

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

## NEOCONSTITUCIONALISMO PENAL: APORTES SOBRE O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO E “EXPANSÃO” DO DIREITO PENAL

Carlos Miguel Villar de Souza Júnior<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente ensaio é uma tentativa de apresentar à comunidade acadêmica em geral alguns aspectos de um dos temas mais instigantes atualmente debatido no âmbito do Direito Penal, qual seja, a superação da tensão existente entre a proposta abolicionista/minimalista e a patente necessidade de “expansão” do direito penal de base (neo) constitucionalista visando a proteção de novos bens jurídicos.

**Abstract:** This essay is an attempt to present to the academic community in general aspects of one of the most provocative currently discussed within the Penal Law, that is, how to overcome the tension between the abolitionist and minimal proposal and the need for "expansion" of the criminal law-based on the (neo) constitutional, seeking for protection of the new rights.

**Palavras-Chave:** Direito Público; Direito Constitucional Penal; Neoconstitucionalismo Axiologia; Funcionalismo Penal; Criminologia; Política Criminal; Controle Estatal; Sociologia Penal. Teoria Sociológica dos Sistemas; Expansionismo Penal; Abolicionismo e Minimalismo.

**Key-words:** Public Law, Criminal Law, Constitutional Law; Neoconstitucionalism; Axiology; Criminal Functionalism; Theory of Crime; Theory of penalty, Criminology, Criminal Policy, State Control, Criminal Sociology; Sociological Theory of Systems, Criminal Expansionism. Criminal Abolitionist and Minimalism.

### INTRODUÇÃO.

A constante demanda social por proteção de determinados bens jurídicos – atualmente fora do âmbito de proteção do direito penal – nunca se verá satisfeita com o recurso a um Direito Penal Clássico, aqui entendido como o Direito Penal reduzido a seu núcleo de proteção essencial (vida, integridade física, liberdade, honra etc.).

Sem embargo, não há como negar que o sistema penal de viés liberal não mais reúne as condições suficientes à produção de seus efeitos devidos no âmbito social, não

---

<sup>1</sup> Advogado. Especialista em Direito Penal, Criminologia e Política Criminal pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL em parceria com a Universidad Pablo de Olavide de Sevilha/Espanha (UPO). Professor do curso de graduação em direito das Faculdades OPET, da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP) e da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Prof. convidado do curso de aperfeiçoamento de magistrados em Direito Eleitoral da Escola da Magistratura do Paraná. Ex-docente do Centro de Estudos Jurídicos Prof. Luiz Carlos/PR.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

dando conta dos novos desafios provenientes de um contexto social de *risco*. O suposto retorno que se pretende realizar a um Direito Penal da garantia do cidadão ante a intervenção repressiva do Estado não se trata, de fato, de um retorno na melhor acepção da palavra, na medida em que não se pode retornar a um lugar que nunca existiu. Trata-se, pois, não só de uma visão anacrônica, como também *ucrônica* da realidade.

A ordenada resposta à demanda punitiva deve, pois, resolver-se por intermédio de uma verdadeira ampliação do âmbito de proteção do Direito Penal, ao efeito de que se protejam efetivamente interesses que anteriormente não pertenciam ao seu campo clássico de aplicação.

Para tanto, a adoção do paradigma neoconstitucional, que se delineou na Europa Continental no pós-guerra, afigura-se como um método hermenêutico apto a dar respostas confiáveis para esses novos anseios protetivos, revisando a esfera de atuação do direito penal e, paulatinamente pautando-a em valores e princípios de justiça.

Na primeira parte deste estudo analisar-se-á o desenvolvimento desse processo de (neo) constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, bem como a guinada epistemológica decorrente da quebra do paradigma positivista e sua gradativa substituição pela lógica valorativa (axiológica) típica do neoconstitucionalismo.

Em seguida, proceder-se-á ao perfunctório exame dos principais reflexos da introdução da teoria funcionalista no âmbito do direito penal e 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 novas teorias atualmente existentes na seara penal dentre elas a teoria da *administrativização* do direito penal de Winfried HASSEMER<sup>2</sup> e a *teoria das velocidades* de Jesus-Mária SILVA SANCHÉZ<sup>3</sup> - bem como as possíveis críticas e consequências da adoção desse novo sistema de aplicação do direito penal, revelando não só suas deficiências latentes, como também seus efeitos benéficos, potenciais e reais, no plano social.

---

<sup>2</sup> HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP, 1992, p. 378

<sup>3</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. “A *expansão do direito penal* – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”, Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

## 1. O processo de *(neo)constitucionalização* do direito.

### 1.1 Alerta Metodológico

Em consagração ao rigor metodológico que deve nortear toda e qualquer discussão de natureza científica mister se faz esclarecer, preliminarmente, o sentido que será atribuído ao termo “*neoconstitucionalismo*” ao longo do presente estudo.

Conforme assevera Susanna POZZOLO: “(...) *atualmente, o termo neoconstitucionalismo já se integrou ao léxico dos operadores do direito e, embora não tenha sentido unívoco, logrou ampla aceitação nos meios acadêmicos(...)*”<sup>4</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 neoconstitucionalismo 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>5</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.

Para SANCHÍS, a expressão *neoconstitucionalismo* 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

---

<sup>4</sup> POZZOLO, Susanna. “*Un constitucionalismo ambíguo*”. in: CARBONELL, Miguel “*Neoconstitucionalismo(s)*”. Trotta. Madrid. p.188.

<sup>5</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. in CARBONELL, Miguel “*Neoconstitucionalismo(s)*”. Trotta. Madrid. p.125.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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*).

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>6</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*.

### **1.1 O desenvolvimento do paradigma (neo)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

---

<sup>6</sup> Sobre o tema em apreço, ver também ALEXY, Robert. “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Malheiros. São Paulo. 2010.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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 percucientemente 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 idéias de justiça e de legitimidade”.<sup>7</sup>

Surge, assim, o ideal neoconstitucionalista (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

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo” – Saraiva. São Paulo. 2009. P.248/249.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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.

## **2. A premente necessidade de (neo)constitucionalização do direito penal.**

O paradigma neoconstitucional - 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<sup>8</sup>. 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 imeditata, 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>8</sup> Interessante notar que o Supremo Tribunal Federal revela-se um celeiro fértil de exemplos da aplicação do paradigma neoconstitucionalista na seara criminal. Nesse sentido, conferir: STF, 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).

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

Visando colmatar essa lacuna, assoma claro o dever da doutrina especializada em se debruçar sobre os possíveis efeitos do *neoconstitucionalismo* 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 neoconstitucional no âmbito do Direito Penal?* A resposta, a nosso ver, 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 necessidade 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 idéia 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 delitativa 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 do Código Penal Brasileiro), *contravenção penal de vadiagem*, dentre outros exemplos aberrantes).

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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 ius 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>9</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 contemporâneas 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 com independência de la ley”<sup>10</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.

### **3. As modernas teorias do Direito Penal e a tentativa de uma releitura axiológica do sistema de repressão estatal.**

#### **3.1. Funcionalismo Penal.**

---

<sup>9</sup> SANCHÍS, Luis Pietro. El Neoconstitucionalismo de Los Derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 216 – tradução livre.

<sup>10</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia”*. Madrid: Trotta, 2008, p.47.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

Ante a evidente falência do sistema penal liberal bem como sua inerente impossibilidade de dar conta das novas demandas sociais por proteção a determinados bens jurídicos antes relegados, surgem na doutrina, várias propostas de um novo modelo teórico de aplicação do Direito Penal. Dentre tais propostas avulta o denominado *funcionalismo penal*, objeto do presente tópico.

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 70, nas obras de dois de principais seus precursores Claus ROXIN e Günther JAKOBS. Sua principal inspiração vem das teorias sociológicas de Niklas LÜHMANN<sup>11</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 idéias trazidas à lume por Jürgen HABERMAS, em especial em seu clássico *Faktizität und Geltung*<sup>12</sup>.

Nessa obra, o ilustre sociólogo alemão, com a percuciência e capacidade analítica que lhe são peculiares, 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 poder, existindo um sem número de obstáculos à sua efetiva consecução e legitimação social. Vale-se, nesse ponto, da metáfora das “*eclusas*”.

---

<sup>11</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>12</sup> No Brasil, intitulada *Direito e Democracia, entre a facticidade e validade*.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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 suplantarem a barreira que os separa 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 *medium*, 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>13</sup>.

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*.

Não mais se admite, dentro de uma *sociedade do risco* ou de uma *sociedade líquida*, para relembrarmos 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. Devemos, sim, deixar-nos 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

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. in: “*Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*”. Madrid: Editorial Trotta, 1998 *apud* NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. “Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas”. Malheiros. São Paulo. 2008. p. 34

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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 alcançaremos 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>14</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.

### **3.2 Bases epistemológicas do *funcionalismo sociológico* 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 LÜHMANN, Jürgen HABERMAS, dentre outros grandes expoentes da sociologia moderna.

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 idéia 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.

---

<sup>14</sup> *Política Criminal aqui entendida como o programa repressivo estipulado para uma determinada sociedade.*

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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, o renomado Prof. Dr. Claus ROXIN publica, em 1992, o hoje clássico *Strafrecht - Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen*<sup>15</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 neokantianos (y neo-hegelianos) de lá época de entreguerras, que en los sistemas neoclásicos 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 neokantiana 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>16</sup>*

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 lãs finalidades del Derecho penal”*.<sup>17</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

---

<sup>15</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.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, in: *“Derecho Penal – Parte General – Tomo I, fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”*, Civitas. Madrid. 1997. p. 238 – *sem grifos no original*.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus, Op. cit. p. 202.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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-nos, conforme bem alinhavado pelo insigne Prof. Dr. 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>18</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 não-científico.

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 consectários 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>19</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*

---

<sup>18</sup> GUARAGNI, Fábio André. In “*As teorias da conduta em Direito Penal – Um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*”. Revista dos Tribunais. 2005. p. 235

<sup>19</sup> ROXIN, Claus, *Op. cit.* p. 63

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

*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>20</sup>.*

A partir da idéia 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.

Não se trata, conforme bem salientado pelo ilustre professor de Munique, 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. Tal modalidade de interpretação do direito penal, embora não expressamente reconhecida por seu precursor, toma por base, inequivocamente, os valores trazidos pelo neoconstitucionalismo de base jusnaturalista, tratando-se, pois, da primeira tentativa histórica de aproximação entre o direito penal e os valores constitucionais.

#### **4. Proposições alternativas.**

##### **4.1. Winfried HASSEMER e o Direito da Intervenção (*Interventionsrecht*) – uma proposta intermediária entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.**

Visando dar uma resposta adequada aos novos fenômenos criminógenos decorrentes do paradigma social do *risco*, Winfried HASSEMER – Professor da

---

<sup>20</sup> ROXIN, Claus, in “*Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*”, tradução de Luís Greco, Renovar, 2.002, p.82.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

Universidade de Saarland e ex-vice presidente do Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) – 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>21</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>22</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<sup>23</sup>:

*“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”.*

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 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.

---

<sup>21</sup> HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP, 1992, p. 378.

<sup>22</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>23</sup> HASSEMER, Winfried. *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, ZRP, 1992, p. 141.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

Com efeito, importante registrar que supra-citada 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.

#### **4.2 O Direito Penal de “duas velocidades” – a proposta de Jesús-María Silva Sánchez.**

Na Espanha, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Catedrático da Universidad Pompeu Fabra em Barcelona, 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 ilustre 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

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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 SANCHÉZ 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>24</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>25</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 *neoconstitucional* 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.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios do denominado “fenômeno da globalização” o constante desenvolvimento tecnológico que se irradia sobre toda a sorte de relações humanas têm gerado uma ampla gama de riscos comumente imensuráveis e que, até meio século atrás, sequer eram cogitados pela comunidade científica. Vive-se atualmente aquilo que Ulrich BECK anteviu em sua hoje clássica obra: *Sociedade de Risco*.

O mal-estar causado pela sociedade pós-moderna é evidente, catástrofes, crises e tragédias que se sucedem em âmbito global, a escalada da violência urbana banal e

---

<sup>24</sup> SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. “*A expansão do direito penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*”, Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002. p.139.

<sup>25</sup> Op cit. p. 143.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

desprovida de sentido, terrorismo, desemprego, o retorno de doenças que se acreditava controladas, desequilíbrio ecológico e desestruturação mental da população são apenas alguns exemplos dos atuais problemas decorrentes de nosso estágio de desenvolvimento.

Dentro desse contexto, revela-se natural e amplamente legítimo um movimento social no sentido de que o Estado forneça os meios e proteja de forma eficaz os direitos fundamentais trazidos pela Constituição. Sobre o Direito, e em especial sobre o Poder Judiciário, recai o peso da responsabilidade na resposta adequada a esses novos anseios.

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

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 possamos, 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.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. “*Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*”. 2. ed. Malheiros. São Paulo. 2010.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. “*Manual de Direito Penal – Parte Geral*”. Saraiva. São Paulo. 2007.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

CARBONELL, Miguel; GUASTINI, Riccardo Aragón; REYES; PAOLO, Comanducci; FERRAJOLI, Luigi; ZAGREBELSKY, Gustavo; FISS, Owen; ESTRADA, Alexei Julio; PISARELLO, Gerardo; COURTIS, Christian; SANCÍS, Luis Pietro; AMADO, Juan A. García; PULIDO, Carlos Bernal. Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. A Imprecisão do Direito: Do Código Penal dos Direitos Humanos. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JÚNIOR. Carlos Miguel Villar de Souza. Neoconstitucionalismo penal: aportes sobre o processo de constitucionalização e “expansão” do direito penal. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba. Ano III, nº 7, p. 268-287, jan/jun. 2012, ISSN 2175-7119.

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

GIMBERNAT, J.A., “*La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas*”, Madrid, Biblioteca Nueva. 1997.

GRECO, Luís, “*Introdução à dogmática funcionalista do delito*”, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 32 out – dez. 2000.

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

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 1998. [Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Publicado originalmente em 1994].

JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.

\_\_\_\_\_. *A imputação objetiva no direito penal*. Trad. CALLEGARI, André Luís, da versão em espanhol editada na Argentina em 1996. São Paulo. RT, 2000.

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

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

NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo. *Direito e Democracia – um guia de leitura de Habermas*. Malheiros. São Paulo. 2010.

ROXIN, Claus, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Renovar: São Paulo. 2002.

\_\_\_\_\_. *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Vol. I. 3ª Ed., Verlagsbuchhandlung München*: 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Penal – Parte General. Tomo I*. Civitas: Madrid. 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.