

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: AVANÇOS E DESAFIOS

*NEW CONSTITUTIONALISM AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL
LAW: ADVANCES AND CHALLENGES*

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ¹

RESUMO: O presente artigo estuda os fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito relacionados ao direito penal brasileiro, apresentando as particularidades destes fenômenos no âmbito criminal, destacando pontos de avanço e desafios que se impõem a partir do novo cenário jurídico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal. Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Constitucionalização.

ABSTRACT: This paper studies new conceptions of constitutionalism and constitutionalisation of law related to Brazilian criminal law, presenting particularities of such phenomena in the criminal area, emphasizing improvements and challenges put on by the contemporary legal scenario.

KEYWORDS: Criminal law. Constitutional law. New Constitutionalism. Constitutionalisation.

1. INTRODUÇÃO

Contando com pouco mais de 25 anos, a Constituição de 1988 trouxe para o cenário jurídico brasileiro mais do que promessas, novos paradigmas e novos institutos jurídicos; trouxe novas práticas e novas mentalidades jurídicas (e mesmo éticas) aos estudiosos e operadores do direito. Isso se faz notar a partir de um mero retrato panorâmico do direito brasileiro: uma vasta produção acadêmica em temas sensíveis como a dignidade da pessoa humana, as dimensões e aplicações do princípio da proporcionalidade, controle judicial de políticas públicas, entre outros temas de estudo; intensa aplicação judicial proativa de cláusulas abertas e princípios com maior grau de abstração (o que leva à discussão entre ativismo judicial e

¹ Mestre em Direito Penal e Bacharel pela UERJ

judicialização da política¹) e, conseqüentemente, mais vigor no que concerne ao exercício do controle de constitucionalidade, seja pela via incidental, seja por via concentrada.

Nesse contexto, cada um dos ramos do direito é influenciado, repensado e reconstruído à luz de novos paradigmas, e no direito penal não é diferente.

Propõe-se, portanto, a estudar o direito penal brasileiro considerando esse novo ambiente de ideias e práticas. A partir do breve estudo dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, serão apresentadas as dimensões e perspectivas abertas às ciências criminais brasileiras para que, ao final, seja possível fazer um balanço entre os avanços conquistados até o momento e os desafios que surgem ou permanecem nessa constante tarefa de edificação de uma ciência jurídico-penal no marco de um Estado Democrático de Direito comprometido com a transformação da realidade social subjacente.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 O neoconstitucionalismo e seus principais contornos teóricos

Na leitura de Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo ou “novo direito constitucional” significa um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, tomando por marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial e a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu nas duas últimas décadas finais do século XX; por marco filosófico o chamado “pós-positivismo”, centrado nos direitos fundamentais e reaproximando o direito da ética; e por marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional².

Por outro lado, Lênio Streck se mostra cético quanto ao uso do termo. Uma vez que a expressão se mostra plurívoca e controversa, muitas vezes abre-se margem a toda sorte de arbitrariedades, e, por isso, Streck postula que melhor opção seria o abandono do termo em prol do fortalecimento de uma teoria pós-positivista que permita o controle da discricionariedade judicial e mantenha hígida a separação entre direito e moral, com o

¹ Acerca da discussão, por todos, conferir BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.363-378.

² *Idem*. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, p. 11, mar./abr./maio. 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 06 set. 2015.

diferencial de se reelaborar, com maior vigor, uma hermenêutica (constitucional) mais rigorosa³.

Daniel Sarmento pontua que, na verdade, a palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, tampouco no cenário alemão, sendo um conceito formulado em especial na Espanha e na Itália, e que possui como referência fundamental a importante coletânea “Neoconstitucionalismo(s)”, organizada por Miguel Carbonell, publicada em 2003 na Espanha⁴. É verdade que se trata de um movimento bastante heterogêneo, mas é possível delinear suas principais características: (i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (ii) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc.; (iii) constitucionalização do direito, com a irradiação de normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (iv) reaproximação entre direito e moral; e (v) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário⁵.

Não se desconhece as críticas ao neoconstitucionalismo, sobretudo as que observam que a ênfase na aplicação de princípios constitucionais e na técnica da ponderação termina em instaurar uma “anarquia metodológica”, alimentar o decisionismo judicial, gerando assim insegurança jurídica⁶. Essas críticas devem ser levadas a sério, ainda mais se estamos na seara do direito penal (e do nosso sistema penal real), em que o decisionismo e a insegurança jurídica podem afetar de forma brutal e estigmatizante a vida de milhares de pessoas, seja por prisões ilegais, condenações desmesuradas, ou supressão de direitos e garantias constitucionais. Contudo, desde que se preze por um constitucionalismo que, sem diminuir o papel das instâncias democráticas na definição do direito, reconheça e valorize a expansividade das normas constitucionais pelo ordenamento, a invocação fundamentada e racional (e, por isso, controlável) dos princípios jurídicos, bem como a atuação judicial para proteção e promoção dos direitos fundamentais e da democracia, este neoconstitucionalismo pode ser defendido e promovido, ainda mais em nosso país, que conta com uma história constitucional tão frágil e uma realidade social tão violentamente desigual.

³ STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 122-127; 139-141.

⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmiento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>, p. 1. Acesso em 04 set. 2015.

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 202-203.

⁶ *Idem*, p. 206.

2.2 Constitucionalização do direito: o retrato de um fenômeno em curso

Conforme Luís Roberto Barroso, a ideia de constitucionalização do direito é associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo sobre a atuação dos Três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares⁷. A constitucionalização é obra precípua da jurisdição constitucional, que realiza concretamente a supremacia formal e axiológica da constituição⁸.

A constitucionalização do direito é, hoje, uma realidade, sendo difícil encontrar algum processo judicial em que não tenha sido invocado algum dispositivo constitucional⁹. Sarmiento e Souza Neto enumeram três ordens de causas que podem ajudar a compreender o fenômeno: (i) ampliou-se as tarefas das constituições, que, a partir do advento do Estado social, deixaram de tratar apenas da organização do Estado e de direitos individuais, passando a disciplinar muitos outros temas, como economia, família, meio ambiente, entre outros; (ii) sedimentou-se a ideia de que a constituição é norma jurídica e não mera proclamação política, o que se relaciona com a difusão e fortalecimento da jurisdição constitucional; (iii) com o advento da nova ordem constitucional, construiu-se (e ainda se constrói) uma cultura jurídica que passou a valorizar cada vez mais os princípios, como verdadeiras normas jurídicas com grande importância para o sistema, capazes de dirigir a interpretação de regras mais específicas¹⁰.

Neste ponto, interessa trabalhar as dimensões da constitucionalização hoje em voga e que auxiliam a compreender o fenômeno de forma mais detida; embora não seja pacífico, verificam-se, consoante lição de Louis Favoreu, três formas ou espécies de constitucionalização: (i) constitucionalização-inclusão; (ii) constitucionalização-releitura e (iii) constitucionalização-juridicização¹¹.

A constitucionalização-inclusão (também chamada de “constitucionalização-elevação”) é caracterizada por uma mudança observada quanto ao sistema de fontes ou da produção de normas¹², consistindo no tratamento pela Constituição de temas antes disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados¹³; é uma espécie de “deslizamento”

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 12.

⁸ *Idem*. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 403.

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁰ *Idem*, p. 40.

¹¹ FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; Verpeaux, Michel. **La constitutionnalisation des branches du droit**. Paris: Economica, 1998, p.190-192. Esta classificação não é unanimemente aceita; Sarmiento e Souza Neto trabalham apenas com as duas primeiras espécies (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 40 e 43); Siddharta Legale lança mão das três subcategorias (FERREIRA, Siddharta Legale. Constitucionalização do direito tributário: a justiça fiscal numa visão liberal-igualitária. **Revista da FESDT**, n.8, p.201-204, jan./jun, 2012.). Com todas as vênias a Sarmiento e Souza Neto, prefere-se seguir a classificação tripartite, por ser mais didática e permitir uma abordagem mais ampla da questão.

¹² FAVOREU, Louis. *Op.cit.*, p.191.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, *Op.cit.*, p. 41.

de matérias na repartição de competências entre a Constituição, a lei e o regulamento, fazendo assim as espécies normativas sofrerem uma alteração em seu campo de atuação¹⁴.

A constitucionalização-releitura (“constitucionalização-transformação”) liga-se a uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetarem uma eficácia irradiante, passando a nortear a interpretação da ordem jurídica, submetendo preceitos legais, conceitos, institutos dos mais variados ramos a uma filtragem constitucional, o que muda sua compreensão e aplicações concretas¹⁵. As noções de direitos fundamentais e democracia ganham especial relevo¹⁶, já que se constitucionalizam direitos e liberdades, o que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito e, ao mesmo tempo, à sua transformação¹⁷.

Por fim, a constitucionalização-judicialização, afeta essencialmente ao direito constitucional institucional¹⁸, indica um processo de judicialização da própria constituição, ou seja, suas normas passam a ser judicializáveis, aplicadas diretamente como normas jurídicas¹⁹; isso implica, na prática, que o conteúdo da Constituição passou a ser visto também no desenvolvimento dos precedentes das Cortes, fazendo com que a jurisprudência assumisse um papel de destaque²⁰.

Feita esta breve exposição, deve-se verificar de que forma o direito penal se insere neste fenômeno.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: DIMENSÕES E PERSPECTIVAS

Interessante perceber que, embora se esteja a estudar a constitucionalização do direito penal no cenário contemporâneo, direito penal e direito constitucional sempre estiveram historicamente vinculados. Batista e Zaffaroni afirmam que os dois saberes são dinamicamente ligados, uma vez que o direito constitucional avança em uma constante luta contra o descontrole do poder, que se vale da racionalização de dispositivos penais, sendo mesmo possível perceber que o direito penal constitucional, as disposições penais constitucionais precedem ao saber do direito penal²¹. De fato, pode-se caracterizar o direito

¹⁴ LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Os efeitos irradiantes da constituição sobre o direito privado: seu processo de constitucionalização.** Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6A-b6abAMNUJ:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/1873/1415+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 04 set. 2015, p. 462.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, *Op.cit.*, p. 41.

¹⁶ FERREIRA, Siddharta Legale, *Op.cit.*, p. 202.

¹⁷ FAVOREU, Loïs. *Op.cit.*, p. 191.

¹⁸ *Loc.cit.*

¹⁹ LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão, *Op.cit.*, p. 462.

²⁰ FERREIRA, Siddharta Legale. *Op.cit.*, p. 204.

²¹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**, I. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 319.

penal como um apêndice do direito constitucional, em razão de ser o instrumento de contenção do estado de polícia encapsulado dentro de todo estado de direito historicamente dado²².

Entretanto, embora nascidos no mesmo berço histórico, político e econômico, apenas recentemente, já num contexto neoconstitucionalista, os dois ramos do saber jurídico passaram a interagir de forma mais intensa e expressiva. Dessa forma, passa-se a estudar de que maneira cada subespécie de constitucionalização pode ser observada no direito penal contemporâneo.

3.1 A constitucionalização-inclusão e os mandados de criminalização

Um traço bastante comum das constituições do pós-guerra, de modo geral, é seu caráter analítico e o alto grau de complexidade de suas disposições – em suma, são constituições grandes e promissoras, que estipulam objetivos e compromissos com a realização do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 se insere neste contexto. Além de incluir em suas disposições matérias relativas a direito civil, administrativo, tributário, no direito penal ela não se limitou a traçar as garantias e direitos individuais, de forma limitativa; de forma inédita, nossa Constituição estabeleceu uma série de dispositivos criminalizantes, comumente chamados de “mandados de criminalização”.

Percebe Salo de Carvalho que nossa Constituição trouxe uma pauta criminalizadora, repleta de “normas penais programáticas”, que gerou, durante a década de 90, profunda expansão do direito penal e da criminalização no Brasil, ampliando, de forma inédita, os tipos penais²³. Temas como a proteção de minorias raciais, a criança e adolescente, o idoso, meio ambiente, sistema econômico e tributário, crimes hediondos, tráfico de drogas, todos receberam tutela penal²⁴, criando, dessa forma, num país de matrizes jurídicas profundamente autoritárias²⁵, as condições normativas ideais para a hipercriminalização e o encarceramento em massa, que hoje nos colocam titulares da 4ª maior população encarcerada do mundo ²⁶.

²² *Idem*, *ibidem*.

²³ CARVALHO, Salo de. A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado. In: Maria Lúcia Karam. (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças do Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

²⁴ *Idem*, p. 125.

²⁵ Sobre isto, imprescindível BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**, I. Rio de Janeiro: instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000; FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.261-384; CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁶ Conforme dados recentes do International Center for Prison Studies. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em 04 set. 2015.

Claro que esse cenário se deve, dentre inúmeros outros fatores, à própria atuação dos atores do sistema penal (Polícia, Ministério Público e Judiciário), diretamente responsáveis pelos mecanismos de criminalização secundária²⁷; mas é inegável que a constitucionalização-inclusão promovida pela Carta de 1988, no que diz respeito ao direito penal, deu status constitucional a programas criminalizantes das mais variadas espécies, o que, por um lado, implica não só em expansão de poder punitivo, como traz, para o âmbito jurídico-teórico, importantes discussões no sentido da conformação constitucional do direito penal, seja pelo incremento da criminalização de determinadas condutas, seja pela limitação ou mesmo supressão de crimes que não mais se sustentam no marco de uma ordem constitucional democrática. É o fenômeno da constitucionalização-releitura, que, no direito penal, se procede no âmbito da teoria do bem jurídico, nas teorias da pena e no estudo dos princípios penais fundamentais.

3.2 A constitucionalização-releitura: o bem jurídico e as teorias da pena

3.2.1 O bem jurídico e sua releitura constitucional

De modo geral, o direito constitucional elabora e teoriza o direito penal principalmente a partir do bem jurídico.

Contudo, antes mesmo de se conceber a ideia de bem jurídico, o penalismo ilustrado travava uma “guerra teórica” acerca da legitimação das normas penais e do conceito de crime. Buscava-se combater a noção de delito como mera violação a uma norma jurídica, e é nesse contexto que o pensamento de Feuerbach despontaria, afirmando ser este a afronta a um direito subjetivo de outrem²⁸. O Estado não poderia, assim, incriminar qualquer conduta, mas apenas aquelas que implicassem um dano social²⁹.

Essa concepção, fortemente ancorada em um paradigma jusnaturalista, começa a sofrer oposição e a ideia de tutela de um bem jurídico passa a ser construída no século XIX, em 1834, com Birnbaum³⁰. Afirmava-se assim que o crime era, em sua essência, lesão ou periclitamento de um bem (do indivíduo ou do corpo social), garantido pelo Estado³¹. É iniciada, assim, a ruptura com os postulados iluministas, conferindo uma função crítica, e ao mesmo tempo legitimadora das leis, assumindo-se, na leitura de Knut Amelung, um novo paradigma positivista, de referência sistêmico-social³².

²⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op. cit.*, p. 46-57.

²⁸ SÁ, Ana Luíza Barbosa de. **Controle racional das normas de direito penal econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014, p. 72.

²⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª Ed, rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 183.

³⁰ SÁ, Ana Luíza Barbosa de, *Op. cit.* p. 72.

³¹ FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36.

³² SÁ, Ana Luíza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 73-74.

É justamente no positivismo que o bem jurídico ganhará mais robustez teórica. Essa corrente de pensamento se subdivide, basicamente, em duas correntes: o positivismo normativista de Binding; e o positivismo naturalista de Von Liszt³³. Bem jurídico, para o primeiro, era:

Tudo o que tem valor aos olhos do legislador, cuja serena preservação ele deve assegurar por meio das normas. Bens jurídicos não são apenas a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a honra sexual de cada indivíduo, como também seus créditos, os objetos de direito real, a autenticidade e a veracidade dos meios de prova assim como dos sinais notariais, a autoridade das repartições públicas, o território nacional, a força bélica dos Estados durante a guerra: de maneira curta, tudo o que configure objeto de um ataque delituoso, com exceção do direito de obediência dos Estados.³⁴

Karl Binding defendia, dessa forma, uma concepção de bem jurídico que se reduzia, basicamente, à vontade declarada do Estado³⁵. Von Liszt, por sua vez, sustentava que

Em todo o direito está a vontade das pessoas; seus interesses, tanto individuais quanto coletivos, devem ser protegidos e cuidados por meio das regras de Direito. Os interesses juridicamente protegidos são chamados de bens jurídicos³⁶.

Sucedendo o positivismo, surge o neokantismo, que, embora não muito diferente da corrente anterior, trabalharia com um puro juízo normativo, substituindo a noção material de bem pela noção de valor cultural (hipotético), que habitaria os imperativos e proibições da norma³⁷. As concepções são teleológicas, caracterizando-se o bem jurídico como o próprio fim da norma incriminadora, sem qualquer função limitadora; o resultado dessa concepção é a história que fala por si, já que foi utilizada por ideais totalitários, tais como os defendidos pela escola de Kiel no regime nacional socialista³⁸.

No pós-guerra, a partir das reações ao positivismo jurídico, tido como legitimador do autoritarismo, surge o pensamento de Max Ernst Mayer, que buscou restabelecer o conteúdo do bem jurídico, restaurando o seu papel de elemento nuclear do injusto, mas ainda fazendo depender o conceito de bem jurídico das normas de cultura, concebidas como um substrato pré-jurídico de qualquer processo legislativo, delineando-se, assim, a sua ontologicidade, melhor desenvolvida por Hans Welzel no âmbito do finalismo³⁹.

³³ SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 76.

³⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

³⁵ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 187.

³⁶ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Op. cit.*, p. 79.

³⁷ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 189.

³⁸ SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 78-79.

³⁹ TAVARES, Juarez; *Op. cit.*, p. 190.

Welzel, inaugurando uma visão ontológica de bem jurídico, manteve o sentido de objeto de proteção da norma neokantiano, mas deu preferência aos chamados valores ético-sociais; foi, na verdade, uma tentativa de se rediscutir um novo programa de direito natural como fundamento à sua teoria do bem jurídico ⁴⁰.

O movimento teórico seguinte (e mais atual) é o funcionalismo, que se subdivide em três grupos: estrutural, funcional-próprio e funcional-impróprio⁴¹.

O modelo funcional-estruturalista, que encontra um destacado representante na figura de Muñoz Conde, entende ser a norma penal um instrumento de controle social, pelo qual se assegura e, ao mesmo tempo, se legitima o autocontrole do poder político; visa-se garantir a reprodução do sistema, sua estabilidade e, socialmente, a convivência; o modelo funcional-próprio, representado aqui pelo pensamento de Jakobs, parte do pressuposto de que à norma penal só interessa assegurar a expectativa de uma conduta correta, identificando-se os bens jurídicos com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz jurídica; por último, o modelo funcional-impróprio é associado à teoria de Roxin, que pretende revitalizar o conceito de bem jurídico a partir de uma base de política criminal ancorada nos preceitos da Constituição, definindo bem jurídico, como os “dados da realidade ou determinados objetivos, úteis ao funcionamento do sistema, ou ao indivíduo, e ao seu livre desenvolvimento nos limites de um sistema global” ⁴².

Toda construção teórica possui suas virtudes e defeitos; entretanto, é fora de dúvida que a inevitável inserção do direito penal no bojo da Constituição promove, nesta seara, o fenômeno da constitucionalização-releitura, devendo-se analisar o bem jurídico a partir da ordem constitucional.

De acordo com Janaina Conceição Paschoal⁴³, surgem teorias segundo as quais é a Constituição que reflete os referidos bens; ou seja, tendo-se em vista o fato de ser a Carta o documento que reúne os valores mais caros para uma sociedade, é nela que o legislador se deve pautar quando da escolha dos bens a serem tratados pelo direito penal. A dedução, dessa forma, é possível: o constituinte buscaria os bens jurídico-penais na sociedade para então o legislador os retirar da Constituição.

No entanto, afirmar que a Constituição consagra direitos fundamentais, que tomam a forma de bens jurídicos e que estes, por sua vez, devem ser protegidos ou tutelados pelo direito penal não é suficiente. É preciso ir além e questionar se a Constituição indicaria ao intérprete que a função do direito penal deveria ser a de proteção a bens jurídicos, se seria este o seu

⁴⁰ *Idem*, p. 191-192.

⁴¹ *Idem*, p. 195.

⁴² *Idem*, p. 195-197

⁴³ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 49.

projeto político-criminal e se o bem jurídico seria a forma linguística penal que deveriam assumir os direitos fundamentais.

No presente contexto constitucional, em que se demanda a máxima efetividade, o conteúdo material dos bens jurídicos deve guardar alguma relação de correspondência com os direitos fundamentais, valendo destacar a posição de Jorge de Figueiredo Dias, que entende que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”⁴⁴.

Este é o ponto mais delicado da interseção entre direito penal e direito constitucional, uma vez que se demanda um norte interpretativo, uma direção a se seguir. Há várias maneiras diferentes de se resolver o problema; de nossa parte, que partimos de uma premissa garantista (que entendemos estar consagrada constitucionalmente)⁴⁵, que busca a limitação do poder de punir do Estado, parece adequado que se considere que o direito penal deve ficar restrito aos direitos fundamentais⁴⁶, conteúdo axiológico-normativo dos bens jurídicos. Na relação entre a Constituição e o direito penal se discute se aquela constitui um limite negativo, ou seja, significando que toda criminalização, ainda que busque um valor ou bem não albergado na Constituição, poderia ser admitida desde que não desrespeitasse frontalmente o texto constitucional; ou se a Carta constituiria um limite positivo ao direito penal, conformando a criminalização somente em vista dos bens reconhecidos pela Constituição como caros a uma determinada sociedade⁴⁷.

Dentro do segundo posicionamento, encontram-se duas subdivisões: se o direito penal figura como potencial espelho da Constituição, em que todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais; ou se ele, na verdade, aparece como instrumento de tutela a direitos fundamentais, em que não basta estar um bem albergado pela ordem constitucional para que seja digno de tutela penal, devendo também ostentar a natureza de direito fundamental⁴⁸.

O melhor entendimento deve ser aquele que parte da premissa de que o bem jurídico deve ter um conteúdo axiológico-normativo de direito fundamental, e, assim, outra não pode ser senão a conclusão de que a Constituição, num marco garantista de limitação, deve figurar

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 252.

⁴⁵ Sobre isto, conferir FERRAZ, Hamilton e GLIOCHE, Patrícia Glioche Béze. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes e MARTINS, Vanderlei (org.). **Direito em movimento**. Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2015, p. 44 e 57.

⁴⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Op. cit.*, p. 68.

⁴⁷ *Idem*, p. 55 e 59.

⁴⁸ *Idem*, p. 60-63.

como limite positivo ao direito penal⁴⁹, devendo este ser um instrumento em prol de direitos fundamentais.

3.2.2 As teorias da pena e a Constituição

Tema tradicionalmente estudado no âmbito do direito penal⁵⁰, as teorias da pena constituem o principal pilar sobre o qual se ergue a estruturação teórica dos mais variados institutos do direito penal. Com efeito, seja no âmbito da teoria do delito, seja na própria aplicação da pena, todo o saber jurídico-penal é afetado, direta ou indiretamente, pela concepção que se sustenta em relação à pena.

A partir do momento em que a Constituição interpenetra o direito penal, a discussão acerca das finalidades, propósitos e justificativas da pena passa a ser informada pelo que a Constituição consagra ou não na matéria.

Em abordagem crítica, Salo de Carvalho⁵¹ percebe que a Constituição de 1988 merece uma análise diferenciada. Isto porque, diferentemente das Constituições espanhola (1978) e italiana (1947), por exemplo, a nossa Carta não trata expressamente da fundamentação da pena. Na Espanha, a Constituição estabelece a reeducação e a reinserção social, condicionando a limitação dos direitos fundamentais do condenado àquela finalidade; na Itália determina-se como função da pena a reeducação do condenado⁵²; e, vale destacar a própria Constituição portuguesa (1976), em seu art. 2º, quando aponta que as restrições de direitos só se justificam se necessárias para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Nossa Constituição se insere no mesmo contexto das constituições apontadas e não trouxe qualquer disposição do tipo no que se refere à pena. Na verdade, nosso constituinte abdicou da resposta ao “por que punir” e direcionou seus esforços para delimitar o “como punir”. Observa o professor que o delineamento das penas em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado⁵³; nesse sentido, sustenta que a Constituição de 1988, de maneira

⁴⁹ *Idem*, p. 68.

⁵⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op. cit.* p. 108-130; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.230-324; CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 37-155;

⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 259.

⁵² *Idem*, p. 260.

⁵³ *Idem, ibidem.*

peculiar, consagra uma perspectiva agnóstica⁵⁴, de redução de danos, em matéria de direito penal⁵⁵.

No mesmo sentido, Rodrigo Roig aponta ainda que, partindo do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade das penas, e que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que promova o bem de todos é incompatível com a habilitação desmesurada e irracional de poder punitivo, pode-se concluir pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional, por parte das agências jurídicas, de minimização da intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo⁵⁶, devendo-se considerar não recepcionadas pela Constituição as finalidades de retribuição ou prevenção⁵⁷.

Entretanto, esta visão, que ora se adota, é francamente minoritária; majoritariamente, constitucionalistas e penalistas contemporâneos sustentam que a Constituição impõe à pena uma função protetiva, de tutela de bens jurídicos fundamentais⁵⁸. Este entendimento faz significativa diferença para a estruturação e elaboração teórica do direito penal, implicando na aceitação de certas posições em detrimento de outras, e na determinação de quais interpretações jurídico-penais são compatíveis ou não com a Constituição.

3.2.3 O direito penal e os princípios: a introdução de novos standards interpretativos e releituras constitucionais dos princípios penais

Deve-se admitir que, no direito penal, as grandes discussões de teoria e filosofia do direito, hermenêutica, teoria da argumentação e teoria do discurso, no que diz respeito à questão do tratamento de princípios e regras, ainda são novidade e sua recente introdução no ambiente jurídico-penal se deve principalmente graças ao fenômeno da constitucionalização-releitura.

⁵⁴ A chamada “teoria agnóstica (ou negativa) da pena”, edificada por Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, sustenta ser a pena uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. Cuida-se de um conceito negativo, uma vez que não concede qualquer função positiva à pena; e é obtido por exclusão, já que é uma coerção que não se enquadra nem num modelo reparador ou administrativo direto. É também uma perspectiva agnóstica quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la (BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Eugenio Raúl et. al. *Op. cit.* p.99). Tem antecedente histórico em Tobias Barreto, em seu “fundamentos do direito de punir” (1884), que pontuava: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 156). Zaffaroni resgatou Tobias Barreto, formulando sua chamada “regra de três”: o direito penal está para a pena assim como o direito internacional humanitário está para a guerra (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.268).

⁵⁵ *Idem*, p. 261.

⁵⁶ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 22.

⁵⁷ *Idem*. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

⁵⁸ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 60; STRECK, Lênio Luiz. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>, Acesso em 04 set. 2015, p. 5; PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 54; SÁ, Ana Luíza Barbosa de. *Op.cit.*, p.67-68, TAVARES, Juarez. *Op.cit.*, p.216, BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14-15.

Com o risco de aparentar um simplismo excessivo, podemos dizer que, no direito, teorias consistem, também, em instrumentos orientados a determinados fins. E esta colocação vale igualmente para a teoria dos princípios. É uma afirmação de certa forma incômoda, mas necessária de ser feita, sobretudo se considerarmos a experiência histórica nazista, onde foi possível a construção de um direito penal ancorado não na legalidade estrita, mas em seu exato oposto e seus subprincípios estruturantes de todo aquele ordenamento⁵⁹.

Outra observação digna de nota é que, dado o caráter transitório e provisório dos princípios⁶⁰, a imagem que deles pode ser feita é a de premissas arbitrariamente tomadas, a partir das quais, contudo, no esclarecimento e reconstrução das normas jurídicas, se podem estabelecer articulações lógicas⁶¹.

Seja como for, os princípios básicos em matéria penal guardam um sentido programático e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa se elaborar o direito penal de um estado de direito democrático⁶². Para que se possa construir esta elaboração, num marco garantista, deve-se reiterar a tarefa do direito penal, e esta só pode ser a contenção e filtragem da irracionalidade e violência do poder punitivo⁶³. Contudo, se este (o poder punitivo) é um fato político dotado de força irracional, tal contenção e filtragem deve ser racional para compensar, até onde puder, sua violência seletiva⁶⁴. E aqui se inserem os princípios jurídicos, instrumentos que terão a função de controlar o arbítrio, o decisionismo e capazes de proporcionar a responsabilização ético-política dos atores jurídicos.

Sublinhamos a observação de Sarmento e Souza Neto quando concluem que, de fato, não existe um único critério “certo” para distinguir princípios de regras, uma vez que as convenções linguísticas existentes no campo do direito ainda não se estabilizaram nesta matéria a ponto de se definir um único sentido técnico e preciso para estas expressões, devendo-se ter cuidado nos critérios de diferenciação, já que importam em composições sistêmicas e consequências jurídicas distintas⁶⁵.

Dessa forma, como a questão ainda está em aberto, emprega-se a distinção elaborada por Robert Alexy⁶⁶, incorporando as ressalvas dos professores Sarmento e Souza Neto⁶⁷. Ou seja, princípios são “mandados de otimização”, que devem ser cumpridos na maior medida

⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 63. Adverte-se a ressalva jusnaturalista de não se pretender chamar aquele ordenamento de “direito”, assumindo em maior ou menor medida a “fórmula de Radbruch”, segundo a qual direito injusto é direito nulo (RADBRUCH, Gustav. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1971, p. 14.)

⁶⁰ _____; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.*, p. 201.

⁶¹ _____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 63.

⁶² *Idem*, p. 61 e 62.

⁶³ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.*, p. 25.

⁶⁴ *Loc.cit.*

⁶⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 384.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 85-141.

⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 385.

possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, relacionadas a possíveis colisões com princípios contrapostos; já as regras não podem ser cumpridas de modo gradual, apenas integralmente ou não; em caso de conflito, os princípios admitem ponderação; com as regras, procede-se à invalidação de uma delas ou do reconhecimento de sua não incidência ao caso; ressalva-se que, mesmo em casos excepcionais e com um pesado ônus argumentativo, até as regras constitucionais podem sujeitar-se a ponderações⁶⁸.

Posto isso, verifica-se que o direito penal vem sofrendo grandes transformações em função de novos estudos e compreensões de princípios fundamentais – notadamente, a dignidade da pessoa humana⁶⁹, que se encontra no âmago da discussão da ADPF 347, que busca a declaração do estado de coisas inconstitucional⁷⁰ do sistema prisional brasileiro; bem como o princípio da proporcionalidade, que, tradicionalmente estudado como a proporcionalidade entre delitos (lesões) e penas, seja em sede de legislação, aplicação e execução da pena⁷¹, passa a adquirir o sentido de regra de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, que objetiva fornecer subsídios para a atividade jurisprudencial⁷², assumindo também, nos mesmos moldes dos direitos fundamentais, uma dupla dimensão⁷³, isto é, um viés negativo, de contenção, de limite aos limites, chamado de proibição do excesso, a conter o arbítrio dos governantes; e um viés positivo, afirmativo, no bojo da compreensão de que é papel do Estado atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, podendo ser até mesmo utilizado para combater a inércia ou a atuação deficiente do Estado em prol de bens jurídicos tutelados pela Constituição, como proibição da proteção deficiente⁷⁴.

Delineadas as principais linhas da constitucionalização-releitura no direito penal, passa-se à terceira forma de constitucionalização, de maneira a observar a atuação concreta de nossa jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

3.3 A constitucionalização-juridicização: breves anotações da jurisdição penal-constitucional brasileira⁷⁵

⁶⁸ *Idem*, p. 381-385.

⁶⁹ Conferir, por todos, BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010; e SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.121-128.

⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo: Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.

⁷¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 66.

⁷² SÁ, Ana Luiza Barbosa de. *Op. cit.*, p. 98.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 338.

⁷⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 480.

⁷⁵ Opta-se por trabalhar a constitucionalização-juridicização não apenas em sentido estrito (criação jurisprudencial do direito), mas em um sentido mais amplo, a indicar os efeitos e problemáticas decorrentes da judicialização do direito penal em si, num contexto neoconstitucionalista.

O cenário penal-constitucional no que diz respeito à jurisprudência brasileira (em especial, do STF) encontra-se hoje em franca ebulição. Ao longo da vigência da Constituição de 1988 foram tomadas importantes decisões em matéria penal, como o famoso precedente que consagrou os parâmetros relativos à aplicação do princípio da insignificância⁷⁶ e as decisões em sede de controle de constitucionalidade, dentre as quais destacamos: inconstitucionalidade do regime integralmente fechado (art. 2º, §1º, Lei 8.072/90)⁷⁷; inconstitucionalidade incidental do regime inicialmente fechado (redação da Lei 11.464/07)⁷⁸; inconstitucionalidade da vedação apriorística da concessão de liberdade provisória (art. 44, Lei de Drogas)⁷⁹; inconstitucionalidade da proibição da vedação da conversão da PPL em PRD no tráfico (art. 44, Lei de Drogas)⁸⁰; aplicabilidade da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção deficiente no direito penal⁸¹; atipicidade do aborto de feto anencefálico⁸²; reconhecimento da constitucionalidade da reincidência⁸³; e, por fim, a própria condução emblemática da Ação Penal 470, vulgo “mensalão”, que tantas discussões suscitou e suscita no meio jurídico.

Mais recentemente, faz-se necessário destacar MI 4.733 e ADO 26 que, com base no princípio da proibição da proteção deficiente, postulam a declaração da mora legislativa inconstitucional no que diz respeito à criminalização da homofobia e transfobia, requerendo, em caso de inércia legislativa, a tipificação de tais condutas no âmbito da Lei de Racismo, mesmo pelo Judiciário (ainda pendente de julgamento, mas que será um importantíssimo precedente a ser estudado no âmbito da constitucionalização-juridicização); o RE 580.252/MS, de relatoria do Ministro Zavascky em que se discute a responsabilidade do Estado e o consequente dever de indenizar, por danos morais, o cidadão preso e submetido a tratamento desumano e degradante (o Min. Barroso propôs remição de pena como forma de indenização⁸⁴); RE 591.054/SC – Rel. Min. Marco Aurélio⁸⁵ que reabre discussão dos maus antecedentes à luz do princípio da não-culpabilidade, no qual prevaleceu entendimento já consagrado na súmula 444, STJ⁸⁶, ressalvando-se a possibilidade de modificação deste

⁷⁶ STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.10.2004. DJ 207, DIVULG 27-10-2004.

⁷⁷ STF, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006. DJ 49 DIVULG 13-03-2006, que posteriormente tornou-se a súmula vinculante 26, STF.

⁷⁸ STF, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 27.06.2012. DJ 152 DIVULG 03-08-2012.

⁷⁹ STF, HC 103.362/PI, Rel. Min. Celso de Mello, J. 06.03.2012. DJ 54 DIVULG 15-03-2012.

⁸⁰ STF, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, J. 01.09.2010, DJE 247, DIVULG 15-03-2010, que deu ensejo à Resolução 5/2012 do Senado Federal.

⁸¹ STF, RE 418.376-5, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.02.2006, DJ 43, DIVULG 03-03-2006. Este princípio seria abraçado mais vezes no STF, pelo voto de Gilmar Mendes em mais duas ocasiões, na ADI 3112, que questionava as restrições impostas pelo Estatuto do Desarmamento, alegações que foram refutadas; e (ii) no HC 16.212, em que se questionava a validade do afastamento do instituto da conciliação previsto na lei 9099 no que diz respeito aos crimes de violência doméstica contra a mulher, na lei 11340/06, o que foi refutado em vista da proteção da mulher (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 482 e 483).

⁸² STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.04.2012, DJE 77, DIVULG 19-04-2012.

⁸³ STF, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 04.04.2013, DJE 68, DIVULG 12-04-2013.

⁸⁴ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>>. Acesso em 05 set. 2015.

⁸⁵ STF, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 17.12.2014, DJE 37, DIVULG 25-02-2015.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquiridos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. ANGHER, Anne Joyce (org.). 20ª Ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 2144.

posicionamento a posteriori; ADI 5240, acerca da audiência de custódia⁸⁷, reconhecendo a constitucionalidade da regulação deste direito pelo TJSP; RE 635.659/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versa sobre a inconstitucionalidade do art. 28, Lei de Drogas e, finalmente, a ADPF 347, acerca do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, com a consequente adoção de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

Neste ambiente em que questões jurídico-penais são cada vez mais submetidas a uma interpretação constitucional dada pelo órgão máximo do Judiciário, formando precedentes importantíssimos em um local em que não apenas são ventilados argumentos estritamente jurídico-penais ou constitucionais, mas também compreensões de criminologia e política criminal (ainda que não explicitadas no corpo das decisões), a constitucionalização-juridicização, em relação ao direito penal, é fenômeno que, embora restrito pelo princípio da legalidade estrita, se dá de forma extremamente sensível e importante.

4. CONCLUSÃO

Numa área do direito tão suscetível a emoções e paixões, fazer um balanço da trajetória penal-constitucional sob a égide da Constituição de 1988 não é tarefa fácil. É necessário equilíbrio e temperança.

Por muito tempo, penalistas brasileiros lutaram praticamente sozinhos contra o avanço e os abusos do poder punitivo do Estado, entrincheirados em seu próprio saber jurídico, sem amparo de uma Constituição efetiva e com pouco suporte de outros ramos do direito.

Em tempos neoconstitucionalistas, o fenômeno da constitucionalização do direito penal deu “sangue novo” a este ramo do ordenamento, a partir da abertura de várias possibilidades de pesquisa e estudo; pela oxigenação constitucional de vários institutos tradicionais do direito penal, como o bem jurídico, as teorias da pena e os princípios penais fundamentais; e pela atuação cada vez mais importante do STF em matéria penal-constitucional.

Temos, de fato, do que nos orgulhar de nossa caminhada até aqui, e em tempos de grande instabilidade política como os atuais, em que as instituições constitucionais e a democracia são postas à prova, devemos proteger e zelar nossa Constituição, nosso maior triunfo na superação de um regime autoritário e ditatorial, que permite, “aos trancos e

⁸⁷ Sobre este tema, fundamental a leitura de BADARÓ, Gustavo. **Parecer:** prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia. Disponível em: https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%A2ncia_de_cust%C3%B3dia. Acesso em 05 set 2015.

barrancos” (e melhor do que nossas Cartas anteriores), a efetiva promoção de uma sociedade mais justa e democrática.

Contudo, o direito penal e o direito constitucional não podem teorizar a partir do Olimpo dos princípios, das teorias da argumentação, do bem jurídico. A reconstrução constitucional de nosso direito penal não pode ser feita de forma alheia à realidade empírica subjacente, sob pena de se fazer ou teorias inócuas, que em nada contribuem para a mudança do *status quo*, ou teorias subservientes aos interesses políticos de ocasião.

E a nossa realidade é calamitosa, para dizer o mínimo. Nas palavras certeiras da criminóloga Vera Malaguti

Nós, do campo da esquerda no Brasil, temos de lidar com uma realidade incômoda e trágica. Nós, que lutamos contra a ditadura militar, devemos encarar o fato que a democracia que ajudamos a construir tortura e mata mais do que o ciclo militar. Um dos nossos principais problemas é negar a realidade⁸⁸.

Sem adentrar nos inúmeros problemas de nosso sistema penal, basta notar a singular, notória e evidente constatação de que os Três Poderes conseguem conviver com a superlotação dos cárceres brasileiros, fora suas péssimas condições, tratamento desumano e degradante, tortura, entre outros problemas – fatos que, em si, já comprometem a própria legalidade do sistema⁸⁹ – o que indica que o direito penal brasileiro ainda permanece alheio às grandes transformações e promessas emancipatórias do neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, apontam-se os principais desafios que se impõem à reconstrução democrática e constitucional do direito penal brasileiro:

- (i) **Aprofundamento no controle de constitucionalidade em normas penais e processuais penais.**

⁸⁸ BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira e BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.29.

⁸⁹ Sobre a questão da superlotação, há que se indicar o princípio “*numerus clausus*”, isto é, o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução. Embora pouco discutido no Brasil, trata-se de um princípio muito estudado e discutido na Europa há mais de vinte anos – assim, afirmar que o sistema penal brasileiro é ilegal por permitir a superlotação não se trata de mera afirmação retórica, mas uma discussão que deve ser levada a sério, sobretudo no âmbito acadêmico. Para maior aprofundamento, conferir ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.87-101.

Cuida-se de tema de desenvolvimento ainda extremamente tímido. Estudar as modalidades e técnicas de controle nesse ramo do direito é uma necessidade, sobretudo o cotejo com o estudo de teoria do delito e teoria do bem jurídico.

Mas estudar apenas não é suficiente. Não parece aceitável, por exemplo, que até o momento permaneça intacto todo um arcabouço normativo em matéria de aplicação de pena que consagra institutos típicos de um direito penal de autor⁹⁰, como “personalidade”, “conduta social”, a própria periculosidade – relativa às medidas de segurança, mas, que na prática, contamina a culpabilidade⁹¹ -, entre tantos outros. Estes tumores positivistas em nossa legislação infraconstitucional não se coadunam com a nova visão de direito encampada pelo neoconstitucionalismo e constituem tristes e persistentes óbices a uma efetiva constitucionalização do direito penal.

- (ii) **Aprofundamento nos estudos e pesquisas sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional” e as relações que podem ser traçadas a partir dele no direito penal e no direito constitucional.**

Concebida pela Suprema Corte Colombiana, o Estado de Coisas Inconstitucional, em apertada síntese, se refere à constatação de um quadro extremo de inércia estatal, de forma ampla, generalizada e sistêmica, que provoca violação massiva de direitos fundamentais⁹². É o que está hoje em discussão no STF, no julgamento da ADPF 347.

Cuida-se de um conceito extremamente fértil e promissor para o direito penal brasileiro, não apenas por suas possibilidades empíricas, mas também pela inserção deste ramo do direito no debate mais amplo entre democracia, políticas públicas, judicialização e ativismo judicial, o que pode permitir uma profícua abertura teórica, absolutamente necessária considerando o contexto de um Judiciário (ainda) bastante conservador e autoritário.

⁹⁰ O direito penal de autor é uma teoria jurídico-penal que se caracteriza por defender que circunstâncias da vida e da personalidade dos agentes devem ser: (i) a base sobre a qual se constroem e expressam os tipos penais; e (ii) os fatores determinantes para a cominação, aplicação e execução da pena criminal. Nascido no contexto do positivismo italiano e alemão e tremendamente expandido no sistema penal nazista contrapõe-se ao direito penal do ato, que pretende que os tipos penais sejam construídos sobre, e expressos por ações exteriores singulares, e que as penas sejam cominadas e aplicadas em função tão somente da gravidade destas ações exteriores singulares (FRAGOSO, Cristiano Falk. *Op.cit.*, p. 232-234). Para aprofundamento, conferir também BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Op.cit.* p. 131-137.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: Joel Côrrea de Lima; Rubens R. R. Casara. (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 927.

⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo: Estado de coisas inconstitucional**. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.

- (iii) **Necessidade de se repensar o papel do STF no julgamento e condução de ações penais e sua competência para julgamento destas matérias.**

Trata-se de um ponto que, embora de lege ferenda, merece atenção por conta do fenômeno da constitucionalização-judicialização.

O STF, a partir de 1988, tornou-se uma Corte extremamente versátil, julgando não apenas questões atinentes à constitucionalidade de atos normativos, mas também, em certas hipóteses, conduzindo e processando ações penais.

Essa é uma competência problemática.

O próprio Ministro Barroso já afirmou não possuir o STF vocação ou estrutura para a condução de ações penais⁹³, haja vista o intenso contágio político da Corte e a apreensão da opinião pública e da mídia sobre os fatos; o que se deveria reservar ao STF seria, como defende o Ministro, a competência para dar a palavra final.

Na verdade, essa competência gera problemas também na perspectiva da constitucionalização-judicialização, já que o processamento e julgamento de ações penais na Suprema Corte, por serem questões quase sempre polêmicas, de grande interesse público e repercussão midiática – e nenhum julgador é absolutamente imune a esse tipo de pressão -, terminam por dar à luz precedentes jurídico-penais cuja gestação é marcada por inúmeras influências e controvérsias políticas, pressões externas, entre outros fatores, o que, antes de tudo, termina por minar a própria força normativa da Constituição.

- (iv) **Necessidade de diálogo não apenas entre o direito constitucional e o direito penal, mas, sobretudo com a criminologia e a política criminal.**

Este é menos um problema judicial e mais um problema acadêmico, que envolve a pesquisa e o estudo interdisciplinar entre estes saberes. Assim como é fundamental a um penalista que conheça e estude teoria do direito, argumentação, e acompanhe a produção relativa ao direito constitucional, o constitucionalista, ao trabalhar a questão criminal, deve conhecer a produção dogmática e criminológica oriunda das ciências jurídico-penais. No contexto atual, em que a ADPF 347 não apenas postula por mudanças e transformações, mas,

⁹³ Conforme entrevista disponível em: <<http://www.oabRJ.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17953-o-stf-e-um-tribunal-soterrado-por-miudezas-diz-barroso>> . Acesso em 05 set. 2015.

antes de tudo, nos convida à reflexão sobre nosso sistema penal como um todo, a interdisciplinaridade entre estes saberes torna-se imprescindível, sob o risco de se cometer mais do que equívocos ou “gafes” acadêmicas, mas verdadeiros massacres juridicamente legitimados⁹⁴ sobre a população marginalizada e vulnerável, quase sempre a clientela preferencial do sistema penal brasileiro.

Dessa forma, se corretamente equalizada, a interdisciplinaridade entre o direito constitucional, o direito penal, a criminologia e a política criminal pode produzir um profícuo saber emancipatório, íntegro o suficiente para permitir a compreensão e consequente transformação constitucional e democrática do objeto comum a esses saberes, qual seja, o poder punitivo estatal.

(v) Assegurar-se do risco de constitucionalização simbólica no direito penal.

A constitucionalização simbólica, estudada pelo professor Marcelo Neves, em apertada síntese, é um fenômeno no qual se verifica de forma generalizada uma insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, acompanhada de um funcionamento hipetroficamente político-ideológico da atividade e textos constitucionais⁹⁵. Em outras palavras, ocorre o predomínio da função política latente da Constituição em detrimento da força normativo-jurídica do texto legal⁹⁶.

É bem verdade que esse conceito classificatório, que remonta a Loewenstein, enquadra-se no chamado conceito típico-ideal de sentido weberiano, ou seja, um conceito normativo ao qual a realidade corresponderá em maior ou menor grau⁹⁷, podendo-se avaliar dada realidade pela predominância do aspecto correspondente no tipo ideal. Entretanto, pode-se dizer que a constitucionalização simbólica tende a corromper a separação que deve existir entre o sistema jurídico e outros subsistemas sociais, permitindo que elementos estranhos ao direito (como riqueza, poder político) se lhe infiltrem, em detrimento dos valores da igualdade e do Estado de Direito⁹⁸; por outro lado, a constitucionalização simbólica também faz emergir da Carta um espaço de luta, permitindo a todos os envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto que busquem a realização destes ideais⁹⁹.

⁹⁴ ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida**: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.262-263.

⁹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 83-91.

⁹⁶ _____. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.67.

⁹⁷ _____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994, p. 95.

⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p. 62.

⁹⁹ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 162.

É incerto e temerário, dados os limites do trabalho, afirmar com certeza quais as consequências deste fenômeno no direito penal brasileiro; este é um tema que demandaria uma profunda e detida pesquisa à parte. Contudo, não seria equivocada sugerir que este fenômeno, no direito penal, certamente não traria consequências emancipatórias, democráticas. Como quase toda forma simbolismo no direito penal¹⁰⁰, a tendência é pela expansão de poder punitivo, e não por sua contração.

Assim, os desafios apontados giram em torno, na verdade, do principal e mais tormentoso desafio: a reconstrução constitucional do direito penal brasileiro, tarefa permanente que se impõe a todos nós.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

BADARÓ, Gustavo. **Parecer: prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. Disponível em: < [https://www.academia.edu/9457415/Parecer - Pris%C3%A3o em flagrante delito e direito %C3%A0 audi%C3%Aancia de cust%C3%B3dia](https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia)>. Acesso em 05 set 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 9, mar./abr./maio. 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 06 set. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. Rio de Janeiro: instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000.

¹⁰⁰Trabalhando (e criticando) o simbólico no direito penal, contudo, em sentido diverso do empregado por Marcelo Neves, conferir HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos estrutura, política. Organização e revisão** Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et.al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.209-230.

- _____.; ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro, I.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira e BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BRASIL. STF, HC 84.412-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 19.10.2004. DJ 207, DIVULG 27-10-2004.
- _____. STF, HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 23.02.2006. DJ 49 DIVULG 13-03-2006.
- _____. STF, HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 27.06.2012. DJ 152 DIVULG 03-08-2012.
- _____. STF, HC 103.362/PI, Rel. Min. Celso de Mello, J. 06.03.2012. DJ 54 DIVULG 15-03-2012.
- _____. STF, HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, J. 01.09.2010, DJE 247, DIVULG 15-03-2010.
- _____. STF, RE 418.376-5, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09.02.2006, DJ 43, DIVULG 03-03-2006.
- _____. STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 12.04.2012, DJE 77, DIVULG 19-04-2012.
- _____. STF, RE 453.000/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 04.04.2013, DJE 68, DIVULG 12-04-2013.
- _____. STF, RE 580.252/MS, Rel. Min. Zavascky, Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/indenizacao-barroso.pdf>> .Acesso em 05 set. 2015.
- _____. STF, RE 591.054/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 17.12.2014, DJE 37, DIVULG 25-02-2015.
- _____. STJ. Súmula nº 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. In: **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel.** AN-GHER, Anne Joyce (org.). 20ª Ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 2144.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **JOTAMundo:** Estado de coisas inconstitucional. Disponível em: <<http://jota.info/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional>> Acesso em 05 set. 2015.
- CARVALHO, Salo de. A Política Proibicionista e o Agigantamento do Sistema Penal nas Formações do Capitalismo Pós-industrial e Globalizado. In: Maria Lúcia Karam. (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças do Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- _____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2013
- _____. **Antimanual de Criminologia.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. Reprovabilidade e Segregação: as rupturas provocadas pela Antipsiquiatria nas Ciências Criminais. In: Joel Côrrea de Lima; Rubens R. R. Casara. (Org.). **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito:** Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 01, p. 925-944.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antonio (org.). **Direito Penal como Crítica da Pena:** Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.249-261.
- FAVOREU, Lois. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; Verpeaux, Michel. **La constitutionnalisation des branches du droit.** Paris: Economica, 1998, p.181-195.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4ª Ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAZ, Hamilton e GLIOCHE, Patrícia Glioche Béze. Reflexões sobre o garantismo positivo. In: MELLO, Cleyson de Moraes e MARTINS, Vanderlei (org.). **Direito em movimento.** Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2015.
- FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- FRAGOSO, Heleno. **Direito penal e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal:** fundamentos estrutura, política. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos; trad. Adriana Beckman Meirelles et.al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FERREIRA, Siddharta Legale. Constitucionalização do direito tributário: a justiça fiscal numa visão liberal-igualitária. **Revista da FESDT**, n.8, p.199-222, jan./jun, 2012.
- LIMA, Jairo Néia e CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Os efeitos irradiantes da constituição sobre o direito privado:** seu processo de constitucionalização. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:6A-b6abAMNUJ:periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/download/1873/1415+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 04 set. 2015.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- _____. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.67-74.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

- RADBRUCH, Gustav. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, S.A. de Ediciones, 1971.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª Ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. **Execução penal: teoria crítica**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**, tomo I. 2ª Ed. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SÁ, Ana Luiza Barbosa de. **Controle racional das normas de direito penal econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 1º, III. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.121-128.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em 04 set. 2015.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo e ENGELMANN (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p.121-141.
- _____. **Bem jurídico e constituição: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: < <https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a3o-da-proibic3a7c3a3o-de-excesso-lenio.pdf>>, Acesso em 04 set. 2015
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª Ed, rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.