Tecnos, 1991.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 5, p. 14-15, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BEMFICA, Vani. **Da Teoria do Crime**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. Lições de Direito Penal. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. v. I. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 01 jun. 2012.
- \_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. DJU, 20 set. 1996, HC 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio; STF, DJU, 11 set. 1998, HC 77.003-4, Rel. Min. Marco Aurélio.
- CALLEGARI, André Luís et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- CANCIO MELIÁ, Manuel; SUÁREZ GONZALES, Carlos; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. **Un nuevo sistema del Derecho Penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta Prohibida: uma Aproximación Histórico-Teorética al Estudio del Derecho y del Estado.** Madrid: Trotta, 1997.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 3. ed. Minas Gerais: Lumen Juris, 2009.

CHRISTIE, Nils. **Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale.** Tradução Italiana. Con introduzione di Massimo Pavarini. Torino: Grupo Abele, 1985.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da doutrina penal.** Coimbra: Coimbra, 2001.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas e convergência das tradições de Common law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes.** Salvador: Podivm, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão, teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 49, p. 114, 2004.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, p. 39, Jul. 2000.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em Direito Penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 62-63, 2003.

\_\_\_\_\_. **Kennzeichen und Krisen dês modernen.** Strafretchts: ZRP, 1992.

HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. 2. ed. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad. CALLEGARI, André Luís. Versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal: Fundamentos y teoría de la imputación**. Parte general. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano G. de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHEK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5. ed. Granada: Comares, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUHMANN, Niklas; GEORGI, Raffaele de. **Teoria de la sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

LUIZI, Luiz. **Direito Penal: Bens constitucionais e criminalização**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Luiz Alberto. O princípio constitucional da isonomia jurídica e o direito criminal e processual criminal. In: **Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARINONI, L. G. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. in **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**, v. 1, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2008.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. **Derecho Penal Económico: Parte general.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PORTES, Maira. **Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes. p. 103-128.

POZZOLO, Susanna. **Un constitucionalismo ambíguo.** In: CARBONELL, Miguel. **Constucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2007

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.** Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.** Tradução de Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2002. p. 82.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Reversibilidade do Direito: os Direitos Humanos na Tensão entre o Mercado, os Seres Humanos e a natureza.** Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Notadez/PPGCCRIM PUC/RS, n. 22, 2006.

SANCHÍS, Luis Pietro. **El constitucionalismo de Los Derechos.** In: CARBONELL, Miguel. **Teoría del constitucionalismo: Ensayos escogidos.** Madrid: Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo y ponderación judicial.** In: CARBONELL, Miguel. **Constucionalismo(s).** Madrid: Trotta. 2006

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral.** ICPC, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. **Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do supremo tribunal federal.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes. p. 149-165.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, MARCELO Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4. ed. 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZNICK, Valdir. **Direito penal na nova constituição.** São Paulo: Ícone, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes de Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 2008.