

# **A REINVENÇÃO DA DOGMÁTICA PENAL: A SUPERACÃO DO MODELO POSITIVISTA CLÁSSICO**

Natalia Altieri Santos de Oliveira e Luma Alcantara Santos

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo fazer uma reflexão crítica acerca do modelo positivista clássico, fonte da qual bebe a dogmática penal clássica, e trazer à baila as inovações da nova concepção de Direito, demonstrando a urgência de uma reavaliação da dogmática penal e do ensino jurídico pautado na “didática” dos manuais e apostilas para concurso, pois o Direito está em constante mutação, um ritmo de renovação inconcebível para esta metodologia que reproduz a letra da lei sem construir um saber dotado de senso crítico. Para tanto, trazemos como referencial para a rediscussão da dogmática penal a transição para o neopositivismo e a nova ordem constitucional pautada nos princípios e na defesa e promoção dos Direitos Humanos. Esta interdisciplinaridade está pouco a pouco domando a aplicação do Direito e, em especial, do Direito Penal, o que nos remete a reinvenção deste ramo na forma do Direito Penal Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dogmática Penal. Direito Penal Constitucional. Direitos Humanos. Neoconstitucionalismo.

**RÉSUMÉ:** L’objectif de ce projet est la réflexion critique du modèle classique du postiviste, source de la classique dogmatique pénale, et montrer les innovations de la nouvelle conception du Droit, exposent l’urgence d’une réévaluation de la dogmatique pénale et l’éducation juridique basée sur la « didactique » des manuels et photocopies pour les concours, parce que le Droit change constamment, dans un rythme inconcevable pour cette méthodologie qui reproduit la lettre de la loi sans construire une connaissance qui a le sens critique. Et encore, pour cette reévaluation de la classique dogmatique pénale, on apporte comme la référentielle la transition par le néopositivisme et la nouvelle l’ordre constitutionnel basée sur les principes et la défense et promotion des Droits de l’Homme. Cette interdisciplinarité est petit à petit dominante l’application du Droit et, plus spécial, le Droit Pénal, qu’on remet à la réinvention de ce parti dans le Droit Pénal Constitutionnel.

**MOTS-CLÉS:** Dogmatique pénale. Droit Pénal Constitutionnel. Droits de l'Homme. Neoconstitutionalisme.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Positivismo Jurídico e a Dialética Constitucional; 3. Teoria do Direito Penal Constitucional; 4. A Rediscussão da Dogmática Penal e a Necessidade de Superação do Modelo Positivista Clássico; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Toda grande mudança tem um marco. No Brasil, a Constituição de 1988 representou muito mais que uma mudança de regime político, pois a Ditadura, que encontrava sua pseudolegitimação numa base puramente legalista fixada no modelo do positivismo jurídico clássico, foi substituída por um regime democrático marcado pela nova ordem constitucional, no qual os princípios passaram a figurar no mundo das normas, proporcionando ao positivismo jurídico clássico a oportunidade de renovar-se na forma do neopositivismo e, mais precisamente, no campo constitucional, o neoconstitucionalismo.

Esta nova ordem trouxe à tona uma série de questionamentos enterrados sob os escombros da Ditadura, questionamentos estes que desagradaram a muitos. Desagradaram aqueles cuja formação não incluía a devida conformação constitucional. Dentre os ramos do Direito, o Direito Penal e, mais precisamente, o Código Penal que, após mais de vinte anos de ditadura, teve que reaprender a aplicar-se conforme uma Constituição Democrática, visando, acima de tudo, o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

O regime ditatorial, após sua evicção, tratou de legalizar os abusos que cometia. Sim, estes abusos eram legais. Legais, porém ilegítimos e foi sob o manto desta legalidade que criaram a ideia de legitimidade. Assim foram criados os Atos Institucionais. Estes, longe de passar por um processo legislativo democrático, eram impostos, pseudolegítimos, mas ainda

assim legais. Esta pseudolegitimação dos regimes ditatoriais, inclusive os nazifascistas, são o principal ponto da crítica feita ao positivismo jurídico.<sup>1</sup>

Na verdade, confundem-se conceitos. Tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa (Ferrajoli, Hesse e Canotilho), invasora da legalidade (vejam a profundidade da expressão “invasora da legalidade”) e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do Direito como um todo! (STRECK, 2012-A).

Entretanto, a internacionalização dos Direitos Humanos que ocorreu no pós-guerra, principalmente depois das atrocidades do regime nazista, levou ao combate dos sistemas que constantemente violavam estes direitos. A concepção contemporânea de Direitos Humanos foi exibida ao mundo com a Declaração Universal de 1948, sendo reiterada, em 1993, pela Declaração de Direitos Humanos de Viena.

Tal concepção é fruto de um movimento extremamente recente de internacionalização dos direitos humanos, surgido no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo regime nazista. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana – que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos... O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana. No dizer de Ignacy Sachs (1998, p. 149), o século 20 foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial. (PIOVESAN, 2004).

Em face a tal realidade de reconstrução dos Direitos Humanos após a sua maciça violação no período de guerras, nasce o Estado Democrático de Direito, produto de uma internacionalização do Direito, que também é conhecido como o Estado dos Direitos Fundamentais. Este novo tipo de Estado, visava, dentre tantos outros, a delimitação da onipotência do legislador (realidade de um Estado de Direito formalista), primando pelo princípio democrático da soberania do povo.

---

<sup>1</sup> “Os nazifascistas sempre se orgulharam de cumprir a lei. O mesmo podemos dizer do *apartheid* praticado na África do Sul por tantos anos. O fato da filosofia positivista ter sido utilizada para justificar a obediência a leis iníquas tem sido o foco central da crítica a essa doutrina.” (CULLETON, 2009, p. 23).

É exatamente este tipo de coisa que a nova ordem constitucional objetiva implementar no seio jurídico. Conforme ao norte destacado, a entrada em vigência da Constituição Cidadã trouxe já em seu Artigo 1º a Dignidade da Pessoa Humana. Aduz Cezar Roberto Bitencourt:

(...) no artigo 1º, III, da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos. (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Este novo fundamento culminou em profundas alterações no Direito Penal pátrio, uma vez que este passou a ser regido pelos princípios constitucionais em matéria penal elencados no Artigo 5º da Carta Magna, levando a tese do “Constitucionalismo do Direito Penal” e/ou a “Penalização da Constituição” a ficar em voga, pois “o Direito existe para a defesa dos interesses da vida humana, a norma penal não poderia ter outro objetivo senão o cumprimento dos próprios fins no âmbito da realidade social.” (BECHARA apud LISTZ, 2011, p. 157).

Para processar como ocorreram tais mudanças, visto que se tratam de alterações profundas que marcaram a trajetória da humanidade em todos os setores da vida, estruturaremos o presente trabalho em tópicos que visam esclarecer conceitos importantes, bem como lançar luz sobre os principais teóricos e suas contribuições e ainda destacaremos o que mudou e como tais mudanças influenciaram no mundo jurídico e, mais precisamente, no Direito Penal. Para tanto, faremos um breve resumo de duas teorias que influenciaram e traduzem as diferentes realidades: as teorias de Hans Kelsen e de Ronald Dworkin. Em seguida, analisaremos como os autores contemporâneos têm enxergado o Direito Penal de cara nova: o Direito Penal Constitucional; para, enfim, finalizarmos mostrando as melhorias trazidas por esta nova ordem e como a dogmática penal está sendo rediscutida e a aplicação pura e simples da letra da lei traduzida nas “receitas de bolo” dos manuais está ultrapassada.

## **2. O POSITIVISMO JURÍDICO E A DIALÉTICA CONSTITUCIONAL**

Ao analisar a trajetória do positivismo jurídico, não é possível desviar-se da concepção (positivista) de Constituição. O principal teórico do positivismo jurídico do Século XX e representante da teoria constitucional formal foi Hans Kelsen. Sua concepção de Constituição

firma-se como uma norma jurídica, ou conjunto de normas jurídicas, que regula a produção normativa; componente de determinado sistema jurídico (positivo), concebido como uma estrutura escalonada hermética, cujo fundamento de validade é a Constituição (está no topo) e esta possui como fundamento de validade a Norma Fundamental Hipotética.

A Norma Fundamental tem por escopo a validação de todo o ordenamento jurídico que, desse modo, está submetido a ela, deixando de lado qualquer juízo ético e permitindo-se, assim, que as normas por ela declaradas como válidas, possuíssem qualquer conteúdo, desde que formalmente criadas. Deste modo, a Norma Fundamental não poderia ser posta, pois, quando da primeira Constituição, não haveria uma autoridade legitimada para tal, mas somente pressuposta porque só existe em um plano fictício. Ela carregaria o comando objetivo traduzido grosseiramente como dever de obediência à Constituição. Assim, de acordo com o processo dinâmico (processo de produção normativo) uma norma vale não por ter determinado conteúdo, mas por ser criada pela forma prefixada por uma norma superior. A validade está na legalidade e na competência da autoridade que a criou. Logo, deve-se obedecer a Constituição por questões jurídicas e não morais.

Para Kelsen, o Direito é uma ordem coativa e, através da Ciência do Direito, é possível determinar uma moldura que contemple todas as possibilidades de interpretação de determinada norma através do reconhecimento das possibilidades interpretativas ou ato de conhecimento. A partir de então, parte-se para outra dimensão da decisão: o ato de vontade, isto é, a decisão discricionária do intérprete autêntico.

O conceito de Constituição em Kelsen divide-se, assim, em três sentidos: material; formal; lógico-jurídico (possui a norma fundamental como fundamento de validade da Constituição, o que representa a inovação e o ponto alto de sua teoria). Cumpre-se destacar, a partir dos dois outros sentidos sobreviventes, conceitos contemporâneos para ambos: do ponto de vista material, a Constituição deve ser entendida como “a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos” (MORAES, 2005, p. 6); já do ponto de vista

formal, a Constituição “é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo” (BARROSO, 2010, p. 74).

Foi com este pano de fundo que o Direito Penal se expandiu, pois foi o sistema positivista (formalista/legalista) que “historicamente permitiu (aos que detêm poder) o uso de normas jurídicas (para a manutenção do *status quo*) em qualquer momento (e praticamente sem limites materiais).” (GOMES, 2007, p. 49). É notável que o legislador tinha, neste tipo de Estado, um excesso de poder, haja vista que a manutenção do mesmo era feita unicamente por meio das normas, podendo ser contra os Direitos Humanos ou não, como no caso dos Atos Institucionais presentes no Estado Brasileiro durante a Ditadura que eram claramente uma afronta aos Direitos Humanos, porém, sob a perspectiva do Direito Positivo, eram legais.

A sacralização do legislador foi a causa principal, sem dúvida, da eclosão do mais nefasto e pernicioso legalismo, na medida em que difundiu a ideia de que a lei é suprema e (praticamente) única fonte do Direito, o que significa que os juizes podem e devem revolver todos os conflitos com base (quase que exclusivamente) nela. (GOMES, 2007, p. 50).

Esta realidade positivista também foi demonstrada por Cesare Beccaria em sua obra mais célebre, *Dos Delitos e Das Penas*, ao afirmar que “cabe tão somente às leis determinar o espaço de tempo que se deve utilizar para a investigação das provas do crime, e o que se deve conceder ao acusado para que se defenda.” (BECCARIA, 2011, p. 42).

Com o tempo, ficou clara a impossibilidade de sinonímia entre Direito e norma e a ineficácia da tentativa de dissolubilidade total entre Direito e moral. A partir de uma abordagem histórica, é possível perceber as aproximações e distanciamentos existentes entre a fundamentação da corrente moderna e a concepção positivista. Essa contraposição teórica tornou-se posteriormente a base para a famosa “dialética constitucional” – movimento pós-positivista que consagrou o brilhante filósofo do Direito Ronald Dworkin.

Dworkin foi um dos autores responsáveis pela quebra de paradigma na visão tradicional do Direito, a qual era puramente formal e legalista e representou a transição para uma concepção demasiadamente focada na interpretação e na ideia de que Direito e moral são

inseparáveis. Em *A justiça de toga*, Dworkin apresenta uma abordagem sobre diversos conceitos doutrinários do Direito, defendendo, com suas palavras, o interpretativo:

Em minha opinião, o conceito doutrinário de direito funciona como um conceito interpretativo, pelo menos em comunidades políticas complexas. Compartilhamos esse conceito como atores em práticas políticas complexas que exigem que interpretemos essas práticas a fim de decidir sobre a melhor maneira de dar-lhes continuidade, e utilizamos o conceito doutrinário de direito para apresentar nossas conclusões. (DWORKIN, 2010, p. 19).

Enquanto representante da teoria constitucional substantiva, Dworkin não conceitua em suas obras de destaque o termo “Constituição”, mas sim “Estado de Direito” (na verdade, Estado Democrático de Direito, no entanto o autor suprime na nomenclatura o termo “Democrático”). A Constituição seria como um “sistema de regras e princípios”, visto que este autor não aceita a completa separação entre Direito e moral. Os princípios têm extrema importância na teoria dworkiniana, pois, segundo o autor, o Direito não apresenta lacunas e, na falta de norma reguladora de algum caso, o juiz deve decidir com base nos princípios consagrados pelos precedentes judiciais, o que leva aos conceitos de integridade e romance em cadeia que serão abordados posteriormente.<sup>2</sup> Assim, ele elimina a discricionariedade que o juiz possa ter na ausência de uma norma regulamentadora.

A validade, portanto, estaria na aplicação. Ele tem a visão da supremacia constitucional no que se refere aos princípios jurídicos, dando destaque ao conteúdo e à justiça (é interpretada). O Estado de Direito ou a Constituição divide-se, desta forma, em duas concepções: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos. A interpretação deverá ser, portanto, uma escolha justificada para reduzir a discricionariedade e deve seguir a vontade do intérprete (interpretação construtiva), pois a do autor (interpretação conversacional) é só uma alternativa.

---

<sup>2</sup> A integridade do Estado de Direito é baseada na concepção do Direito que deve estar baseada nos princípios, na relação entre Direito e moral. Deve haver, portanto, coerência entre princípios (passado e futuro), coesão a partir do devido processo legal. A coerência de princípios refere-se a uma não contradição entre eles, o que se relaciona com o "romance em cadeia" citado por Dworkin.

Será genuína toda forma de interpretação desde que voltada para o mesmo objeto, mesmo que leve a resultados conflitantes. O que importa é o propósito do intérprete e não o do autor, pois o primeiro deve interpretá-la de modo a obter como resultado sua melhor forma baseada em seus próprios valores. Este é o fim proposto pelo intérprete ao objeto ou prática que está interpretando. Logo, a norma será o resultado da interpretação do texto normativo.

Para Dworkin, pode-se ter várias interpretações, mas não qualquer interpretação. Ele defende a eleição de somente uma resposta, a melhor justificação da prática jurídica. Em suas palavras: “Afirmo que uma proposição de direito é verdadeira se decorrer de princípios de moralidade pessoal e política que ofereçam a melhor interpretação das outras proposições de direito geralmente tratadas como verdadeiras na prática jurídica contemporânea.” (DWORKIN, 2010, p. 22).

### 3. **TEORIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL**

Com o pós-guerra, o mundo se viu em uma nova realidade cuja ordem do momento era a proteção e promoção dos Direitos Humanos. No Brasil, o marco desta nova perspectiva foi a Constituição de 1988, cuja raiz é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, transformando, assim, o Brasil de fato em um Estado Constitucional, além de elencar já em seu Artigo 4º o Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos.

Do Estado de Direito *tout court* (clássico, literal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência desta transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz dentro do Estado de Direito: da concepção puramente “formalista” de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei (“la bouche qui prononce les paroles de la loi”), chega-se ao protagonismo dos juizes, que manejando os valores e princípios constitucionais deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade). (GOMES, 2007, p. 54).

O Estado Constitucional, surgido com o neoconstitucionalismo, pode ser definido como aquele que além de democrático – no qual a soberania é proveniente do povo; é de direito – pois o Estado não possui a faculdade de fazer aquilo que está aquém dos limites fixados por

ele próprio (GOMES, 2009-B), possuindo também como objeto central os direitos fundamentais, tudo isso sempre evocando uma igualdade, que vai além do campo formal.<sup>3</sup>

Neste novo cenário, não se mostra mais possível o pensamento positivista clássico acerca do Princípio da Legalidade, fazendo com que este passe a ser interpretado e limitado pela Constituição.<sup>4</sup> Com este novo papel, a Constituição passa a ser o norte de todo o ordenamento jurídico, não estando o Direito Penal à parte deste fenômeno<sup>5</sup>, cabendo à Constituição a fundamentação do *jus puniendi* deste ramo do Direito, possuindo em seu texto diversos princípios penais, que estão elencados no Artigo 5º da Carta Magna.

Em qualquer tipo de Estado, o Direito penal é usado como controle social, entretanto no Estado democrático de Direito (ou também conhecido como Estado Constitucional) os axiomas de Luigi Ferrajoli se fazem mais presentes, uma vez que admitir a possibilidade de uma pena sem crime, ou a existência de um crime sem prévia definição legal<sup>6</sup>, é admitir o retorno aos tempos sombrios da Ditadura Militar.

---

3 “O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade.” (MENDES, 2012, p. 59).

4 “Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição [...] essa nova concepção do direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade [...] compreendendo-se que se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e [...] com os direitos fundamentais.” (MARINONI, 2011, p. 46).

5 “A Constituição de 1988 contem um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de determinadas condutas.” (MENDES, 2012, p. 540).

6 O Axioma original de Luigi Ferrajoli é “Nullum crimen sine lege” (Sem lei penal anterior não há crime), sendo também encontrada no ordenamento pátrio na Carta Magna, “Artigo 5º-XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” e no Código Penal, “Artigo 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”, que vem do referido dispositivo constitucional.

Michel Foucault escreveu em sua obra *Vigiar e Punir*, de 1975, algo a respeito da revolta dos reformadores do século XVIII e sobre as penas a despeito dos suplícios então cometidos. A respeito das últimas, sua menção faz-se extremamente atual:

Nessa mesma violência, ritual e dependente do caso, os reformadores do século XVIII denunciaram, ao contrário, o que excede, de um lado e de outro, o exercício legítimo do poder: a tirania, segundo eles, se opõe à revolta; elas se reclamam reciprocamente. Duplo perigo. É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar. [...] Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua "humanidade". Chegará o dia, no século XIX, em que esse "homem", descoberto no criminoso, se tornará o alvo da intervenção penal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas – ‘penitenciárias’, ‘criminológicas’. Mas, nessa época das Luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir. Não o que ela tem de atingir se quiser modificá-lo, mas o que ela deve deixar intacto para estar em condições de respeitá-lo. *Noli me tangere*. Marca o ponto de parada imposto à vingança do soberano. O ‘homem’ que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um homem-medida: não das coisas, mas do poder. (FOUCAULT, 2010, p. 72).

Luiz Flávio Gomes elenca que no atual contexto jurídico do Direito Penal, há dois tipos de criminalização, a primária e a secundária. A primária é aquela proveniente do dispositivo legal, enquanto que a secundária é a de origem do julgador, sendo ambas contra bens jurídicos protegidos. Contudo, defende ele que “somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis (palpáveis) para a convivência social é que devem ser castigados penalmente” (GOMES, 2009-B), uma vez que a teoria constitucionalista do Direito Penal possui como raiz essencial a defesa de um bem jurídico relevante que cujos indícios de afetação são concretos e graves.

Um fato curioso, como bem destaca Luiz Flávio Gomes, é o fato do nosso Código Penal, datado de 1940, possuir características da teoria do Direito Penal Constitucional, ao dividir os crimes de acordo com os bens jurídicos (muito relevantes) que são protegidos:

A parte especial do nosso código penal de 1940, por exemplo, apresenta onze títulos: Delitos contra a pessoa, delitos contra o patrimônio, etc. Como se vê, as Partes Especiais são estruturadas em função dos bens jurídicos, embora se possa questionar (eventualmente) a ordem da classificação. (GOMES, 2009-A, p. 139).

O autor ainda defende a tese de que o atual direito penal é o Direito Penal Constitucional, ao afirmar que:

a evolução do Constitucionalismo moderno conduziu a um (apreciadíssimo) entrelaçamento entre os valores constitucionais (e internacionais) e o conteúdo nuclear da Política criminal e do Direito penal. O Direito penal (assim como a política criminal) se constitucionalizou, embora sob a égide de uma inevitável tensão. (GOMES, 2007, p. 48)

O Direito Penal Constitucional surgiu da união indissolúvel entre valores e princípios constitucionais, cuja base está em uma mínima intervenção do Estado, o que se assemelha à teoria do Garantismo Penal de Ferrajoli, visando, assim “uma solução justa e adequada aos problemas concretos que a vida apresenta ao Direito penal”. (GOMES, 2007, p. 48).

A teoria do Garantismo Penal, idealizada por Luigi Ferrajoli e apresentada na sua obra *Direito e Razão*, é uma teoria cujos significados podem ser diversos, contudo, o próprio elenca três destes, que são fundamentais a seu ver. De acordo com este, o Garantismo é um modelo jurídico-penal cuja legitimação punitiva deveria estar em sintonia com o que é disposto pela Constituição (portanto, este também seria limitado por ela), cuja principal finalidade seria a manutenção das garantias e direitos individuais e coletivos, tudo isso visando a não desvirtuação dos objetivos do Estado Democrático de Direito, que é sempre a proteção e promoção dos direitos fundamentais.

[...] não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos em ativarem a tutela judiciária. [...] a primeira destas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial. (FERRAJOLI, 2010, 790).

No âmbito nacional, esta teoria garantista é claramente vista nos princípios penais elencados na Constituição, em seu Artigo 5º, que por sua vez podem ser denominados como “princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal em um Estado Social e Democrático de Direito.” (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Além de limitadores, estes princípios servem como norte à interpretação e integração das demais normas infraconstitucionais, no que tange à matéria penal. Destes, sem dúvida o Princípio da Legalidade é o que mais se destaca, pois nele encontram-se os limites do poder punitivo que o Estado deve ter, sendo o princípio que não admite desvios nem exceções, representando, no atual contexto democrático, um dos maiores rompimentos com os regimes totalitários. Visando a proteção dos direitos e garantias fundamentais, o Princípio da Legalidade está no Artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna de 1988, mostra a tão clamada segurança jurídica dos Iluministas, pois nenhuma pessoa será vítima da arbitrariedade do Estado – ser submetida ao poder punitivo estatal – sem base nas leis formais.

Entretanto, o princípio constitucional penal que traduz mais claramente a teoria de Ferrajoli é o Princípio da Intervenção Mínima, uma vez que visa evitar possíveis arbitrariedades por parte do legislador, no que tange ao conteúdo das normas penais incriminadoras. Além disso, culmina também na proibição de penas cruéis e degradantes, pois iriam de contra, dentre outros, à dignidade da pessoa humana.

Além destes dois princípios, a Carta Magna enumera diversos outros princípios penais, sejam eles implícitos ou explícitos, como ao longo de seu Artigo 5º, nos incisos III, XXXIX, XL, XLI, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIII, LIV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVII, LXVIII, LXXIV e LXXV. São exemplos de princípios penais: o Princípio da Irretroatividade da Lei Penal; o Princípio da Adequação Social; o Princípio da Insignificância; o Princípio da Ofensividade; o Princípio da Culpabilidade; o Princípio da Proporcionalidade; o Princípio da Humanidade; entre outros.

Ademais dos princípios penais contidos na Constituição, outro grande exemplo da teoria constitucionalista do Direito Penal é a nova teoria do delito. De acordo com Luiz Flávio Gomes:

No Estado constitucional e democrático de Direito, de onde emana a teoria constitucionalista do delito, este pressupõe também a tipicidade material, que é composta de duas exigências valorativas sumamente relevantes: (a) valoração da conduta, consoante o critério do risco proibido relevante de Roxin e (b) valoração do resultado jurídico (que deve ser concreto, transcendental, grave, intolerável, objetivamente imputável ao risco criado e que esteja no âmbito de proteção da norma penal). (GOMES, 2009-B).

Sendo assim, o delito não é somente uma ação (seja ela ativa ou omissiva) que vai contra uma norma penal positivada, portanto, não se fundamenta somente nesta, mas sim a somatória deste com o seu resultado, que consiste na perturbação (não tolerável) de um bem jurídico tutelado, que, por conseguinte, tem que ter seu conceito numa dimensão constitucional, para que este não se trate de uma atividade vazia ou arbitrária do legislador:

Especialmente por sua posição hierárquica elevada, é precisamente a Constituição a que orienta, de modo primordial, por meio dos seus princípios, regras e valores, direta ou indiretamente, tanto os objetivos do Direito penal como seus principais limites. Um deles, dos mais relevantes, reside na proporcionalidade de toda sanção estatal. Daí se infere o seguinte: se o delito implica sempre a afetação de um bem jurídico fundamental (liberdade, patrimônio etc.), só é correto admitir sua incidência quando outro direito (de terceiras pessoas) de relevância essencial tenha sido turbado. (GOMES, 2009-B).

A origem das diferenças entre teoria constitucionalista do delito das demais está nos modelos de delito do século XX (legalistas e formalistas, por exemplo), sendo o finalismo de Welzel um dos principais expoentes dessas divergências. Dentre tantas diferenças, destaca-se, como supracitado, a tipicidade penal, que diz respeito a um bem juridicamente protegido, indo além da mera realização formal de uma conduta prevista na letra da lei; o próprio conceito de delito, que não se restringe à conduta do agente, mas também conta com o resultado jurídico penalmente relevante para o bem jurídico lesionado, mostra traços do Princípio da Ofensividade; o aspecto valorativo que foi atribuído à norma, portanto, ao centro de gravidade da tipicidade material, enriqueceu-se, passando a fazer parte deste o juízo de desaprovação da conduta somado com o resultado jurídico desvalioso (GOMES, 2009-A, p. 139).

Por fim, outro ponto marcante da teoria constitucionalista do Direito Penal é a crescente importância que as jurisprudências têm ganhado no dia a dia deste ramo do Direito, servindo, diversas vezes, como uma forte argumentação, devido, principalmente, ao crescente papel que os Tribunais Superiores têm assumido nesta nova realidade.

Jurisprudência é a interpretação reiterada dos juízes e tribunais num determinado sentido. A doutrina clássica sempre subestimou o valor da jurisprudência como fonte imediata do Direito Penal. No que diz respeito ao Direito Penal incriminador interno, claro (como vimos) que é a lei a única fonte admissível. No que diz respeito ao Direito Penal geral, hoje já não se pode desqualificar a jurisprudência como fonte imediata importantíssima do Direito. Aliás, podemos na atualidade afirmar com toda segurança: quem não conhece a jurisprudência (interna e internacional) não sabe o direito. (GOMES, 2009-A, p. 28)

Ademais, é por meio da jurisprudência que, no Brasil, a

interpretação das demais fontes imediatas do Direito Penal (Constituição, tratados e leis), “cria” muitas regras jurídicas. Por exemplo: quem afirma no Brasil que só existe crime continuado quando as infrações não se distanciam mais de um mês umas das outras? A jurisprudência. Logo, essa regra foi criada por ela. (GOMES, 2009-A, p. 28)

Este fato ocorreu, dentre tantos motivos, devido, com o advento da Constituição de 1988, à ampliação da competência originária do Supremo Tribunal Federal, expressa no Artigo 102 da Carta Magna, principalmente no que tange às sumulas vinculantes editadas por este órgão. Após a Emenda Constitucional de número 45/2004, foi acrescentado na Constituição o Artigo 103-A, cujo objeto são exatamente as súmulas vinculantes. Destas, como grande exemplo em matéria penal, tem-se a Súmula Vinculante de número 26, que trata da progressão de cumprimento das penas nos casos dos crimes hediondos<sup>7</sup>.

A importância da jurisprudência no atual contexto do Direito é significativa, haja vista que diariamente os tribunais nacionais (com ênfase nos tribunais superiores) proferem

---

<sup>7</sup> Súmula Vinculante número 26: “Para efeito de progressão de regime de cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico.”

decisões à luz dos casos concretos que lhes são apresentados, dando vida à “letra dura” da lei, além de mostrar um estudo integrador e atualizador do Direito. Destas, as que mais merecem destaque são as decisões provenientes dos chamados *leading cases*, que são decisões judiciais inéditas e relevantes, que acabam por criar um forte precedente para futuras decisões cujo objeto é a mesma matéria, como por exemplo, recentemente o STF julgou o caso de união homoafetiva (ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – 132), um caso inédito e de extrema relevância no atual contexto social e jurídico.

A principal importância do uso corrente da jurisprudência no âmbito jurídico é que este é um dos principais (e mais eficazes) meios de atualização do Direito, característica de suma importância para este, tal como elenca Miguel Reale ao defender a sua Teoria Tridimensional do Direito, para a qual o fenômeno jurídico é o conjunto de três aspectos: o fato jurídico (a experiência), o valor e a própria norma.

A vida do direito não pode, efetivamente, ser concebida senão como uma realidade sempre em mudança, muito embora, a meu ver, se possa e se deva reconhecer a existência de certas ‘constantes axiológicas’, ou, por outras palavras, de um complexo de condições lógicas e axiológicas universais imanentes à experiência jurídica. (REALE, 2003, p. 85).

É notável, assim, que a atual teoria constitucionalista do Direito Penal pretende mostrar um tipo de Direito no qual a norma não está somente atrelada ao próprio Direito Constitucional (por meio da Constituição de 1988), mas também aos Direitos Humanos, pois foram estes o norte desta teoria, que visa à proteção e à promoção dos direitos fundamentais, todos fundamentados (explicitamente ou implicitamente) por meio dos princípios penais contidos na Magna Carta. O Direito Penal está, também, sempre procurando meios para a sua constante mudança e aperfeiçoamento, pois como bem assinalou Miguel Reale, o Direito é uma realidade que vive em mutação frequentemente, sempre visando, claro, à dignidade da pessoa humana.

#### **4. A REDISCUSSÃO DA DOGMÁTICA PENAL E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO MODELO POSITIVISTA CLÁSSICO**

Conforme enunciamos na introdução do presente trabalho, a Constituição de 1988 representa a fronteira que separa o vigor do modelo positivista da concepção moderna de constituição. O Brasil, assim como a maioria dos Estados Democráticos, enfrentou no pós-guerra um processo de transição na “busca do ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos (segurança social e direitos individuais)” (BECHARA, 2011, p. 153).

A denominada “dialética constitucional”, que foi um movimento pós-positivista, pode ser considerada como a estrada a qual nos trouxe às vias de superação do modelo positivista. Este modelo, como destacado ao norte, teve como expoente o teórico austríaco Hans Kelsen, cuja teoria contrapõe-se fortemente a outro grande doutrinador, o inglês Ronald Dworkin, representante do “novo”: o neopositivismo que expande-se e enraíza-se em todos os ramos do Direito, sendo influenciado pela afirmação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos no curso da História tem sido em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes fazem nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos. (COMPARATO, 1999, p. 7).

É neste fato que centra-se a necessidade de rediscussão da dogmática penal. É possível, através do termo “dogmática”, que a ideia de tradição surja em nossas mentes e nos mostre o quão fortes são as influências dessas “tradições”, dos dogmas, em nossas vidas. No Direito não é diferente. Existe, porém, uma força ainda maior do que a da tradição: a frequente mutação do Direito. Nesta esteira, a teoria de Dworkin mostrou-se como a melhor base para a justificação destas constantes mudanças, pois, ao enunciar a inseparabilidade entre Direito e Moral, este autor manteve vinculada a evolução do Direito à evolução da sociedade traduzida nos princípios que regem as relações humanas e a revelação positivada dos Direitos Humanos.

Revela-se, assim, necessária uma análise crítica do fenômeno de expansão do Direito Penal, partindo-se do resgate da importância dos Direitos Humanos ante os instrumentos de controle social formal exercido pelo Estado. Observa-se, porém, que qualquer reflexão acerca de determinado modelo de intervenção deve partir de pressupostos valorativos que conferem coerência à própria concepção de sua finalidade e legitimidade. (BECHARA, 2011, 155).

A dogmática penal clássica e o aprendizado do Direito a partir de manuais e “apostilões” que não faziam nada além da mera reprodução massiva do texto normativo, levaram a excessos por parte dos aplicadores do Direito facilmente identificados como absurdos para o século XXI. Um grande exemplo estava presente até pouco tempo no mundo jurídico pátrio através da antiga redação do Artigo 214 do Código penal que considerava como atentado violento ao pudor, ao qual culminava a pena mínima de seis anos (por ser considerado crime hediondo), o beijo lascivo. Este entendimento sobreviveu e foi aplicado por muito tempo até a revogação do referido atentado violento ao pudor.

O juiz formalista é aquele que aplica toda e qualquer aberração legislativa sem nenhum senso crítico ou ético, nem mesmo qualquer preocupação com o resultado prático ou equitativo de sua decisão. Passou-se a reconhecer, então, a supremacia constitucional, e com ela o entendimento de que a hermenêutica constitucional deve integrar a aplicação da legislação infraconstitucional. A partir daí tem-se a renovação dogmática de todos os ramos do Direito, e a emergência de uma nova teoria do Direito Penal, ramo do Direito que já chegou a ser considerado como oposto da aplicação dos Direitos Humanos, e, hoje, é o mais vigiado, e, quiçá, um dos mais conectados com o Direito Constitucional.

Com o advento da Constituição de 1988, o Direito Penal, assim como todos os ramos do Direito, teve a obrigação de se aplicar em conformação com os princípios e garantias neles elencadas. É notável, também, que a partir do momento em que o Estado brasileiro passou a ser um Estado Democrático de Direito, a igualdade deixou de pairar somente no plano formal para se fazer presente também no âmbito material, pois a preocupação passou a centra-se principalmente no conteúdo. Portanto, o Direito Penal, em sintonia com estes princípios, passou a ter a obrigatoriedade de se moldar sob a luz da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da Constituição e de todo ordenamento jurídico pátrio.

Ampliando-se este espectro, podemos evidenciar um vencedor no embate *formalidade x substancialidade*: os Direitos Humanos. Esta constatação, ainda que em fase de crescimento, tem como fonte a forma como o Processo Penal tem tratado situações em que abre mão de certas formalidades em virtude da proteção de outros direitos fundamentais que acabariam violados se a exigência formal persistisse. O ser humano, enquanto destinatário das normas jurídicas que, apesar de serem feitas para a coletividade, não podem ignorar as

particularidades; deve ser o fim da aplicação das mesmas, visto que perderia o sentido de ser a norma que visasse à formalidade em detrimento da humanidade.

Portanto, essa nova concepção do fim da norma penal gerou uma nova discussão no que tange às bases deste direito, pois este não pode ser concebido sem que as garantias fundamentais estejam presentes, e para isto, a Constituição (como norma máxima do Estado Democrático de Direito) passou a ser o centro irradiador de tudo. E, com este novo papel (o chamado Princípio da Supremacia Constitucional), as constituições contemporâneas passaram a incluir também “os objetivos que se devem perseguir, expondo um conjunto de princípios e valores superiores a inspirar a atuação dos poderes públicos” (BECHARA, 2011, p. 156).

É na Constituição que se encontram as limitações para o Direito Penal, por meio, principalmente, dos seus princípios (explícitos ou implícitos), pois são estes que traduzem as garantias para os cidadãos, sendo, portanto, a positivação (essencial) dos Direitos Humanos.

Em verdade, tais disposições traduzem outra dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de sua feição objetiva na ordem constitucional. Essa traduz o conceito de que o Estado não deve apenas observar os direitos dos indivíduos em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa – “Abwehrrecht”), mas garantir, da mesma forma, os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des Staats) (MENDES, 2012, p. 541.)

A importância dos Direitos Humanos cresceu e fincou-se no ordenamento jurídico de tal forma que seus tratados internacionais são nele incorporados, podendo possuir até força de norma constitucional, por meio do que é disposto na Emenda Constitucional de número 45 de 2004, que adicionou à Carta Magna, no seu Artigo 5º, o §3º<sup>8</sup>.

---

8“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

No âmbito penal, destacam-se os tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (em 20 de julho de 1989); a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (em 38 de setembro de 1989); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (em 24 de Janeiro de 1992); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em 24 de Janeiro de 1992); a Convenção Americana de Direitos Humanos (em 25 de setembro de 1992); o Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte (em 13 de agosto de 1996); o Protocolo à Convenção Americana Referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em 21 de agosto 1996).

É com este pano de fundo, tendo as constituições (assim como os tratados internacionais de Direitos Humanos que nela estão incorporados) um papel superior às demais normas, que o Direito Penal passa a ter a função subsidiária no que tange ao controle social, sendo por estas delimitado, para que o real fim do Direito se faça presente.

Portanto, é notável que não é concebível um Direito Penal que não esteja em conformidade com os tramites do Estado Democrático de Direito, traduzido por meio do Princípio da Supremacia da Constituição. Sendo assim, o Princípio da Proporcionalidade ganha *status* de suma importância assim como o da legalidade, uma vez que o primeiro passou a ser também um dos pilares do atual Estado, pois corresponde diretamente à concepção garantista defendida por Ferrajoli, na medida em que prega a proibição do excesso. Portanto, estes dois princípios são os principais exponenciais da limitação do poder punitivo do Estado, dando ao Direito Penal um caráter humanista.

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (PRADO, 2010).

Por fim, conceber um Direito Penal sob o prisma constitucional, tal como é apresentado na teoria constitucionalista do Direito Penal, é, acima de tudo, legitimar as próprias normas penais, uma vez que é a própria Carta Magna a “primeira manifestação legal

da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional” (ZAFFARONI, 2002, P. 135).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, é notável a forma como a doutrina penal tem avançado rumo à superação do modelo positivista clássico. Porém, há ainda muita estrada pela frente, pois, mesmo com todos os avanços, o espaço percorrido ainda é pouco para fazer frente às verdadeiras necessidades de adequação e aplicação interdisciplinar do Direito Penal. A conformação do Direito Penal com a Constituição Federal tem sido de suma importância para “humanizar” este ramo do Direito, até por que, na nova ordem, a Constituição deixou de ser somente um pedaço de papel sem valor prático, mostrando que a letra da lei precisa “saltar da página” para a realidade, adequando-se às necessidades humanas.

Apesar da resistência encontrada na dogmática penal e nos aplicadores cuja visão tradicional do Direito tem dado margem para decisões injustas e mesmo interpretações literais acrílicas, as novas mudanças e a evolução obtida com a incorporação da noção de Direitos Humanos ao cotidiano jurídico trouxeram ares de otimismo quanto ao futuro do ensino jurídico, o qual é a raiz da árvore dos bons frutos: a humanidade, a dignidade, a honestidade e a tão almejada justiça.

Contudo, mesmo com ares de otimismo de uma forma geral, alguns dos juristas mais conceituados (e críticos no que diz respeito ao “caos jurídico” em termos de aplicação e ensino) ainda mostram-se céticos quanto a essa evolução. Talvez seja mesmo pela velocidade com que as coisas têm evoluído, pois esta não está acompanhando o ritmo de mutação do Direito. Lenio Luiz Streck, um dos juristas que se mostra cético quanto à evolução do ensino e da aplicação do Direito em geral, escreveu em sua coluna semanal no portal *ConJur* uma crítica a um livro editado (na “didática” dos manuais e apostilas para concurso) em função de uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça a respeito das disciplinas cobradas nos concursos para magistratura, destinando-se aos candidatos inscritos para estes concursos. Tal crítica versava, dentre outros, a respeito do ensino jurídico e das consequências do trabalho de um juiz guiado por este livro. E assim ele concluiu o último tópico da publicação:

O que quero adiantar é: em tempos de mensalão e de institucionalização de tribunais de exceção para julgar candidatos a magistrados, em que a crise do Direito aflora mais e mais, e em tempos de ensino jurídico estandardizado, com publicações simplificadas e simplificadores pululando em rodoviárias, supermercados e aeroportos, deveríamos esperar que houvesse um “dar-se conta” dessa crise. Mas, parece que estamos longe de uma alteração paradigmática. (STRECK, 2012-B).

Esta afirmação só confirma a necessidade de uma rediscussão da dogmática jurídica e, principalmente, da dogmática penal, visto que o Direito Penal é o ramo mais propenso a lidar com os maiores valores e direitos humanos, como a vida, a liberdade, a propriedade etc.

A despeito do quadro narrado pelo nobre jurista, algumas mudanças, principalmente no campo dos Direitos Humanos e na aplicação conjunta do Direito Penal com os ditames constitucionais, já são notadas e notáveis. É perceptível, portanto, que uma teoria embasada na Constituição é a mais adequada, pois conceber o Direito sem os Direitos Humanos, e sem a própria Carta Magna é renunciar todos os avanços que a mutabilidade constante do Direito proporcionou. Mas, como já foi dito, ainda há muito que melhorar. E que não pare por aí.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional do Estado democrático de Direito. In. **Direito Penal Contemporâneo – Questões Controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudência**. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

COMPARATO. Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FALARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins. 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel de Ramallete. 38º ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: Parte Geral**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (A).

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. V.1. Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria Constitucionalista do Delito**. 2009. Disponível em [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br). Acessado: 10 de setembro de 2012. (B).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

**PIOVESAN, Flávia. “Como compreender a concepção contemporânea de direitos humanos?”. In. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. Vol.1. nº1. São Paulo, 2004. Disponível em [www.scielo.br](http://www.scielo.br). Acessado em: 05 de setembro de 2012.**

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: “Você é um positivista”**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acessado em: 03 de setembro de 2012. (A).

STRECK, Lenio Luiz. **O triste fim da ciência jurídica em *terrae brasilis***. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-20/senso-incomum-triste-fim-ciencia-juridica-terrae-brasilis>. Acessado em: 20 de setembro de 2012. (B).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.