

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO
FRENTE À ATUAL CRISE DO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Nathália Calil Gomes

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO FRENTE À ATUAL CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

por

Nathália Calil Gomes

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora Prof^a. Dr^a. Angela Araujo da Silveira Espindola

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO
FRENTE À ATUAL CRISE DO SISTEMA
CARCERÁRIO BRASILEIRO**

elaborada por
Nathália Calil Gomes

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^a. Dr^a. Angela Araujo da Silveira Espindola
(Presidente/Orientadora)

Prof^a. Ms. Joelíria Vey de Castro
(Universidade Federal de Santa Maria)

Germano da Silva Flores
(Advogado - OAB/RS - Especialista em Direito Criminal e servidor público do
Ministério Público da União - MPM/PJM em Santa Maria/RS)

Santa Maria, 18 de dezembro de 2013.

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

**A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO FRENTE À
ATUAL CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

Autor: Nathália Calil Gomes

Orientador: Prof^a. Dr^a. Angela Araujo da Silveira Espindola

Data e Local da Defesa: Santa Maria/RS, 18 de dezembro de 2013.

Dados contidos no Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) comprovam que, desde a última década, a quantidade de pessoas condenadas à pena privativa de liberdade vem superando o número de vagas disponíveis nos estabelecimentos carcerários brasileiros. A superlotação verificada nas diversas prisões nacionais denuncia o punitivismo seletivo e desumanizante e a fragilidade das sanções menos severas. O excesso de punitivismo observado, associado à degradante situação das penitenciárias, compromete a eficácia do sistema penal centrado na pena de prisão, não reduz a criminalidade, não recupera o indivíduo, não restaura o dano à vítima, tampouco promove a reinserção social. Diante desse panorama, destaca-se a teoria constitucionalista do delito. Essa concepção parte da premissa de que a função principal do Direito Penal seria a proteção dos bens jurídicos mais relevantes que sofressem ofensas concretas, não insignificantes e objetivamente imputáveis ao risco criado e incluídas no âmbito de tutela da norma penal. Para tanto, atribui à tipicidade meramente formal uma dimensão normativa, denominada tipicidade material, que fornece duas ponderações valorativas a serem realizadas pelo julgador: o juízo de desaprovação da conduta e o desvalor do resultado jurídico produzido. Nesse contexto, essa pesquisa buscou compreender em que medida essa teoria do crime poderia amenizar a atual crise carcerária, o que se deu por meio do exame dos seus fundamentos teóricos e implicações práticas, a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa jurisprudencial efetuada permitiu a verificação de que estes tribunais já possuem precedentes com a aplicação da doutrina em apreço, embora recentes. Todavia, ela ainda é pouco explorada pela doutrina clássica penal. Pôde-se concluir que a limitação da intervenção do Direito Penal às transgressões aos valores mais fundamentais para a sociedade constitui-se uma possível solução à crise do sistema carcerário brasileiro no combate ao encarceramento desnecessário, e que a mesma é compatível com valores constitucionais inerentes a um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Contudo, até os dias atuais, a teoria constitucionalista do delito ainda não encontra ampla recepção da forma como previu o seu idealizador, o que, contudo, não afasta a importância do seu estudo e da sua aplicação no cenário jurídico brasileiro.

Palavras-chave: teoria constitucionalista do delito; tipicidade material; juízo de desaprovação da conduta; resultado jurídico; Direito Penal.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE CONSTITUTIONALIST THEORY OF CRIME AGAINST BRAZILIAN CRIMINAL JUSTICE'S CURRENT CRISIS

Author: Nathália Calil Gomes

Adviser: Prof^a. Dr^a. Angela Araújo da Silveira Espindola

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 18th, 2013.

Data from the Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) show that, since the last decade, the number of people sentenced to prison have been exceeding the available vacancies in Brazilian penitentiary establishments. The overcrowding verified in many national prisons denounces not only a selective and un-humanized punitivism but also the fragility of less severe sanctions. The excess of punitivism observed, associated with the degrading situation of penitentiaries, jeopardize the effectiveness of a criminal justice system focused on imprisonment. A system that does not restore victim's injury and shows itself unable to contain criminality or to encourage individual recovery and social reintegration. Given this perspective, emerges the constitutionalist theory of crime. This concept is based on the assumption that the Criminal Law's main function would be the defense of the most essential legal goods from concrete and significant offenses, which should be objectively imputed to a relevant prohibited risk created by a conduct, and also included in the sphere of criminal protection. For this purpose, adds, to the formal criminal offense interpretation, a normative dimension, called material criminal offense interpretation, which demands two valuing judgments: a sense of conduct's disapproval and a sense of legal effects' disapproval. In such context, this research aims to reach the comprehension of how this theory of crime could be useful to contain the current penitentiary crisis. That objective intended to be achieved by the study of its theoretical foundations and by the perceive of its practical implications through the analysis of judged cases from the Supremo Tribunal Federal and from the Superior Tribunal de Justiça. The jurisprudential research done allowed verifying that these courts already have precedents involving the application of the doctrine studied, though it's recent. However, it is still few explored by the classical criminal knowledge. It could be concluded that the task of restraining Criminal Law's incidence to the transgressions of the most fundamental values according to society is a possible solution to the Brazilian prison system' crisis against unnecessary incarceration. It's important to note that this line of action is compatible with constitutional values inherent to a State that claims to be Democratic and for the rule of Law. However, it could be observed that the constitutionalist theory of crime doesn't have yet the widest acceptance it was meant to have. Nevertheless, it doesn't discard the importance of its study and application on the national criminal field.

Keywords: constitutionalist theory of crime; material criminal offense interpretation; judgment of conduct's disapproval; legal effects; Criminal Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A EMERGÊNCIA DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO COMO UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL À INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA ..	11
1.1 A legitimação do Poder de Punir	11
1.2 A insustentabilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e o Excesso de Punitivismo	16
1.3 A atual finalidade do direito penal e as diferentes teorias do delito.....	22
2 A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO SOB A ÓTICA DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	39
2.1 O aparato teórico da teoria constitucionalista do delito.....	39
2.2 A receptividade da teoria constitucionalista do delito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça	57
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento que a desordem permeia o atual cenário penitenciário brasileiro, sendo recorrentes na mídia notícias que flagram, em estabelecimentos prisionais do país, quantidade de internos muito superior à capacidade originalmente planejada, assim como a carência de condições mínimas de infraestrutura espacial e sanitária para atender dignamente à tamanha demanda. Estes são alguns dos sintomas de um sistema penal ineficiente e incapaz de efetivar a repreensão do indivíduo conforme as disposições da decisão condenatória e, concomitantemente, de proporcionar condições básicas para a sua reinserção social, objetivos da execução penal delineados logo no artigo 1º da Lei nº 7.210 de 1984 (Lei de Execuções Penais).

Com efeito, desde a última década, agravaram-se problemas como a superlotação das penitenciárias, violência entre os detentos, práticas de abusos e tortura sobre eles e despreocupação com cuidados mínimos de higiene e saúde. Como um dos fatores desencadeadores desse quadro, destaca-se a aparente preferência dos julgadores pela condenação a penas privativas de liberdade em detrimento da aplicação de sanções alternativas. Essa realidade, contudo, encontra-se desconectada da atual ordem constitucional que prima pela efetivação dos direitos humanos e pela observância de direitos e garantias constitucionais do processo.

No contexto desenhado, salienta-se a importante função exercida pelos atores do Poder Judiciário na condução do processo e na aplicação da pena. Frente à caótica situação narrada, a atuação desses profissionais poderia pautar-se no reconhecimento do papel absolutamente subsidiário do direito penal, premissa que guia esta pesquisa. Dessa maneira, a aplicação desse ramo do Direito ficaria reservada às ofensas intoleráveis aos bens jurídicos mais preciosos para a sociedade, somente na hipótese de as demais áreas jurídicas mostrarem-se insuficientes para a sua proteção. Nessa seara, surge como importante alternativa ao Magistrado, na solução dos fatos que são colocados à sua apreciação, a teoria constitucionalista do delito, desenvolvida pelo jurista Luiz Flávio Gomes a partir do ano de 2001.

Devido ao seu recente surgimento - se comparado ao de outras teorias do delito já desenvolvidas, e face ao acolhimento de suas premissas pelos Tribunais Superiores, mostra-se relevante o estudo das suas concepções, possibilidades de aplicação na prática forense e compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Nesse cenário, a fim de identificar as razões que poderiam levar à continuação do seu emprego na esfera do Direito Penal, questiona-se: em que medida a aplicação da teoria constitucionalista do delito no julgamento de casos concretos pode contribuir para superação da falência do sistema carcerário brasileiro?

A investigação do problema apresentado partiu da constatação de que a desordem verificada na organização carcerária brasileira é, em parcela, reflexo do excesso de punitivismo manifestado pelos Julgadores e que encontra respaldo na forte *vontade de punir* expressada pela atual sociedade, com origem em sentimentos de insegurança e de impunidade. Esta diretriz leva ao encarceramento desnecessário de muitos presos e torna o direito penal brasileiro irracional e ineficiente.

Essa problemática, então, levou alguns pensadores do Direito a voltar seus estudos a investigar a real função a ser desempenhada pelo Direito Penal na hodierna sociedade, calcando-os no ideário da fragmentariedade e da intervenção mínima. Dessa forma, realizar uma releitura dos institutos clássicos do Direito Penal, bem como estudar os fundamentos da teoria constitucionalista do delito e a sua aplicação no direito pátrio, área ainda pouca explorada pela doutrina nacional, apresenta-se como um desafio capaz de produzir resultados acadêmicos importantes para a superação da crise do sistema carcerário brasileiro.

Exposta a problemática que inspirou a elaboração desta pesquisa, importa, então, delimitar os objetivos que guiaram o desenvolvimento do presente trabalho. Tem-se, como objetivo geral, a compreensão da teoria constitucionalista do delito e das suas implicações na superação da crise do sistema carcerário brasileiro. No tocante aos objetivos específicos, pretende-se: a) explorar o atual panorama de crise do sistema carcerário brasileiro; b) estudar os alicerces da teoria constitucionalista do delito, destacando-a como a concepção de crime mais apta a colaborar para a superação desta crise paradigmática, em detrimento das teorias de crime preexistentes, quais sejam, as doutrinas causalista, neokantista e finalista, assim como das demais concepções funcionalistas de delito; c) analisar a receptividade e o rumo assumido pela aplicação da teoria constitucionalista do delito na jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, e d) verificar o impacto da teoria constitucionalista do delito em face da crise do sistema carcerário.

Com a finalidade de atingir os objetivos propostos, a pesquisa foi estruturada com base no método de abordagem fenomenológico-hermenêutico. Por meio dele, pretende-se interpretar a teoria constitucionalista do delito em consonância com a realidade social, histórica e jurídica experimentadas pela atual sociedade em decorrência da falência do sistema penal, no intuito de aferir em que medida a sua aplicação prática poderia contribuir para a mudança deste cenário.

O método de procedimento utilizado para a elaboração do trabalho no intuito de desenvolver os objetivos específicos foi o histórico. Esse método foi escolhido com a finalidade de, a partir do estudo da origem e da evolução do poder punitivo atribuído ao Estado, compreender o excesso de punitivismo verificado na sociedade contemporânea, e, desse modo, possibilitar a investigação da influência da aplicação da teoria constitucionalista do delito sobre o fenômeno.

No que se refere às técnicas de pesquisa selecionadas, foram empregadas as técnicas doutrinária e jurisprudencial. Por meio da primeira, procurou-se examinar a função do direito penal na atual sociedade consoante as diferentes construções interpretativas sobre o assunto, em harmonia em os princípios constitucionais penais voltados à limitação do poder punitivo Estatal. Já a técnica de pesquisa jurisprudencial foi utilizada no exame de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça com o escopo de identificar o momento de receptividade da teoria constitucionalista do delito na jurisprudência destes Tribunais, bem como de examinar o rumo assumido pela a sua aplicação em acórdãos recentes.

Após a identificação dos elementos acima apontados (contexto, problema, objetivos e metodologia), parte-se, neste momento, para uma explicação acerca da estruturação deste trabalho.

O primeiro capítulo versa sobre a construção do cenário que propiciou a emergência da teoria constitucionalista do delito como alternativa à prisionalização massiva contemporânea e que levou à degradação do sistema carcerário brasileiro e à ineficácia da pena privativa de liberdade na atual execução penal do país. Para a melhor compreensão deste ponto, optou-se pela sua divisão em três subcapítulos.

No item 1.1, apresentam-se elementos que propiciaram o surgimento e a legitimação do poder punitivo estatal, por meio dos ensinamentos de filósofos-

políticos defensores da concepção contratualista de formação da sociedade, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Após, utiliza-se a lição de Michel Foucault para referir-se aos abusos que começaram a ser praticados por parte do Estado a partir do poder de punir a ele conferido, em uma análise que se inicia na prática do suplício e culmina no criticado nascimento das prisões.

Na sequência (item 1.2), procura-se explicitar o excesso de punitivismo que permeia a realidade do sistema penal brasileiro, a partir de dados contidos no Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) e dos ensinamentos de Salo de Carvalho, enfatizando-se a preferência dos julgadores pela condenação a penas privativas de liberdade e os malefícios da superlotação das prisões. Contribuem para a pesquisa, ainda nesse ponto, as críticas feitas por Zygmunt Bauman e por Cezar Roberto Bitencourt acerca do insucesso desse tipo de punição.

Ao final do capítulo (subcapítulo 1.3), encara-se a necessidade de se repensar os pressupostos de imposição da sanção penal a partir da atual missão atribuída ao direito penal sob a ótica dos princípios constitucionais penais da subsidiariedade, da fragmentariedade, da ofensividade e da proporcionalidade das penas. Nesse contexto, por se adequar à função do direito penal traçada, apresenta-se a teoria constitucionalista do delito, para cuja melhor percepção, são brevemente exploradas as demais concepções de crime existentes, sobre as quais foi construída a doutrina constitucionalista, tema do capítulo subsequente.

O capítulo segundo, por sua vez, procura expor os principais ensinamentos e inovações concebidos pela teoria constitucionalista do delito e as implicações práticas decorrentes de sua aplicação. Outrossim, visa a identificar o momento de recepção da doutrina em apreço pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como a proporcionar a análise do sentido em que é aplicada atualmente no âmbito desses Tribunais.

A abordagem inicia-se pela investigação teórica da referida doutrina, com base, principalmente, nas lições tecidas pelo seu próprio idealizador, o penalista Luiz Flávio Gomes. Analisa-se, então, a base constitucional sobre a qual está calcada a concepção constitucionalista de delito; os seus pressupostos; o conceito analítico de delito por ela adotado, o que demandou, ainda, que fossem tecidos comentários sobre a teoria da imputação objetiva de Claus Roxin; e, finalmente, estudam-se as duas ponderações valorativas a serem efetuadas dentro da dimensão material de

tipicidade objetiva concebida pela teoria constitucionalista: o juízo de desaprovação da conduta e o desvalor do resultado jurídico produzido (subcapítulo 2.1).

Já, no subcapítulo 2.2, são apresentados os resultados da pesquisa jurisprudencial efetuada junto ao acervo eletrônico do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (subcapítulo 2.2) no intuito de averiguar como os dois principais Tribunais Superiores do Brasil internalizaram os fundamentos propostos pela teoria objeto do presente trabalho. Para tanto, foram selecionados dois acórdãos de cada Tribunal, um que permitisse identificar a data na qual, pela primeira vez, pôde ser observada alguma manifestação extraída da doutrina constitucionalista de delito e outro que possibilitasse a análise do sentido em que é aplicada nos dias atuais. Por fim, e no intuito de aproximar essa teoria da realidade forense, expõem-se algumas reflexões acerca das implicações práticas do emprego da concepção constitucionalista do delito em situações concretas.

Ao final deste trabalho, são apresentadas as conclusões que confirmam a hipótese de que a teoria constitucionalista do delito emergiu recentemente como forma de superação paradigmática à crise do sistema carcerário brasileiro, razão pela qual o seu estudo e aplicação não podem ser desconsiderados pelos julgadores nos dias atuais.

1 A EMERGÊNCIA DA TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO COMO UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL À INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

O atual cenário penitenciário brasileiro é marcado pela desordem, sendo recorrentes na mídia notícias que flagram em estabelecimentos prisionais do país um número de internos muito superior à capacidade originalmente planejada e a inexistência de condições mínimas de infraestrutura para atender dignamente à tamanha demanda. Este é um dos sintomas de um sistema penal ineficaz e ineficiente, em especial no que tange ao fracasso em cumprir os objetivos da execução penal de repressão do indivíduo conforme as disposições da sentença condenatória e de proporcionar condições básicas para a sua reinserção social.

Nesse contexto, surge como importante alternativa ao Magistrado na possível solução dos fatos que são colocados à sua apreciação a aplicação da teoria constitucionalista do delito, a qual engloba em seu cerne a teoria da imputação objetiva, sistematizada por Claus Roxin. Tais concepções sustentam exatamente o fim que deve ser buscado pelos operadores do direito na tentativa de amenizar a caótica situação carcerária: limitar a intervenção do Direito Penal aos acontecimentos que envolvam transgressão aos valores mais fundamentais para a comunidade, inclusive para evitar a banalização desse ramo, o que se traduz no seu descrédito social.

No intuito de abordar tais temáticas, este primeiro capítulo subdivide-se em três seções. Na primeira, será abordada a legitimação do poder punitivo estatal sob a ótica da concepção contratualista. No segundo subcapítulo, serão expostos fatores e consequências da realidade de excesso de punitivismo que permeia nossa atual sociedade, apresentando-se a necessidade de se pensar em alternativas para a limitação do *ius puniendi*. Por fim, na terceira etapa, abordar-se-á a atual função do direito penal e será proposta a teoria constitucionalista do delito como a doutrina mais adequada à finalidade encontrada e com melhor aptidão para enfrentar o cenário de crise do sistema carcerário do Brasil.

1.1 A legitimação do Poder de Punir

A legitimação do poder de punir inerente ao Estado contemporâneo remonta à clássica concepção político-filosófica acerca da formação da sociedade, denominada teoria do contrato social. De acordo com a percepção dos filósofos contratualistas do século XVIII, o poder teria sido transferido pelos homens, de acordo com a sua própria vontade, por meio de um contrato simbólico, a um poder político artificial chamado Estado. A criação desta instituição, detentora de soberania, teria como finalidade a busca do bem comum e a proteção social, o que legitimaria a imposição de pena àquele que viola o pacto firmado.

Isso, porque, antes de aderirem ao acordo de criação da sociedade, os seres humanos viveriam em um estado de natureza, em constante conflito ou relativa paz¹,

¹ O estado de natureza, assim como os motivos que levaram à elaboração do contrato social são apresentados de formas diversas pelos principais representantes do *jusnaturalismo*, Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Thomas Hobbes, na obra *O Leviatã* do século XVII, defende que, no estado de natureza, os homens seriam tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito de modo que nenhum poderia triunfar totalmente sobre o outro. gualmente também compartilhariam a esperança de alcançar seus objetivos, sendo que, quando dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo, não podendo ser essa usufruída por ambos, eles se tornariam inimigos. Assim, o ser humano viveria em constante ameaça de ser privado dos frutos de seu trabalho, da sua vida ou liberdade pelos demais, sendo-lhe razoável antecipar-se e agir em defesa para a sua própria conservação.

Nesse âmbito, Hobbes compreende como um direito natural a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação da sua própria vida, de acordo com a indicação do seu próprio julgamento e razão.

A fim de evitar a “guerra de todos contra todos”, o pensador propõe duas leis fundamentais da natureza. A primeira se trata de uma orientação para a busca da paz e segui-la. A segunda versa sobre a concordância de todos os homens em renunciar ao direito de fazer tudo quanto queira para se atingir a paz e assegurar a defesa de suas vidas. Para tanto, seria imprescindível a existência de um Estado, detentor de poder absoluto, para forçar a humanidade ao respeito àquelas leis. Juntamente com o Estado, nasceria a sociedade, por meio de um pacto de submissão firmado entre uma multidão de homens, cada um com cada um dos outros, atribuindo a uma pessoa ou assembleia a força coercitiva da comunidade e o direito de representar todos eles, trocando voluntariamente sua liberdade pela segurança a ser oferecida pelo soberano ou Leviatã.

No que se refere ao poder de punir do Estado, Hobbes indica que essa capacidade encontra limite quando a ordem emanada pelo soberano atenta contra o fim em vista do qual foi pactuada a soberania: a preservação da vida.

De outra sorte, para o liberalista John Locke, ainda no mesmo século, o estado de natureza consiste em um estágio pré-social e pré-político e difere do estado de guerra hobbesiano por dispor de relativa paz e harmonia. Nessa etapa, os homens já seriam dotados de razão e desfrutavam dos direitos naturais à vida, liberdade e bens, que, todavia, não estariam isentos de violações, o que sujeitaria os seres humanos ao estado de guerra de um contra os outros.

A fim de superar esses inconvenientes e de preservar e consolidar os direitos que possuíam originariamente no estado de natureza, destinando especial atenção à propriedade, Locke sugere, na sua obra *Segundo Tratado de sua obra Dois Tratados sobre o Governo Civil*, que os homens se uniriam para estabelecer livremente entre si o contrato social, o qual formalizaria a passagem desse estado para a sociedade civil ao formar um corpo político unitário.

No tocante à relação entre Estado e sociedade, o pensador liberal sustenta que, quando o governo age em violação à lei estabelecida ou aos direitos naturais, deixa de cumprir seu fim e torna-se ilegal, sendo, legítima, dessa maneira, a resistência oferecida pela comunidade à opressão do Estado, o qual se dissolveria

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, na obra *Contrato Social*, exhibe o dever ser da ação política, propondo condições para a existência de um pacto legítimo, por meio da qual a soberania seria

cada qual defendendo seus direitos por meio da autotutela. Esse meio de resolução dos impasses existentes, os impediria de concretizar os fins de sua existência por não ser capaz de neutralizar a constante ameaça aos seus bens, entendidos como a vida, a liberdade e a propriedade. Com a criação do Estado Moderno, este seria o legitimado a punir todos os indivíduos que cometessem algum ato criminoso. Afinal, “o crime, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como a vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe”.²

Assim, da necessidade de manifestação de poder e exercício de soberania frente aos administrados no intuito de manter a ordem social vigente, surgiu a pretensão punitiva do Estado. Nesta nova etapa, tinha-se a prevenção geral como a finalidade da aplicação da pena, contrapondo-se ao dever de reparação de danos que a prática delitiva pressupunha predominantemente na Idade Média, quando o crime era encarado como um mal cometido contra uma pessoa ou um conflito interpessoal dentro da comunidade.³

Nesse sentido, Michel Foucault afirma que a penalização imposta pelo soberano não se identifica com a reparação de danos, pois, mesmo quando exigida a compensação por lesões causadas, sempre haverá na punição, pelo menos, um parte relacionada ao Estado. É o que se confere no trecho de sua obra a seguir citado:

[...] Ora, essa parte que toca ao príncipe, em si mesma, não é simples: ela implica, por um lado, na reparação do prejuízo que foi trazido ao reino (a desordem instaurada, o mau exemplo dado, são prejuízos consideráveis

exercida pelo povo. Para tanto, haveria a exigência contratual de alienação total de cada associado de todos os seus direitos e de sua liberdade natural à comunidade toda, submetendo-se à vontade geral, para, em troca, obter a liberdade civil. Para o filósofo, essa seria forma de liberdade plena, uma vez que o povo soberano seria, concomitantemente, parte ativa e passiva do contrato social, elaborando as próprias leis a que deveria obedecer.

No que refere ao denominado “direito do mais forte”, Rousseau esclarece que a força não faz o direito e que há somente a obrigação de obedecer aos poderes legítimos, quais sejam, aos derivados da vontade geral. Contudo, salienta que aquele que se recusar a observá-los, serão a eles constrangidos por todo o corpo político, o que apenas significaria que o forçarão a ser livre, e, caso não o faça, deverá ser exemplarmente punido como traidor como forma de prevenção geral aos demais contratantes.

WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. vol.1. São Paulo: Ática, 2000. p. 51-90 e 187-201.

² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 48.

³ COSTA, Gabriela Gomes; OLIVEIRA, Thiago Menezes de. **Acesso à justiça e redução da judicialização: o poder de punir estatal como mecanismo de controle e a mediação penal no estado democrático de direito**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b607aa5b2fd58dd8>> acesso em 05 out. 2013.

que não têm comparação como o que é sofrido por um particular); mas implica também em que o rei procure a vingança de uma afronta feita à sua pessoa [...].⁴

Nesse contexto, destacou-se a prática do suplício. Mesmo quando não utilizado para dar fim à vida dos apenados por meio de cruéis execuções públicas (esquartejamento, decapitação, forca, fogueira, por vezes, utilizados concomitantemente), mostrava-se, em certo grau, presente na aplicação de penas de banimento e multa, muitas vezes precedidas de marcações com ferrete e de açoites ao corpo dos condenados.⁵ Dessa forma, o suplício, no século XVIII, desempenhava uma função jurídico-política, uma vez que visava à reativação do poder do Estado lesado por meio da exibição de superioridade, não só do direito, com o triunfo da lei, mas da força física do soberano que se abatia sobre o corpo do infrator.⁶

Para tanto, relata Foucault que o povo era chamado às praças públicas para assistir aos cerimoniais (ou espetáculos) de suplício a fim de testemunhar e garantir a aplicação da punição, pois era necessário que temessem semelhante destino. Contudo, a presença da sociedade nos rituais de execuções públicas acabou por desenvolver um papel ambíguo. A injustiça identificada em algumas condenações aflorava, no público, um sentimento de solidariedade com a dor da pessoa punida, o que projetou a sua recusa ao poder punitivo e sustentou revoltas populares.⁷

Nessa senda, a resistência da população à força de punição estatal foi, brilhantemente, referida pelo renomado filósofo francês no seguinte trecho da sua obra *Vigiar e Punir*:

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um "fecho" ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a freqüência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração.⁸

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 48.

⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁸ *Ibidem*, p. 14.

Desse modo, a reestruturação do exercício do poder punitivo era medida que se impunha ao Estado, devido à intolerância social ao suplício.

No período que sucedeu às revoluções liberais do século XVIII, marcado pela ascensão da burguesia e difusão dos ideais iluministas, desponta a necessidade de instituição de uma sociedade alternativa, por meio de um novo contrato social. Conforme Jean-Jacques Rousseau, por meio deste, haveria a retirada do homem daquela sociedade civil nociva em que era explorado como servo para, então, inserir-se em um Estado Moral, qual seja, a República, na qual prevaleceria a soberania da sociedade e da vontade coletiva, não mais centrada na figura do monarca.⁹

Assim, gradualmente, no século XIX, foi-se eliminando a repreensão penal pela aplicação pública de violência contra o corpo e ganhou espaço a ideia de que “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro”¹⁰. Nessa esteira, surgiram os primeiros códigos penais, que conferiram poderes ao Estado para exercer o seu poder punitivo de forma racional. Encontrou-se na privação da liberdade uma forma de penalidade apta a substituir o sofrimento físico, visto que, tratando-se de um bem e direito comum, seria um castigo de igual peso para todos. Dessa forma, surgem as prisões na tentativa de melhor se administrar o poder de punir.

Todavia, desde o seu nascimento, a medida de encarceramento nunca excluiu totalmente o sofrimento físico da aplicação da pena, tendo em vista as privações de espaço, alimentação, higiene e saúde que, desde sempre lhe foram características. Nesse sentido, conforme bem assinalado por Foucault, verifica-se que “permanece um fundo “suplicante” nos modernos mecanismos da justiça criminal, que não está inteiramente sob controle”.¹¹

O mesmo autor narra que, desde o começo do século XIX, um cenário de miséria física, envolvendo excesso de população, frio, sufocação, paredes velhas e fome, assola os habitantes das instituições carcerárias e motiva revoltas em vários locais do mundo.¹² A partir da situação degradante acima delineada, Foucault já identificava, no referido período histórico, as consequências negativas do

⁹ YABIKU, Roger Moko. **Da função das penas:** do suplício do corpo ao suplício da imagem. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8386/da-funcao-das-penas>>. Acesso em 18 out. 2013.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhe. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p.14.

¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹² *Ibidem*, p. 32.

encarceramento em massa: as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; a detenção provoca a reincidência; a prisão favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre em si, prontos para todas as cumplicidades futuras; a prisão fabrica, indiretamente, delinquentes, ao fazer cair na miséria a família dos detentos.¹³

Por esses e outros motivos, o referido filósofo reconheceu o fracasso imediato do cárcere em realizar o projeto corretivo a que se propunha, assim como a repreensão do infrator.¹⁴ Observa-se, assim, que as críticas acerca da insustentabilidade do sistema prisional despontam desde o seu surgimento e se mantêm até hoje sem quase nenhuma mudança.

Nesse sentido, o atual panorama do sistema carcerário do Brasil será examinado no subcapítulo a seguir.

1.2 A insustentabilidade do cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil e o Excesso de Punitivismo

Com efeito, o panorama acima delineado também é uma realidade da execução penal brasileira. Informações oriundas de centros de estatística demonstram que, na última década, têm-se acentuado deficiências na qualidade de vida dos apenados decorrentes, principalmente, da superpopulação das penitenciárias, tais como a insuficiência de leitos, a despreocupação com cuidados mínimos de higiene e saúde, a desnutrição, a inexistência de privacidade e graves abalos psicológicos.

Dados numéricos contidos em Relatórios Estatísticos Sintéticos elaborados por meio do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça, denunciam o caos embrenhado nas instituições penitenciárias localizadas nos diversos estados do país.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 252-254.

¹⁴ *Ibidem*, p. 254-255.

Segundo as estatísticas, no ano de 2002¹⁵, a quantidade de pessoas que cumpriam pena privativa de liberdade, provisoriamente ou por condenação com trânsito em julgado, entre homens e mulheres, no Sistema Penitenciário Estadual, beirava a 172.651 (cento e setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e um), não incluídas aquelas submetidas à medida de segurança. Em contraponto, o número de vagas disponíveis para todos os regimes era de 148.375 (cento e quarenta e oito mil, trezentos e setenta e cinco).

Já, no mês de dezembro de 2012¹⁶, o mesmo estudo indica que a população carcerária cresceu para 510.033 (quinhentos e dez mil e trinta e três), ao passo que o número de vagas não aumentou proporcionalmente, totalizando a quantia de 310.243 (trezentos e dez mil, duzentos e quarenta e três).

Nessa seara, destaca-se que, segundo a mesma pesquisa, dos 172.651 (cento e setenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e um) apenados existentes no ano de 2002, 140.473 (cento e quarenta mil, quatrocentos e setenta e três) cumpriam pena em regime fechado. A mesma comparação pode ser feita em relação às informações de dezembro de 2012: dentre o total de 510.033 (quinhentos e dez mil e trinta e três) apenados, 218.242 (duzentos e dezoito mil e duzentos e quarenta e dois) se encontravam submetidos ao regime mais rigoroso.

As informações expostas indicam que, há mais de dez anos, a quantidade de pessoas condenadas à pena privativa de liberdade supera, em muito, o número de vagas disponíveis nos estabelecimentos destinados ao seu cumprimento, bem como demonstram que esse descompasso tem se acentuado progressivamente. Tal preocupação ganha ainda maior relevância quando se tem em vista que, no mês de dezembro do último ano, cerca de 42% (quarenta e dois por cento) dos apenados estavam subordinados ao regime fechado, o que lhes impõe a obrigação de conviver diariamente com as mazelas decorrentes da superlotação dos presídios e da insuficiência de recursos para atendê-la.

Nessa esteira, a Câmara de Deputados realizou, no ano de 2009, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário Brasileiro com a finalidade de

¹⁵ BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen - Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID={175C05C3-2386-4427-B91C-71FFDD34256E}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen - Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTsvc.asp?DocumentID={E1B3F584-BDCA-471E-9C9A-9B4AC0AE3170}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>>. Acesso em: 11 out. 2013.

identificar a sua realidade e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210 de 1984). Das diligências efetuadas durante o trabalho, foram constadas, de maneira geral, as seguintes violações aos direitos dos presos em diferentes estabelecimentos carcerários estaduais, além da superpopulação já mencionada: falta de assistência material, médica, farmacêutica, odontológica, psicológica, jurídica, educacional e social; insuficiência de acomodações; higiene inexistente; má alimentação (quando não há fome); falta de preparação aos egressos; ócio generalizado pela carência de incentivo ao trabalho externo; isolamento familiar e do meio social; privação de água, luz elétrica e solar; impossibilidade de separação dos presidiários de acordo com a individualização da pena, entre outros.¹⁷

As precárias condições de cumprimento da pena privativa de liberdade permitem evidenciar que o sistema de execução penal brasileiro encontra-se em crise, incapaz de efetivar a repreensão do indivíduo conforme as disposições da sentença condenatória e, concomitantemente, proporcionar condições básicas para a sua reinserção social, objetivos da execução penal expostos logo no artigo 1º da LEP.¹⁸

Outrossim, a realidade acima delineada encontra-se totalmente desconectada da atual ordem constitucional que prima pela efetivação dos direitos humanos. Nessa esteira, como síntese da análise da situação do sistema penitenciário brasileiro, a suprarreferida CPI concluiu que “os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”.¹⁹

Para Salo de Carvalho, ao se descartar a pessoa como valor, pois supérflua na atual ordem,

[...] projeta-se a necessidade de maximização dos aparatos de controle penal/carcerário. A alternativa do Estado providência, portanto, passe a ser

¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 188-281. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2013.

¹⁸ Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. BRASIL, Lei 7.210, de 11 de julho de 1989. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

¹⁹ BRASIL. Congresso Nacional. *op cit.*, p. 189.

o “Estado Penitência”, configurando uma máxima que parece ser a palavra de ordem na atualidade: Estado social mínimo, Estado penal máximo.²⁰

Neste ponto, os atores do Poder Judiciário, na condição de representantes do Estado, exercem importante função, sobretudo o juiz, na condução do processo e na aplicação do poder punitivo. Isso, porque, sob influência de uma forte *vontade de punir*²¹ manifestada pela atual sociedade, os julgadores têm demonstrado preferência pela condenação a penas privativas de liberdade em detrimento da aplicação de sanções alternativas, não só na esfera criminal, mas também cíveis e administrativas, o que se observa nas estatísticas formuladas pelo InfoPen já expostas.

A esse respeito, partindo-se do questionamento sobre a eficácia da aplicação da pena privativa de liberdade, foi realizada uma pesquisa, mediante entrevistas a juízes e análise de decisões judiciais em processos criminais no âmbito de incidência daquela penalidade em seis comarcas no estado de Minas Gerais.²² Como justificativas para manter as pessoas encarceradas, mesmo em circunstâncias precárias e contra as disposições da LEP, foram elencados seis argumentos comuns entre os Magistrados entrevistados.

Primeiro, citou-se a supremacia do interesse coletivo sobre o individual. Logo após, a falta de recursos financeiros da Administração Pública para oferecer quantidade suficiente de vagas no sistema penitenciário como situação imutável, devendo, novamente, prevalecer o interesse coletivo. Depois, tem-se a pressão da opinião pública para que decisão vá ao encontro do clamor social, ressaltando-se a atuação da mídia. Em quarto lugar, figura a aplicação da pena privativa de liberdade e a possibilidade de recuperação do agente criminoso e retorno ao convívio social quando executada em sistemas alternativos, embora escassos. Em seguida, a expansão legislativa do Direito Penal e a redução de garantias fundamentais como

²⁰ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 216.

²¹ Expressão utilizada por Salo de Carvalho para referir-se aos efeitos da formação inquisitória dos atores do sistema penal e a sua adesão ao punitivismo.

Idem, **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.2.

²² SURLO, Gerlis Prata. O poder judiciário e pena privativa de liberdade: investigação dos discursos e das práticas dos juízes no âmbito da aplicação da pena. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, vol. 4, n.2, 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/File/2545/1549>>. Acesso em: 11 out. 2013.

mecanismos impeditivos da desenfreada onda de violência no Brasil. E, por último, salientou-se a relação direta entre a miséria e o sistema prisional brasileiro.²³

Dentre esses fatores, ressalta-se a condução dos Magistrados ao emprego da pena privativa de liberdade pela pressão popular consubstanciada na ação da mídia, propagadora da *vontade de punir* que permeia nossa atual sociedade, motivada por sensações de insegurança e de impunidade, muito embora se denote dos dados estatísticos suprarreferidos que nunca houve tão elevado índice de condenações criminais como hodiernamente.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, ao discorrer sobre as prisões na era da pós-modernidade, registrou que, em todos os países, cresce rapidamente o número de pessoas presas ou que esperam prováveis sentenças de prisão. Este incrível aumento segue acompanhado da ampliação da rede de prisões e, conseqüentemente, da elevação dos gastos orçamentários do Estado com as “forças da lei e da ordem”, referindo-se ao efetivo de policiais e aos serviços penitenciários.²⁴

O autor prossegue examinando, em números, a proporção da população internacional submetida à pena de prisão, elencando os Estados Unidos como o país detentor do maior índice de aprisionamento no mundo. Refere, então, que

A proporção da população que cumpre sentenças de prisão é distinta em cada país, refletindo idiosincrasias de tradições culturais e históricas de pensamento e práticas penais, mas o rápido crescimento parecer ser um fenômeno universal em toda a ponta “mais desenvolvida” do mundo. De acordo com os mais recentes dados meticulosamente coletados por Nils Christie, os Estados Unidos estão notoriamente à frente e bem distantes (embora os seus recordes estejam sendo rapidamente alcançados pela nova Federação Russa): no total, mais de 2 por cento da população dos EUA estavam sob controle do sistema prisional. O índice de crescimento é mais impressionante. Em 1979 havia 230 prisioneiros para cada grupo de 100.000 habitantes – em 1º de janeiro de 1997 já eram 649.²⁵

Nesta esteira, Salo de Carvalho em análise dos dados de encarceramento do Brasil referente às duas últimas décadas, alerta que o país ingressou no cenário punitivista internacional, contudo a prisionalização massiva contemporânea não pode ser restringida ao aumento do número de delitos. Aponta que a formação do

²³ SURLO, Gerlis Prata. O poder judiciário e pena privativa de liberdade: investigação dos discursos e das práticas dos juízes no âmbito da aplicação da pena. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, vol. 4, n.2, 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/File/2545/1549>>. Acesso em: 11 out. 2013. p. 09-25.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.122.

²⁵ *Ibidem*, p.123.

imaginário social sobre crime, criminalidade e punição pelos meios de comunicação superdimensiona os problemas da questão criminal, fazendo crer que há maior prática de delitos do que realmente ocorre, bem como que são impostas penas menos severas do que de fato são. Dessa forma, a mídia densifica a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo.²⁶

Nesta linha, Salo de Carvalho demonstra que o efeito mais evidente da influência do populismo punitivo sobre os operadores do direito

[...] é o da permanência da centralidade da pena de prisão em regime fechado como resposta ao delito, apesar da existência de ferramentas infraconstitucionais descarcerizantes e de normas constitucionais dirigidas ao deslocamento do carcerário para a margem do sistema de penas no Brasil. [...].²⁷

Do contexto delineado, sobressai-se a insustentabilidade da pena de prisão como resposta ao delito, visto que, devido à sua fragilidade, é incapaz de punir devidamente o infrator e de prepará-lo para a reinserção social, exercendo seu papel preventivo, consoante os preceitos da LEP.

Nesse sentido, Bauman atenta seus leitores para o fato de que, até os dias atuais, nenhuma evidência foi encontrada para apoiar ou, ao menos, sustentar as suposições de que as instituições carcerárias desempenham os papéis a ela atribuídos em teoria ou de que alcançam qualquer sucesso nessa tentativa.²⁸

Aliás, o penalista Cezar Roberto Bitencourt mostra-se pessimista (ou realista) no que se refere à possibilidade da pena privativa de liberdade obter qualquer sucesso em atingir os fins que justificam a sua aplicação, mesmo em condições ideais de infraestrutura e investimento público, alertando que

Será possível evitar a produção de danos físicos, e de certos danos psíquicos, com prisões que contem com uma adequada planta física, com melhor condições de higiene e com tratamento mais condizente com a dignidade do recluso. No entanto, sempre se produzirão algumas lesões invisíveis, visto que quando se interrompe o ciclo normal do desenvolvimento de uma pessoa se provoca dano irreparável. [...]. É impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento.²⁹

²⁶ CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-14.

²⁷ *Ibidem*, p. 103-104.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p.124.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 159-160.

Assim, frente à defasagem do sistema carcerário, faz-se necessário repensar a finalidade do direito penal de modo a se buscar alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade, principalmente a fim de reduzir o problema da superpopulação prisional no Brasil. Nesta linha, apresenta-se a teoria constitucionalista do delito, a qual sustenta a aplicação de novos filtros aptos a impedir condenações na seara criminal quando bastante a tutela oferecida pelos demais ramos do Direito.

Esta concepção de delito encontra-se completamente adequada à atual finalidade do Direito Penal, fundamentada nos princípios limitadores penais extraídos da Constituição, o que passa a ser verificado a partir de então.

1.3 A atual finalidade do direito penal e as diferentes teorias do delito

Tendo em vista o *excesso de punitivismo* que colabora para a insustentabilidade do sistema prisional brasileiro, essencial repensar os pressupostos de imposição da sanção penal de modo a se estabelecer novos filtros que afastem, ao máximo, a condenação criminal do julgamento de casos que poderiam ser suficientemente tutelados por outras áreas do Direito.

Nesta esteira, mostra-se de suma importância o estudo de teorias de delito que melhor se coadunam com a atual missão do direito penal, uma vez que fornecem conceitos mínimos que se constituem ferramentas indispensáveis aos operadores do Direito no momento de atribuir a qualidade de tipicidade e de punibilidade aos fatos que chegam à sua apreciação. Por meio do seu estudo, será possível verificar sob quais fundamentos se deve impor limites ao poder punitivo do Estado, em especial no tocante ao controle do número de condenados, tendo sempre em vista a real finalidade do direito penal, consoante o conceito funcionalista de delito formulado por Luiz Flávio Gomes.

Para tanto, parte-se da concepção da função da tutela penal segundo Claus Roxin, para quem as fronteiras que autorizam a intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do direito penal. Esta consistiria em garantir aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando

estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor grau a liberdade dos administrados.³⁰

Com efeito, a função social do direito penal delineada por Roxin legitima-se na concepção ideológica de formação do Estado pelo contrato social. Por meio deste instrumento, os homens, detentores do poder estatal, teriam transferido ao poder público apenas as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para a vida em sociedade, em liberdade e em paz, na medida em que essa finalidade não poderia ser alcançada por meios menos drásticos. Desse modo, deveria se procurar um equilíbrio entre o poder de atuação estatal e a garantia de liberdade individual, o que caracteriza o atual Estado Democrático de Direito³¹.

Sendo assim, as normas penais têm como finalidade assegurar aos administrados condições individuais indispensáveis para coexistir em comunidade, por meio da proteção à vida, à integridade física, à liberdade, à propriedade e aos demais direitos humanos. Para Roxin, além dos valores de índole individual, também se insere no campo de atuação do Estado em relação aos cidadãos o cumprimento de prestações de caráter público através de instituições estatais adequadas, que, somente poderiam ser consideradas legítimas se servirem à consecução daqueles valores individuais.³² Esses elementos seriam o que o referido doutrinador alemão denomina de bens jurídicos dignos de tutela penal.³³

Sobre a importância da proteção penal dirigir-se a um bem jurídico em um Estado Democrático de Direito, Luiz Regis Prado, com propriedade, observa que

Em um Estado Democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.³⁴

Do exposto, depreende-se que, na atual ordem constitucional, a função do direito penal é a defesa de bens jurídicos essenciais para a sociedade que se

³⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 16.

³¹ *Ibidem*, p. 17.

³² *Ibidem*, p. 17-19.

³³ *Ibidem*, p. 16-20.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

encontrem ameaçados por ofensas reprováveis. Dessa forma, crime seria a lesão ou ameaça de lesão àqueles bens jurídicos.

Apesar de haver aparente consenso doutrinário sobre ser a proteção de bens jurídicos a verdadeira missão do direito penal, verificam-se controvérsias na delimitação conceitual destes pelos diversos penalistas, o que se deve muito à imprecisão e à generalidade do termo.

No esforço de buscar uma conceituação para a referida expressão, cita-se Cezar Roberto Bitencourt, que, embasando-se na lição de Welzel, define bem jurídico como todo valor vital e humano da sociedade e do indivíduo nela inserido, merecedor de proteção estatal justamente pela sua significação social.³⁵ Em idêntica linha de raciocínio, André Luís Callegari exemplifica formas pelas quais podem se apresentar tais bens jurídicos, a saber:

[...] objeto psicofísico ou objeto espiritual ideal (exemplo daquele, a vida; deste a honra), ou uma situação real (respeito pela inviolabilidade do domicílio), ou uma ligação vital (casamento ou parentesco), ou relação jurídica (propriedade, direito de caça), ou ainda um comportamento de terceiro (lealdade dos funcionários públicos protegida contra a corrupção).³⁶

Depreende-se das definições acima expostas que, de fato, não seria possível formular um conceito estanque acerca de “bem jurídico”, tendo em vista a mutabilidade dos valores sociais conforme o momento histórico, político, econômico, cultural e jurídico vivenciado por determinada comunidade.

De toda sorte, imperioso apontar que nem todos os bens jurídicos eleitos por uma sociedade justificam a tutela penal. Assim, para se estabelecer o verdadeiro campo de incidência do direito penal, é preciso agregar-se, à ideia de bem jurídico, os clássicos princípios limitadores penais.

Neste ponto, convém ressaltar a importância que os princípios constitucionais exercem na função de limitar a intervenção do Estado ao se constituírem diretrizes e juízos fundamentadores da ordem jurídica e, por assim dizer, os valores essenciais do Estado Democrático de Direito. Desse modo, os princípios constitucionais emitem orientações de caráter geral e abstrato à legislação infraconstitucional no intuito de delimitar seu campo de abrangência e compor uma unidade jurídica coesa em valores.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 37-38.

³⁶ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 29-30.

Da inegável relação entre a Constituição e o direito penal, percebe-se que aquela constitui um limite, não só formal, mas, mais importante, material para este, em especial no que diz respeito ao pilar sobre o qual ordem constitucional se volta: a defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido,

O discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, antes de qualquer coisa, o discurso sobre a sua adaptação material à Constituição. Ambos compartilham, entre si, uma relação axiológico-normativa por meio da qual, a Constituição, ao tempo em que garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal. E o faz com exclusividade, porquanto em ordenamentos jurídicos a exemplo do nosso, onde se adota, a partir de uma Constituição normativa, um conceito formal de lei, apenas da Constituição haveriam de provir restrições *previamente* dadas ao legislador, [...].
[...] em um modelo de Estado constitucional de Direito a exemplo do nosso (Estado Social e Democrático de Direito), a ciência jurídico-penal (aqui entendidas, essencialmente, a política criminal e a dogmático jurídico-penal) não desfruta de *existência autônoma* em face da Constituição, senão tem por ela definidos tanto os limites quanto os fundamentos de sua estruturação.³⁷

Do citado, verifica-se que o limite do *ius puniendi* estatal deriva da Constituição, devendo o direito penal voltar-se exclusivamente para a proteção de bens jurídicos compatíveis com o fundo axiológico presente na Carta Maior. Conseqüentemente, nenhum bem jurídico pode ser considerado como tal se não está de acordo com o “quadro de valores ou axiológicos da Constituição”, sendo que a mais atualizada teoria dos bens jurídicos, nessa linha, procura extrair da Constituição a base e os limites do legislador.³⁸

Nesta esteira, evidencia-se a estreita relação dos princípios constitucionais penais, explícitos ou implícitos, com o reconhecimento do ilícito penal ao delimitar quais ofensas a bens jurídicos merecem reprimenda na seara criminal, atuando, desse modo, como modeladores do poder punitivo. Passa-se, então, à análise de alguns princípios limitadores penais que interessem ao deslinde desta pesquisa.

Primeiramente, destaca-se o princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, segundo o qual o direito penal somente deve interferir na liberdade individual, por meio da imposição de pena, quando os demais ramos do direito, como cível ou administrativo, não forem suficientes para fornecer o devido amparo a um determinado bem jurídico.

³⁷ FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 38-43.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

Nesse sentido, Roxin defende a natureza subsidiária do direito penal ao sustentar que somente se devem punir lesões de bens jurídicos se tal for indispensável para a manutenção da paz na vida em sociedade. Sendo assim, nos casos em que bastem as medidas cíveis ou de direito público, o direito penal obriga-se a se retirar.³⁹ E justifica, referindo que

Com efeito, para a pessoa atingida, cada pena significa um dano dos seus bens jurídicos cujos efeitos atingem não raro o extermínio da sua existência ou, em qualquer caso, restringem fortemente a sua liberdade pessoal. Consequentemente, e por ser a reação mais forte da comunidade, apenas se pode recorrer a ela em último lugar. Se for utilizada quando bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, carece da legitimidade que lhe advém da necessidade social, e a paz jurídica vê-se perturbada pela presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal.⁴⁰

Neste viés de seletividade da proteção penal, ressalta-se o princípio da fragmentariedade, que propaga a orientação de que o direito penal não deveria se ocupar em proibir todas as condutas lesivas ou proteger todos os interesses, mas voltar-se a uma tutela seletiva dos bens jurídicos conforme a gravidade e a intensidade da lesão e do perigo contra eles perpetrados.

Isto posto, chega-se à implicação de que nem todo bem jurídico formalmente previsto em lei receberá resguardo absoluto. O bem jurídico será defendido na área criminal apenas perante agressões ou ataques considerados socialmente intoleráveis. Para Luiz Regis Prado, em outras palavras, isso significa que

[...] apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.⁴¹

Em seguida, o mesmo autor brilhantemente sintetiza a sua exposição acerca do postulado da fragmentariedade por meio da analogia de que esse princípio “impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.⁴²

³⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa : Vega, 1998. p. 28.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 60.

⁴² *Ibidem*, p. 60.

As proposições acima compartilhadas vão, ainda, ao encontro das orientações do princípio da ofensividade ou lesividade. Conforme este, a repreensão criminal justifica-se apenas se restar configurado, no mínimo, um perigo concreto e efetivo a um valor socialmente relevante, representado na forma de bem jurídico tutelado.

Desse modo, observa-se que o princípio da ofensividade desempenha duas funções no direito penal. A primeira delas, uma função político-criminal, de limitação ao poder punitivo do Estado, dirigindo-se ao legislador nos momentos que antecedem à elaboração da norma. A segunda missão, interpretativa ou dogmática, apresenta-se como uma limitação ao próprio direito penal e destina-se ao executor da lei no momento de se aplicar a norma penal elaborada.⁴³

Na mesma linha, merece destaque o princípio da proporcionalidade das penas, que orienta o julgador a fazer uso dos pressupostos da necessidade e adequação, balanceando-os, a fim buscar soluções em que haja proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da repreensão estatal. Pelo critério da necessidade, é preciso analisar se, com medidas menos gravosas, que não a tutela penal, seria possível atingir a mesma censura pretendida e, pela adequação, deve-se perquirir se a penalização escolhida seria suficiente para atingir aquela finalidade.

Ao tratar da mensurabilidade da pena moderna, compreendendo esta como técnica de privação de bens, Luigi Ferrajoli, atribui-lhe um caráter de proporcionalidade em relação à gravidade dos delitos, o que significaria, dada a natureza convencional dos crimes e das penas, o ajuste proporcional da gravidade dos crimes às medidas de pena eleitas pelo legislador consoante a hierarquia dos bens e interesses por ele concebidos como merecedores de proteção.⁴⁴

De todo o exposto, aliando-se as breves noções de bem jurídico aos mais importantes princípios limitadores constitucionais penais, é possível chegar-se à conclusão de que a principal função do direito penal é a proteção, subsidiária e fragmentária, dos bens jurídicos mais preciosos para o indivíduo e para a coletividade, perante as ofensas mais intoleráveis.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52-53.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 360-361.

Nesse sentido, Roxin reitera o já referido mais acima e complementa que o direito penal deve ser utilizado para proteger bens jurídicos essenciais e assegurar os objetivos de prestações necessárias para a existência, apenas quando meios menos gravosos não bastem para essa finalidade⁴⁵.

No intuito de não dar ensejo a críticas de imprecisão conceitual, o mencionado doutrinador elenca, em poucas linhas, bens jurídicos que não se incluem na área de incidência do direito penal em consonância com a definição acima exposta. São elas: condutas meramente imorais, como rufianismo; normas jurídico-penais unicamente motivadas por ideologias ou que não atentem contra os direitos fundamentais e humanos; simples previsões legais; autolesão de pessoa capaz, assim como a sua assistência ou auxílio; leis penais simbólicas ou diplomáticas, como de apaziguamento ou favorecedoras à imagem do Estado; objetos de proteção de uma abstração incompreensível, como a perturbação da paz pública; entre outros.⁴⁶

Por fim, Roxin alerta que a negativa de impor limitações à incidência da tutela penal aos bens jurídicos mais valiosos significaria favorecer a criminalidade, de maneira que

[...] se não levarmos a cabo esta tarefa face à reforma do direito penal que nos incumbe, teremos omitido colocar ao direito penal uma das exigências mais urgentes do Estado de Direito. Porque é evidente que nada favorece tanto a criminalidade como a penalização de qualquer bagatela.⁴⁷

Destarte, no intuito de fazer valer a função do direito penal em consonância com os preceitos expostos e, principalmente, tendo em vista o *excesso de punitivismo* que acomete nossa sociedade, surge como importante alternativa ao Magistrado, no julgamento dos fatos que são colocados à sua apreciação, a aplicação da teoria constitucionalista do delito, formulada pelo doutrinador Luiz Flávio Gomes. Sua concepção de crime é fruto de uma reestruturação didática dos conteúdos fornecidos a partir da iniciativa funcionalista de Roxin, com a teoria da imputação objetiva, e da tipicidade conglobante de Zaffaroni.⁴⁸

⁴⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa : Vega, 1998. p. 27-32.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 20-25.

⁴⁷ *Idem*, **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa : Vega, 1998. p. 29.

⁴⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127-184.

A teoria constitucionalista do delito foi desenvolvida como um complemento às modernas teorias de delito, que, apesar de sempre terem concebido o fato típico como categoria do crime, concedem-lhe enfoque predominantemente formal, contentando-se com a mera subsunção do fato à letra da lei. Com a finalidade de permitir a visualização da comparação realizada, colocam-se necessárias algumas considerações acerca das referidas doutrina, sem se ter a pretensão de esgotar o seu conteúdo.

Oportuno destacar que elas não representam marcos doutrinários isolados em determinada ordem histórica na linha do tempo. Elas coexistiram, ou coexistem, e apresentam certa interação entre si no sentido de que não descartam completamente todas as elaborações teóricas características dos pensamentos antecedentes, apenas modificam-nos no intuito de superar as suas falhas.

O conceito clássico de delito, de que são expoentes Liszt e Beling, é apresentado como reflexo do positivismo científico identificado no século XIX, que se caracteriza por rechaçar do mundo da ciência qualquer contribuição advinda das valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. Dessa forma, o cientificismo elenca a ciência ao grau de capacidade de solucionar todos os problemas da humanidade, de modo que os métodos científicos deveriam ser estendidos, sem exceção, a todos os domínios da vida humana.⁴⁹ Assim, no campo jurídico, esta ideologia orienta que a resolução dos fatos concretos se desse nos limites do Direito positivo, isto é, a partir da interpretação restritiva dos preceitos legais formalmente considerados.⁵⁰

No contexto delineado, o crime era encarado, segundo a sua concepção clássica, como um fato natural baseado na relação de causalidade entre um comportamento corporal voluntário e o respectivo resultado, traduzido em uma modificação do mundo exterior.⁵¹ A ação, portanto, consiste em um conceito

⁴⁹ MASI, Carlo Velho. As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro. Desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. p.4. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246-247.

⁵¹ Aponta-se como crítica à teoria clássica, além do formalismo exarcebado, a sua incapacidade de abarcar os crimes omissivos no conceito de ação. Isso, porque, nessa modalidade, não há movimento corporal capaz de causar uma modificação no mundo exterior. Desse modo, a punibilidade do crime omissivo não decorreria de um fato natural, por simplesmente “omitir” ou “não fazer”, mas de uma imposição normativa por não ser praticada uma ação prevista pelo ordenamento jurídico.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista

naturalístico e neutro, uma vez que o conteúdo da vontade do agente mostrava-se irrelevante para a perfectibilização da conduta, sendo que este aspecto subjetivo somente seria valorado na culpabilidade. Assim, pouco importa se o autor não desejou ou não previu o a ocorrência do resultado, basta que ele tenha demonstrado vontade em agir.

Desse modo, para a doutrina em apreço, identifica-se como criminoso o fato cujos aspectos objetivos acima descritos correspondam com a respectiva previsão legal. Mescla-se tipicidade com antijuridicidade, concebendo-se a primeira com indício da segunda, à exceção de quando houver uma causa excludente de ilicitude.⁵²

Duas dimensões constituiriam, portanto, o conceito clássico de delito: uma objetiva, composta pela tipicidade e pela antijuridicidade, e outra subjetiva, formada pela culpabilidade.⁵³ Com base na orientação exposta, a tipicidade resumia-se à adequação do fato à letra da lei, dispensando qualquer juízo valorativo; a ilicitude significaria a mera violação da norma e a culpabilidade retrataria o vínculo entre o fato e o seu agente pelo dolo ou pela culpa, tendo como pressuposto a imputabilidade. Dissocia-se, então, a conduta praticada da orientação psíquica do autor, deixando de analisar na categoria da tipicidade o conteúdo da vontade.

Ao se distanciar do positivismo jurídico, o Direito, progressivamente, aproximou-se das ciências sociais na busca pela inserção de uma dimensão axiológica ao universo jurídico. Nesse contexto, a teoria neokantista surgiu como demanda à necessidade de complementação, à clássica teoria de delito, de valores ínsitos à sociedade. Assim, a concepção neoclássica não implicou em profunda ruptura com a teoria clássica, mas representou uma forma adicional de reflexão que abriu o sistema jurídico a considerações de cunho valorativo e material.⁵⁴

Inspirada no movimento filosófico denominado neokantismo, que foi influenciado pela filosofia crítica de Kant e lançado como reação ao idealismo e ao positivismo, a teoria neoclássica introduziu na teoria de delito preceitos da doutrina kantiana tais como “[...] o ser difere do dever ser, a causalidade pertence ao ser,

dos Tribunais, 2011. p.48.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 15. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246-247.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44-48.

⁵⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 68.

mas o fundamental no sistema penal é a imputação derivada das normas (do dever ser)".⁵⁵ Desse modo, desenvolveu-se como uma reformulação teleológica do causalismo, atribuindo-lhe uma concepção de delito consonante com as finalidades e valores embasadores do direito penal. Diz-se que "o neokantismo representou, pois, a superação, e não necessariamente a negação, do positivismo. Em realidade, não passou de uma forma de positivismo jurídico aberto à filosofia dos valores".⁵⁶

Nesse sentido, para os neokantistas, os elementos do crime continuariam sendo fato típico, antijurídico e culpável, porém, dotados de um conteúdo material. Assim, a tipicidade não seria neutra como seria segundo o causalismo, mas uma valoração negativa da lei. Da mesma forma, a ilicitude não se limitaria à contrariedade do fato com a norma, representando também um fato danoso para a sociedade. Já a culpabilidade continuaria abrangendo o vínculo de dolo e culpa entre o agente e o fato, acrescentando, contudo, a reprovabilidade da conduta ilícita em vista da possibilidade de agir em conformidade com o Direito.

Logo, percebe-se que a principal contribuição da teoria neoclássica foi a abertura do conceito de crime à dimensão valorativa. Todavia, o neokantismo não foi capaz de eliminar o formalismo da doutrina clássica, uma vez que não se propôs a impugnar as bases do positivismo, mas apenas complementá-las por meio da conciliação com uma ordem de valores.

Ademais, aponta-se como outra crítica ao neokantismo o fato de não oferecer critérios objetivos para identificação do valor a ser utilizado como medida, o que dificultaria a imposição de limites ao poder punitivo, permitindo excessos, uma vez que o valor qual restaria configurado de acordo com a interpretação subjetiva dos julgadores.⁵⁷

A teoria final da ação foi pensada por Hans Welzel, na década de 1930, no contexto da Segunda Guerra Mundial, surgindo como oposição ao direito penal nazista, na necessidade de impor limites ao poder punitivo do Estado.

No mesmo sentido, apareceu como reação ao normativismo excessivo do neokantismo, que permitia a livre atuação do jurista de acordo com a sua seleção

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

⁵⁶ MASI, Carlo Velho. As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567&seo=1>>. Acesso em: 13 nov. 2013. p. 8.

⁵⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: conceito material e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 72.

pessoal de categorias de valores. Face ao excesso de liberdade proporcionado aos elaboradores aplicadores da lei, o finalismo propôs a tese de que os valores residem nos objetos em si e não na mente dos operadores do direito.

Em vista disso, foram elencados como critérios valorativos fundamentais desta doutrina a dignidade e a autodeterminação humanas e, com base nesses preceitos, sustenta a necessidade de vinculação do Direito à concepção finalista de ação, na medida em que os tipos penais só poderiam autorizar ou proibir condutas finais.⁵⁸

O caráter final da ação assenta-se na hipótese de que o homem detém controle sob o curso das suas ações, podendo orientá-las de acordo com certos objetivos, a partir da seleção de meios adequados. A finalidade, assim, consiste na capacidade (limitada) do homem de prever as consequências de sua intervenção causal e, de acordo com o seu plano e, mediante a aplicação de seus recursos, dirigir o processo em direção à meta desejada.⁵⁹

Para elucidar o finalismo da ação humana, André Luís Callegari fornece exemplo proposto por Welzel, no qual um raio eletrocuta um homem que trabalha no campo.⁶⁰ A descarga elétrica poderia ter sido liberada igualmente em outro objeto que não o homem, o qual estava casualmente alocado no local de incidência do raio. Disso, percebe-se que o incidente não estava dirigido finalmente a ele, diferentemente das ações humanas. Nestas, os atos são voltados a um fim determinado, para o qual seriam eleitos os fatores causais como plano de ação.

Desse modo, somente podem ser responsabilidades do sujeito as consequências que tenham sido incorporadas à vontade antecipada, ficando fora do conteúdo final da ação, da vontade de realização, todas aquelas consequências que o autor prevê, mas confia que não se produzirão.⁶¹

Nesta esteira, diferente do pensamento causalista, que conceituava a ação humana como um movimento muscular produtor de um resultado externo, a teoria de delito, até então centrada exclusivamente na valoração do resultado, passa a

⁵⁸ MASI, Carlo Velho. As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567&seo=1>>. Acesso em: 13 nov. 2013. p. 11.

⁵⁹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51-52.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 51-52.

⁶¹ *Ibidem*, p. 52.

centrar seu foco no desvalor da ação. Desse modo, “mais do que causar um resultado, a relevância jurídico-penal passa a ser a infração do dever”.⁶²

Em vista disso, apesar de os elementos do crime, sob o viés analítico,⁶³ continuarem sendo fato típico, antijurídico e culpável, para a doutrina finalista, eles precisaram ser reformulados, visto que o foco do injusto não é mais o desvalor do resultado, como era consoante o causalismo e o neokantismo, mas o desvalor da conduta.

Nesta acepção, Alamiro Velludo Salvador Netto, explica que, para Welzel,

[...] a proteção de bens jurídicos não é razão de existir do sistema criminal, ainda que realize esta função. O esgotamento do Direito na proteção de bens jurídicos significaria uma meta sempre fracassada e pobre. Fracassada porque tais bens já teriam sido violados pela não-observância de alguma mensagem prescritiva quando do acionamento da persecução penal; pobre porque esqueceria que o Direito Penal não protege os bens jurídicos em sua integralidade, mas em determinadas formas de agressão, as quais são penalmente mais relevantes enquanto violações de valores éticos-sociais (desvalor da ação) do que como atos atentatórios em si mesmos (desvalor do resultado).⁶⁴

Dessa forma, se toda conduta é dirigida a um fim, possível depreender que a finalidade dela faz parte. Assim, se a finalidade direcionada à realização do fato típico traduz-se no dolo em seu conceito natural (consciência da ação e vontade), infere-se que o dolo concerne à conduta e ao fato típico⁶⁵. Verifica-se, assim, que a primeira grande mudança proporcionada pelo finalismo diz respeito à inserção da análise de dolo ou culpa na tipicidade, e não mais na culpabilidade. A culpabilidade, por sua vez, foi resumida a um juízo de reprovação pessoal, que conta com os requisitos normativos da imputabilidade, inexigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude.

⁶² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena:** conceito material e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 72.

⁶³ Observa-se que a doutrina colaciona três conceitos de crime: material, formal e analítico. O primeiro refere-se ao conceito social, pois a sociedade tende a caracterizar como “crime” algo que considera grave. Norteia o Poder Legislativo para que este, após utilizar os princípios como “filtros” ou limites, legisle, com fundamento e à luz do princípio da reserva legal com todos os seus desdobramentos, nascendo, portanto, o conceito formal de crime. O conceito formal de crime fragmentado em elementos origina o conceito analítico, oriundo da ciência do Direito Penal, cujo aspecto científico é notório. Os elementos oriundos da fragmentação analítica do conceito formal são quatro: Fato Típico ou Tipicidade; Fato Antijurídico, Antijuridicidade ou Ilícitude; Fato Culpável ou Culpabilidade; Fato Punível ou Punibilidade.”

ALMEIDA, Érika Fontes de; VAZ, Daniel Ribeiro. **Teoria do crime:** conceito de crime. Disponível em <http://www.unit.br/Publica/2010-2/HS_TEORIA_DO_CRIME.pdf> acesso em 12 out. 2013.

⁶⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *op cit.*, p. 79.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 56.

Além disso, a teoria finalista dividiu a tipicidade em duas partes, uma objetiva (conduta típica) e outra subjetiva (dolo ou culpa, condizente com a finalidade da ação).

Assinala-se como crítica à corrente finalista a centralização no desvalor na conduta em detrimento da valoração do resultado. Ao seguir essa linha, impede-se o exame da potencialidade de o fato criminoso ter lesionado o bem jurídico tutelado pela norma penal. Este modelo permite que na Alemanha o crime impossível seja punido até hoje, visto que “na conduta de quem dispara contra um cadáver, vale a intenção homicida, não a efetiva lesão ou perigo ao bem jurídico”.⁶⁶

Outrossim, censura-se o finalismo quanto à incapacidade do julgador de compreender, com certeza, a finalidade que o agente tinha no momento da ação delituosa, o que torna a tipificação um terreno extremamente subjetivo.⁶⁷

Ainda, no intuito de propiciar segurança jurídica ao indivíduo, preocupou-se em elaborar conceitos pré-jurídicos de ação, dolo e demais institutos de responsabilidade criminal, que pudessem abranger qualquer conduta delituosa praticada na realidade, forte na capacidade de autodeterminação do homem. Todavia, desse modo, propiciou o isolamento do direito em face da realidade concreta, não conseguindo superar o positivismo que visava a combater.

O modelo finalista foi adotado pelo sistema penal brasileiro, podendo ser identificado na doutrina majoritária⁶⁸, assim como verificada a sua influência no Código Penal após a reforma do ano de 1984.

Nesta linha, Luiz Flávio Gomes informa que, no Brasil, até a década de setenta, predominou a teoria causalista ou neokantista do delito, tendo como expoentes Bento de Faria, Néelson Hungria, Basileu Garcia, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Frederico Marques, dentre outros. Todavia, desta época até recentemente, teria passado a preponderar a teoria finalista de delito, com

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

⁶⁷ HASSE, D. Z. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, p. 169-191, jul./dez. 2010. p. 15-16.

⁶⁸ Inobstante a variação de adoção das teorias bipartite (fato típico e antijurídico) ou tripartite (acrescenta-se a culpabilidade) de crime, identifica-se a tendência finalista nos conceitos de delito apresentados por Damásio de Jesus, Mirabete, Delmanto, Capez, Bitencourt, Regis Prado, Greco, entre outros.

GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 63.

representantes como Toledo, Delmanto, Damásio, Mirabete, Tavares, Cirino dos Santos, Bitencourt, Silva Franco, Prado, Capez, Greco, Brandão, etc.⁶⁹

Todavia, a crítica que se apresenta às três concepções de delito apresentadas consiste no seu formalismo exagerado. Centram-se na violação à norma imperativa em detrimento do seu viés valorativo, assim como priorizam a mera relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado jurídico ocorrido. Acerca da insuficiência dos modelos formalista para tratar dos casos concretos, Luiz Flávio Gomes comenta que

[...] o formalismo a que se reduziu o positivismo jurídico (de Binding e de Rocco) é o seu ponto mais crítico. O positivismo jurídico - que considerava a "lei" como puro *factum* - reafirmou a substantividade jurídica da função penal, rendendo homenagem à segurança jurídica e levando a extremos de precisão a análise sistemática de delito. Mas padeceu de um excesso de "formalismo", de sutilezas, de abstração, que separam o direito da realidade, talvez pelo evidente mimetismo das técnicas de direito privado. A maior preocupação dos positivistas era construir um sistema lógico, um verdadeiro palácio do direito. Não procurava encontrar justiça em cada caso concreto.⁷⁰

Nesse sentido, como consequências práticas do ideal formalista, destaca-se que, no dia a dia forense, o órgão acusador

[...] não se preocupa com nada mais que demonstrar os requisitos típicos formais do fato. Demonstrada a tipicidade nestes termos literais ou formais, automaticamente já se admite que o fato é antijurídico, salvo se o acusado comprovar uma causa de exclusão de ilicitude. Essa é uma visão acentuadamente formalista do injusto penal e do direito penal. Significa ver a norma penal como se fosse qualquer outra norma administrativa ou militar.⁷¹

Com a finalidade de combater o formalismo exacerbado e aproximar-se da justiça na apreciação dos casos concretos, foram desenvolvidas as teorias funcionalistas de delito, dentre as quais se inclui a visão constitucionalista de Luiz Flávio Gomes. Atualmente, elas vêm ganhando espaço no cenário internacional e, timidamente, no Brasil.

O advento do funcionalismo foi fruto da insuficiência apresentada pelos pensamentos anteriores em proporcionar soluções compatíveis e justas com os

⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Teorias causalista, finalista e constitucionalista do delito (síntese das distinções). **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**, 2005. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050726164112678&mode=print>. Acesso em: 17 nov. 2013.

⁷⁰ *Idem*, **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

⁷¹ *Ibidem*, p. 94.

casos concretos, superando a separação entre a dogmática jurídica e política-criminal. Enquanto esta sustentaria os fundamentos do direito penal, conjuntamente, aquela se ocuparia do reconhecimento do direito lesado por meio da técnica.

O funcionalismo parte da compreensão da sociedade como um organismo, tendo como células os homens tomados abstratamente na sua singularidade, e que se estrutura nas relações estabelecidas entre eles, as quais se destinariam ao funcionamento, à estabilidade e à padronização da vida social, garantidos pelas atividades de instituições.⁷² No contexto delineado, ganham importância os papéis sociais dos indivíduos, que constituem pautas de condutas esperadas por cada cidadão dentro do grupo social de que todos os seus membros cumprirão as normas consensualmente impostas.⁷³

Assim, no momento em que o conflito social desponta na sociedade na forma de crime, incumbiria ao direito penal garantir a estabilidade do sistema social por repreensão necessária e balanceada de acordo com os valores essenciais eleitos em consenso pelo grupo. Esta função atribuída ao direito penal constitui a base do funcionalismo.

Nesta conjuntura, Alamiro Velludo Salvador Netto ainda instrui que, segundo a referida doutrina,

[...] a pena é a reafirmação da norma, a mensagem de que todos podem e devem continuar a observá-la, que tal norma continua obrigatoriamente inserida nos mais variados planos comportamentais dos papéis sociais. Nesse sentido, o Direito Penal, como mecanismo de controle social, deve garantir a operacionalidade do sistema social, atuando para a manutenção das expectativas e para a repetição dos comportamentos essenciais ao sistema de interação.⁷⁴

Do exposto, evidencia-se que o funcionalismo tem como preocupação central a função a ser desempenhada pelo direito penal no contexto social. São cinco as principais correntes funcionalistas na atualidade, consoante instrui Luiz Flávio Gomes: o funcionalismo teleológico, orientado aos fins da política criminal, desenvolvido por Roxin; o funcionalismo sistêmico de Jakobs; o funcionalismo do controle social, encabeçado por Hassemer; o funcionalismo reducionista e

⁷² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: conceito material e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 80.

⁷³ *Ibidem*, 80-81

⁷⁴ *Ibidem*, p. 83.

contencionista pensado por Zaffaroni e, por fim, o funcionalismo concebido pela sua teoria constitucionalista do delito.⁷⁵

As bases diferenciadoras de cada um dos citados pensamentos funcionalistas ainda é pontuada pelo referido doutrinador. Segundo ele, para Roxin, a função do direito penal consistiria na proteção, fragmentária e subsidiária de bens jurídicos, aliando-se à política criminal,⁷⁶ consoante já tratado no subcapítulo 1.3 da presente pesquisa.

Jakobs, por sua vez, entende que a aplicação da pena teria como objetivo garantir a vigência da norma e o equilíbrio do sistema social, atuando como forma de prevenção geral, independentemente do bem jurídico violado.

Sob a ótica do funcionalismo proposto por Hassemer, o direito penal consistiria em um mecanismo de controle social formalizado, dotado de garantias penais e processuais penais, tendo como finalidade o desempenho de funções garantistas.⁷⁷

Zaffaroni por sua vez, defende a redução e contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis.⁷⁸ Para tanto, ele propõe a teoria da tipicidade conglobante, pela qual, já no momento de análise da adequação típica, deveriam ser examinadas todas as normas do ordenamento jurídico, de modo a verificar se alguma regra autoriza, fomenta ou determina a conduta em foco, à exceção das causas justificantes, que excluem a ilicitude. Isso, porque o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não poderia estar proibido por outra.⁷⁹

Por fim, tem-se a teoria constitucionalista do delito, tema deste trabalho, a qual foi formulada pelo doutrinador Luiz Flávio Gomes, com base na teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni e na teoria da imputação objetiva proposta por Roxin. Para o mencionado autor, a função primordial do direito penal seria a

⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 68-69.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 69.

⁷⁷ BAYER, Diego. Teoria do Crime: Retrospecto histórico da formação do conceito. **Atualidades do Direito**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/diegobayer/2013/08/06/teoria-do-crime-retrospecto-historico-da-formacao-do-conceito/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

⁷⁸ A partir da teoria conglobante de Zaffaroni, o estrito cumprimento do dever legal não mais constituiria uma excludente de ilicitude, conforme defendido pela doutrina tradicional, mas uma causa de exclusão da tipicidade. Isso, porque o que está permitido por uma norma não poderá estar proibido por outra.

GOMES, Luiz Flávio. *op cit.*, p. 144.

⁷⁹ *Idem*, Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8450>>. Acesso 20 nov. 2013.

proteção, subsidiária e fragmentária, dos bens jurídicos mais relevantes, diante das ofensas mais insuportáveis, isto é, ofensas concretas, transcendentais, não-insignificantes, intoleráveis, objetivamente imputáveis ao risco criado, e incluídas no âmbito de tutela da norma penal.⁸⁰

Importa mencionar que se elegeu abordar esta teoria de crime em detrimento das demais por se entender condizente com a atual finalidade do direito penal e apta à finalidade de limitar o *ius puniendi* estatal, ao evitar condenações criminais em casos nos quais outras áreas jurídicas se mostrem suficientes a tutelar.

Assim, no capítulo seguinte, será tratado do desenvolvimento teórico da corrente constitucionalista do delito, bem como da sua recepção pelos tribunais superiores pátrios.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 69.

2 A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

O estudo da concepção de crime apresentada na parte final do capítulo anterior revela-se importante, pois sustenta exatamente o fim que deve ser buscado pelos operadores do direito na tentativa de amenizar a atual crise carcerária: limitar a intervenção do Direito Penal aos acontecimentos que envolvam transgressão aos valores mais fundamentais para a sociedade.

Dessa forma, dando continuidade ao desenvolvimento da pesquisa, no presente capítulo será apresentado o cenário que propiciou a elaboração da teoria constitucionalista do delito, bem como serão abordados os fundamentos teóricos dessa concepção (2.1). Na sequência, discorrer-se-á acerca do entendimento pelo qual o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram sobre o reconhecimento da dimensão material da tipicidade proposta por esta teoria, bem como serão analisados possíveis reflexos de sua aplicação no contexto do atual sistema penal brasileiro (2.2).

2.1 O aparato teórico da teoria constitucionalista do delito

A teoria constitucionalista do delito foi desenvolvida por Luiz Flávio Gomes na sua tese de doutorado, sustentada na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, no ano de 2001. O doutrinador relata que, enquanto a elaborava, imaginava que poderia existir espaço na doutrina e jurisprudência penais brasileiras para a construção de uma nova fundamentação teórica, a partir da qual a função (ou missão) legítima do direito penal apenas poderia ser

[...] a tutela (fragmentária e subsidiária) dos bens jurídicos mais relevantes contra os ataques (as ofensas) mais insuportáveis, ou seja, ataques concretos, transcendentais, não insignificantes, intoleráveis, objetivamente imputáveis ao risco criado e que estejam no âmbito de proteção da norma penal.⁸¹

Nesta acepção, a incidência da norma penal encontra-se subordinada ao já mencionado princípio da atuação como *ultima ratio*, de modo que não seria qualquer

⁸¹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 11.

bem jurídico ameaçado ou ofensa oferecida a um deles que justificariam a sua atuação, apenas os mais relevantes no contexto de uma determinada comunidade. Além disso, em conformidade com o mesmo princípio, a proteção penal deve ficar reservada à hipótese de os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes à tutela do caso específico.

Estes preceitos se inserem na atual ordem constitucional que prima pela efetividade dos direitos humanos, haja vista que, em um sistema de execução penal centrado na pena privativa da liberdade, apenas é concebível a imposição de restrição deste bem jurídico fundamental quando um agente, com a sua conduta, tenha ofendido concreta e gravemente um bem jurídico de igual ou similar importância.⁸² Aliás, não é outra a orientação traçada pelo princípio da proporcionalidade, com previsão no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual não há espaço, na estrutura constitucional, para o cerceamento desarrazoado ou desmedido do direito fundamental à liberdade.

Nesse sentido, retoma-se a análise realizada no subcapítulo 1.3 desta pesquisa, em que a atual finalidade do direito penal foi apresentada como sendo a proteção de bens jurídicos essenciais para a sociedade contra ofensas reprováveis. Ressaltou-se, ademais, a necessidade da função delineada ser compatível com o fundo axiológico presente na Carta Maior. Isto, pois, o conjunto de valores traduzidos na Constituição Federal constitui o fundamento e oferece diretrizes a todos os setores do ordenamento jurídico e, dessa forma, impõe limites a sua atuação, como no caso da seara criminal. Por isso, vincula-se à ideia de proteção de bens jurídicos as orientações extraídas dos princípios penais constitucionais, explícitos ou implícitos, tais como o da intervenção mínima, da fragmentariedade e da ofensividade, que operam como limitadores ao *ius puniendi*.

Nesse contexto, oportuno destacar a concepção de crime adotada pela doutrina constitucionalista. Para ela, o delito constitui-se uma ofensa concreta (não abstrata), transcendental (afeta a convivência social), não insignificante (grave, com significado jurídico relevante), intolerável, de um bem jurídico digno de proteção, que seja objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado pela conduta do autor, e esteja no âmbito de tutela da norma penal.⁸³

⁸² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁸³ *Ibidem*, p. 26.

Para Luiz Flávio Gomes, a conceituação acima apresentada é condizente com o atual Estado Democrático de Direito, centrado nos direitos fundamentais, uma vez que

[...] em um Estado constitucional e humanista (humano-centrista) de direito, que se define com *democrático* (no sentido de que o povo é quem ostenta a máxima soberania, e não o legislador, que deve partir do reconhecimento da autonomia do homem, que é livre para orientar seu próprio destino) e de *direito* (que significa que o Estado não pode fazer nada fora dos limites fixados por ele mesmo), e que tem nos *direitos fundamentais* seu eixo existencial principal, não resta dúvida de que só resulta *legitimada* a tarefa de criminalização primária (criminalização legal feita pelo legislador) ou de criminalização secundária (feita pelo julgador) quando ela recai sobre *condutas criadoras de risco proibido e ataques concretamente ofensivos* ao bem jurídico protegido pela norma penal e, mesmo assim, nem todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade) é que podem ser incriminados ou punidos (penalmente).⁸⁴

Do exposto, evidencia-se que a elaboração teórica do referido penalista possui estreita conexão com o conjunto de ideias e princípios emanados do texto constitucional. Para ele, toda construção jurídica deve ter como norte a máxima expressão normativa que representa a Constituição e que possui o condão de demarcar os fins legitimadores do direito penal, condicionantes das normas penais, que, por sua vez, condicionam as teorias do delito. Daí, falar-se em uma teoria constitucionalista do delito.⁸⁵

A partir do embasamento constitucional esboçado, verifica-se que a teoria ora em comento propõe que apenas devem receber sanções penais as ofensas mais graves, com repercussões danosas visíveis e concretas para o grupo social, consoante sugere o também já mencionado princípio da ofensividade. Afora essas circunstâncias, deve-se afastar a incidência do direito penal, o qual, ao ser fragmentário e subsidiário, deve atuar com *ultima ratio* do sistema jurídico.

Feitas essas constatações, cumpre, neste momento, apresentar os dois pressupostos da teoria desenvolvida por Luiz Flávio Gomes. O primeiro reproduz a ideia de que não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena desprovida de prévia cominação legal, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.⁸⁶ O segundo, de que a lei exige, para a existência do crime, a

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁶ 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: [...] XXXIX - não há crime sem lei

ocorrência de um resultado jurídico, nos termos do artigo 13 do Código Penal.⁸⁷ Esse resultado, contudo, só poderia ser jurídico, ou normativo, isto é, representar a lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, adotando, assim, uma dimensão material que fornece significado social ao fato.⁸⁸

Dessa forma, formulou-se uma teoria capaz de abranger todos os tipos de crime (material, formal, de mera conduta, consumado ou tentado, comissivo ou omissivo, etc.) e não só os materiais, conforme o entendimento da clássica doutrina penal de que o resultado seria naturalístico.⁸⁹

Neste diapasão, a teoria constitucionalista do delito ganha relevo em face das preexistentes concepções formalistas de crime, comentadas no item 1.3, em especial, em relação à doutrina finalista, atualmente predominante no direito penal brasileiro. Para elas, a configuração da tipicidade objetiva restringe-se à mera correlação do fato ao tipo previsto em lei e, assim, ignoram o lado valorativo da norma, ou seja, a afetação a um bem jurídico, em conformidade com princípios constitucionais que devem nortear a aplicação do direito penal.⁹⁰ O emprego destas teorias permite que muitos casos, nos quais não há ofensa ou risco concretos a um bem jurídico penalmente tutelado, sejam considerados típicos, recebendo a respectiva punição.

Assim, na tentativa de se opor à predominância objetivista em matéria criminal no Brasil, a teoria constitucionalista do delito concebe uma nova dimensão material à tipicidade objetiva, antes restrita à simples adequação do fato à letra da lei (tipicidade formal). Por meio dela, exige-se, também, para a configuração de crime, a

anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

⁸⁷ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28-29.

⁸⁹ Para a doutrina naturalística, o resultado consistiria na modificação do mundo externo ocasionada por uma conduta. Nesta acepção, para a caracterização dos crimes formais, não é necessária a ocorrência de um resultado, embora este esteja previsto no tipo. É o caso do crime de ameaça, encontrado no artigo 147 do Código Penal. Da mesma forma, a configuração do crime de mera conduta independe de qualquer resultado, a exemplo do delito de violação de domicílio, localizado no artigo 150 do mesmo diploma legal.

Ibidem, p. 28-29.

⁹⁰ *Ibidem*, p.95.

ocorrência de ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal (tipicidade material ou normativa).

A concepção material adicionada à tipicidade objetiva pela teoria constitucionalista é produto da sistematização dos ensinamentos desenvolvidos por meio da teoria da tipicidade conglobante de Zaffaroni⁹¹ e da imputação objetiva de Roxin. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes indica como principal mérito das referidas teses, incluindo a sua, a concepção da tipicidade na sua dimensão material, não obstante as diferenças terminológicas. Isso, porque

[...] a maior parte da clássica doutrina penal do século XX (no nosso entorno cultural) só aprendeu a trabalhar (e ensinar) o conceito de fato típico formal (fato adequado à letra da lei). Ignorou-se por completo a questão da ofensa ao bem jurídico (que Zaffaroni, Ferrajoli e tantos outros chamam de lesividade), assim como a imputação do fato ao seu agente (como obra dele, como diz Roxin). O formalismo da velha doutrina penal está ultrapassado.⁹²

Ao seguir a linha exposta, Luiz Flávio Gomes acolheu os substratos de ambas as teses mencionadas, reestruturando-os em novas categorias de análise, que entende mais didáticas, e acresce a elas a imperiosa necessidade de também ser considerada, no âmbito da tipicidade material, a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, o resultado jurídico, sem o qual não resta configurado um crime.

Para este autor, a tipicidade material é, então, composta de dois juízos valorativos: a) valoração da conduta, na qual se inclui a realização de um comportamento negativamente valorado pelo legislador, capaz de criar ou ampliar riscos proibidos relevantes; b) valoração do resultado jurídico, que abrange a lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, que deve ser objetivamente imputado à conduta realizada.

Nesta esteira, observa-se que o conceito analítico de delito adotado é bipartido, resumindo-se a fato típico e antijurídico.⁹³ A tipicidade, nos crimes dolosos,

⁹¹ Com efeito, a ideia de tipicidade objetiva acolhida coincide, em parcela, com a tipicidade conglobante proposta por Zaffaroni, não sendo, contudo, idênticas. Para este autor, o exame do fato típico consiste na união da tipicidade sistemática – em que são examinados, conduta, resultado, nexos causal e previsão típica formal, com a tipicidade conglobante, na qual são avaliados os requisitos de lesividade e imputação objetiva a partir da confrontação do fato com todas as normas do ordenamento jurídico. Do último exame, não fazem parte as excludentes de ilicitude.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 145.

⁹² *Ibidem*, p. 145.

⁹³ Para Luiz Flávio Gomes, a culpabilidade não integra o conceito de crime, tendo como função

conta com uma parte objetiva e outra subjetiva, sendo que a primeira possui uma dimensão formal e outra material, a qual conta com os aspectos valorativos acima mencionados. Na tipicidade subjetiva, portanto, realiza-se o exame de dolo, enquanto as modalidades de culpa são apreciadas na tipicidade material a partir do critério de criação ou incremento de riscos proibidos relevantes. Desse modo, os delitos culposos dispensam o requisito de tipicidade subjetiva.⁹⁴

Portanto, segundo a doutrina constitucionalista, a análise de tipicidade objetiva formal é a primeira etapa de verificação da configuração de um crime. Nela, devem ser constatados, inicialmente, os elementos que compõem o fato, quais sejam: a conduta, o resultado naturalístico (nos crimes materiais) e o nexo de causalidade entre eles. Também se deve verificar a existência de outros componentes específicos exigidos pelo tipo relacionados ao modo de execução, sujeitos ativo e passivo, tempo, entre outros. Após, então, é conferida a adequação típica formal, isto é, se o fato praticado corresponde à previsão legal de um tipo penal.⁹⁵

Em havendo um fato formalmente típico, passa-se ao crivo da tipicidade material, pois, conforme concebido pela ótica constitucionalista do delito, há a necessidade de que o fato típico objetivo também se revista da tipicidade em sua dimensão normativa para ser considerado crime. Para tanto, exigem-se os dois níveis de valoração acima mencionados – o primeiro recai sobre a conduta e o segundo sobre o resultado jurídico.

Os referidos juízos valorativos foram organizados a partir de preceitos obtidos na denominada teoria da imputação objetiva sistematizada por Claus Roxin no início da década de 1970. Sobre ela, passa-se, neste momento, a tecer alguns comentários pertinentes à compreensão dessa teoria, sem se ter a finalidade de esgotar o tema, uma vez que este se constitui apenas um passo para um melhor entendimento da teoria constitucionalista.

Primeiramente, destaca-se que a teoria da imputação objetiva não é nova, nem possui uma única versão. Diversos autores, como Pufendorf (século XVII),

apenas a ligação do delito à pena, sendo um pressuposto da sua imposição. Da mesma forma, a punibilidade não se confundiria com o injusto penal, já que seria composto por três requisitos, quais sejam, fato típico, antijurídico e punível, isto é, ameaçado com pena. Segundo ele, o conceito de crime não conta efetividade penal sem a punibilidade.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 155-156.

Hegel (século XIX), Larenz e Hegel (século XX) demonstravam estudos sobre a sua essência antes mesmo de Roxin.⁹⁶ Contudo, é possível perceber que foi com o trabalho deste último doutrinador que os prévios ensaios acerca da teoria da imputação objetiva foram sistematizados, passando a ser doutrina dominante nos países centrais desde o início da década de 1980.⁹⁷

Convém as três principais ideias da sua teoria da imputação objetiva como sendo a criação ou o incremento de um risco proibido relevante; a vinculação direta entre esse risco e o resultado necessário e que esse resultado esteja inserido no âmbito da tutela penal.

Para chegar a essa sistematização, Roxin realizou o seu trabalho partindo da premissa de que estamos inseridos em uma sociedade de risco, na qual o simples fato de estarmos vivos gera inevitáveis riscos a bens jurídicos, pois, caso contrário, haveria um congelamento da vida social. Assume-se, assim, que o perigo de dano é inerente a toda atividade humana. Conduzir veículo no trânsito, viajar pelo setor aéreo e até atravessar rua oferecem riscos inseparáveis da vida em sociedade.⁹⁸ Pode-se dizer, então, que estes riscos

[...] devem ser delimitados pelo ordenamento jurídico de modo a existirem condutas que criem riscos a bens jurídicos, não obstante estarem abarcados pela ideia de risco juridicamente permitidos e riscos que o ordenamento não tolera *ex ante facto*, ou seja, riscos juridicamente desaprovados.⁹⁹

Desse modo, o ordenamento jurídico deveria autorizar ou vedar comportamentos, em harmonia com os valores sociais, de forma a tornar possível a comparação entre condutas desaprovadas com aquelas situadas dentro do risco permitido, o qual deve ser compreendido como um perigo sem relevância jurídico-

⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 131.

Estes doutrinadores preocuparam-se, à sua época, com a insuficiência da teoria da equivalência das condições, atualmente adotada pelo Código Penal Brasileiro no item da respectiva Exposição de Motivos e no artigo 13. Segundo ela, considera-se causa de um resultado toda a ação que tenha contribuído para a sua ocorrência, fazendo-se a necessária análise de dolo ou culpa sobre cada um das condutas a fim de impedir o regresso infinito, pelo qual até o fabricante de uma arma de fogo seria responsável pela morte ocasionada por tiros. Por outro lado, se aplicada a teoria constitucionalista do delito nesse caso, a responsabilidade penal do fabricante poderia ser afastada já no exame da tipicidade, sem ser preciso chegar à análise de dolo. Em face disso, elaborou-se a proposta de que a conduta humana causadora do resultado apenas é juridicamente relevante se orientada de acordo com as finalidades de produção ou impedimento do resultado.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa : Vega, 1998. p.146.

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 132.

⁹⁸ BRAGA JÚNIOR, Américo. **Teoria da imputação objetiva**: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. 1. ed. Belo Horizonte: Lus Editora, 2010. p. 49-50.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 50.

penal pela sua aceitação social.¹⁰⁰ Nesta esteira, Roxin valeu-se do princípio do incremento do risco, segundo o qual, para a configuração de tipicidade de uma conduta, exige-se a criação ou o incremento de um risco proibido relevante.

Salienta-se que a determinação da criação do risco não permitido, ou juridicamente desaprovado, deve ocorrer em consonância com o sistema social no momento em que a conduta é praticada, com base nos valores sociais, que terão o papel de definir os limites entre o risco tolerado e o reprovado.¹⁰¹ Já o exame do grau de relevância é fruto da apreciação judicial com base no caso concreto.¹⁰²

Ao desenvolver esse princípio, o jurista alemão propôs parâmetros para determinar ou afastar a tipicidade de uma conduta por meio da imputação objetiva, os quais serão brevemente comentados a seguir, relacionando-os a implicações práticas deles decorrentes.

Primeiramente, cita-se a diminuição de risco, que trata da situação de quem atuou para evitar um risco existente, reduzindo a sua probabilidade de lesão. A esta pessoa, o risco não poderia ser imputado. É o caso de alguém, ao verificar que uma pedra foi arremessada em direção a outra pessoa, podendo causar a sua morte, e, não podendo evitar que o objeto a alcance, age no intuito de desviá-la, tornando o ataque menos perigoso.¹⁰³

O segundo critério refere-se à criação ou não criação de um risco juridicamente relevante, em que se analisa se a ação de uma pessoa criou ou realizou um perigo não permitido de lesão a um bem jurídico. Aqui, retoma-se o exemplo em que alguém induz outra pessoa um passeio no bosque, em uma noite de tempestade, na esperança de que seja atingida por um raio e venha a falecer, e isto, de fato, ocorre. Nesta situação, deveria ser afastada a imputação objetiva, uma vez que aquele que sugeriu o passeio no bosque, em meio à tempestade, não cria um perigo juridicamente relevante ao bem jurídico “vida” devido ao alto grau de improbabilidade do seu objetivo se concretizar.¹⁰⁴

Há também a hipótese de aumento de um risco permitido, na qual se confirma a imputação objetiva do resultado diante da inobservância de um dever de cuidado.

¹⁰⁰ BRAGA JÚNIOR, Américo. **Teoria da imputação objetiva**: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. 1. ed. Belo Horizonte: Lus Editora, 2010. p. 50.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 51.

¹⁰² PRADO, Luiz Regis. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 78-79.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 82-84.

Apresenta-se como modelo dessa conduta um motorista o qual conduz seu veículo em excesso de velocidade e atropela um pedestre que atravessava na faixa de segurança, matando-o. Nesse caso, o resultado é produto da desatenção ao dever de cuidado ao dirigir.¹⁰⁵

Por último, tem-se a esfera de proteção da norma que se refere à necessidade de aferição do alcance do tipo com a finalidade de identificar o objetivo de proteção de determinada norma. Neste quesito, menciona-se como exemplo o pai que sofre um ataque cardíaco ao receber a notícia de que seu filho morreu em um acidente de trânsito. No episódio desenhado, o resultado “morte do pai” não poderia ser imputado ao responsável pelo acidente envolvendo seu filho, tendo em vista que os resultados secundários não integram o âmbito de proteção do tipo penal “homicídio”. Afinal, a norma abarcada não pretende preservar pessoas distintas do ofendido que se relacionem ao fato por repercussões físicas ou emocionais¹⁰⁶.

Dos parâmetros apresentados, verifica-se que, em síntese, a imputação objetiva busca averiguar se um resultado pode ser objetivamente imputado a um autor, como obra sua, por meio da realização de uma conduta que constitui um risco juridicamente desaprovado. Desse modo, pode-se afirmar que a teoria da imputação objetiva, em brevíssimas palavras, significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora ou incrementadora de um relevante risco juridicamente proibido e a produção de um resultado jurídico previsível e daquela decorrente.¹⁰⁷

Como uma implicação importante deste material teórico, Luiz Flávio Gomes aponta a clara distinção entre causar uma morte e cometer um homicídio. Segundo ele, a morte estaria inserida no plano causal e, somente depois de valorada conforme os critérios da tipicidade material, é que poderia ser considerada um homicídio. Nesta linha, como exemplo, sustenta que a pessoa que causa a morte de alguém ao criar um risco permitido, tal como trafegar na mão correta e na velocidade permitida, não comete o crime de homicídio.¹⁰⁸ Da mesma forma, quem

[...] fere uma pessoa que é colocada numa ambulância (para ir ao hospital) e no trajeto morre em razão de um acidente com essa ambulância não responde por essa morte, mas só pelo o que fez (CP, art. 13, §1.º). Para o agente do ferimento essa morte não é um homicídio (porque esse resultado

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 95-97.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 98-102.

¹⁰⁷ JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34-35.

¹⁰⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 132.

não pode ser imputado ao risco criado). O agente responde pelo o que fez (lesão corporal ou tentativa de homicídio, conforme a sua intenção).¹⁰⁹

Ao comentar o clássico exemplo acima reproduzido, o jurista ensina que a ausência de responsabilização penal por homicídio deriva, não da interrupção do nexo de causalidade, conforme a doutrina penal clássica instrui, mas do rompimento do nexo de imputação.¹¹⁰ Isso, porque não há vínculo entre o evento morte e o risco originariamente criado. Por outro lado, o nexo de causalidade resta intacto, uma vez que, se a vítima não tivesse sido ferida pelo autor, não estaria na ambulância no momento do acidente.

Destarte, evidencia-se que a imputação objetiva complementa a teoria do nexo causal e não a substitui, na medida em que acrescenta ao vínculo naturalístico uma dimensão valorativa. Assim, apenas depois de verificado o nexo de causalidade entre o resultado jurídico e a conduta praticada, é que se pode realizar o juízo de imputação do resultado à ação do agente.

Feitas tais ponderações acerca da teoria da imputação objetiva, importa mencionar desde já que a teoria constitucionalista do delito não incorporou seus elementos e categorias na forma originariamente concebida por Claus Roxin.

Primeiramente, Luiz Flávio Gomes concebeu a criação ou incremento de riscos proibidos relevantes como um juízo de valoração autônomo, denominado de juízo de desaprovação da conduta. Não constituiria para ele, portanto, matéria de imputação objetiva, “que é uma categoria penal que deve ser reservada para estabelecer o devido vínculo (“nexo de imputação”) entre o resultado jurídico e o risco criado ou incrementado”.¹¹¹

Assim, na concepção constitucionalista, o juízo de desaprovação da conduta constitui a primeira ponderação valorativa a ser realizada dentro da dimensão material da tipicidade objetiva. Desse modo, não sendo constatado que uma conduta criou ou incrementou um risco proibido relevante, ela será materialmente atípica, embora possa ser formalmente típica. Explica-se. Se uma conduta formalmente típica, isto é, adequada à previsão legal de um tipo penal, criar um risco permitido, por exemplo, não se revestirá de tipicidade material. É o caso de lesões esportivas ocorridas durante um evento esportivo e conforme as regras do esporte. Se um

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 132.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 132.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 141.

boxeador, por exemplo, causa a morte do adversário mediante o desferimento de um golpe mortal. Na situação esboçada, o dano produzido não constitui uma lesão jurídica, visto que desencadeado em um contexto de risco permitido.¹¹²

Em complemento, Luiz Flávio Gomes fornece, como lição acerca da criação de riscos proibidos relevantes, episódios popularmente conhecidos ainda relacionados ao boxe, como

[...] no filme *Menina de Ouro* a protagonista principal foi atingida quando já havia tocado o sinal de finalização do combate. A sua adversária, nesse caso, criou risco proibido (que é penalmente relevante). A famosa mordida do Mike Tyson, que arrancou parte da orelha do adversário, está fora das regras do boxe (logo, criaram risco proibido penalmente relevante).¹¹³

Nessa esteira, um ponto importante para a continuidade das reflexões acerca da criação ou incremento desses riscos proibidos reside na análise de aspectos referentes ao princípio da confiança que impedem a desaprovação da conduta. Segundo esse postulado, o indivíduo que atua de acordo com as regras determinadas pela sociedade em relação a certa atividade, com base na teoria da expectativa, pode acreditar fielmente que os demais também as cumprirão e não infringirão o dever objetivo de cuidado.¹¹⁴

Assim, a pessoa que conduz o seu veículo em conformidade com as normas de trânsito (velocidade compatível com a via, sinaliza antes de mudar de direção, pára no sinal vermelho), ou seja, age dentro dos riscos permitidos, é autorizada a confiar que os demais condutores e pedestres também as observarão, inclusive sob pena de inviabilização do tráfego. Nessa linha, afasta-se a imputação penal nos casos em que a conduta do agente permanece nos limites do risco permitido, não sendo cabível, conseqüentemente, atribuir-lhe responsabilidade pela atuação dolosa ou culposa de terceiro o qual deixou de observar o dever objetivo de cuidado.

¹¹² Outros exemplos podem ser mencionados para fins de uma melhor compreensão: o médico, ao realizar um procedimento cirúrgico utilizando as técnicas adequadas, cria riscos e gera danos para o paciente, porém são permitidos. Do mesmo modo, a colocação de ofendículos (cacos de vidro sobre muro, cão de guarda, cerca elétrica, etc.) constitui a criação de riscos permitidos, desde que não haja abuso em seu uso.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143-170.

¹¹³ *Ibidem*, p. 169.

¹¹⁴ O dever objetivo de cuidado é delimitado principalmente por normas jurídicas, que definem modelos de comportamentos adequados para que o bem jurídico tutelado não seja exposto de maneira desnecessária à possibilidade de lesão, isto é, ao risco não permitido. Assim sendo, a violação de uma dessas normas jurídicas representa, em regra, a criação de risco penalmente relevante, o que caracteriza a quebra do dever objetivo de cuidado.

BRAGA JÚNIOR, Américo. **Teoria da imputação objetiva**: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: Jus Editora, 2010. p. 78.

Ademais, o princípio da confiança exerce importante função nas hipóteses de trabalho cooperado ou de equipe, a exemplo das cirurgias médicas.¹¹⁵ Nessas ocasiões, cada médico especialista que cumpre adequadamente o seu papel pode esperar que os demais realizem o procedimento sem falhas. Desse modo, não podem, em tese, ser responsabilizados por erros dos colegas, já que cada um responde somente nos limites dos riscos individualmente criados.

Outro aspecto a ser destacado diz respeito à ausência de desaprovação da conduta voltada a diminuir risco de maior dano. Ilustra-se essa circunstância por meio do exemplo em que um indivíduo, com objetivo de evitar que outra pessoa seja atingida por um carro desgovernado, dá-lhe um empurrão que a faz bater a cabeça no solo, vindo a falecer. Nessa situação, embora pudesse existir um resultado jurídico desvalioso, o fato é atípico, pois a conduta de que adveio não é considerada desaprovada, pois volvida a proteger o bem jurídico vida, e não a lesá-lo.¹¹⁶

Oportuno citar, por fim, que tampouco há desaprovação da conduta na ação da vítima, plenamente capaz, que se coloca em perigo. O participante de um racha, por vontade própria, que falece por acidente causado em decorrência da sua inabilidade ao volante, colocou a si mesmo em risco devido a sua conduta. Desse modo, pelo resultado morte, os demais participantes do racha não serão responsabilizados.¹¹⁷

Enfim, de todo o exposto acerca do juízo de desaprovação da conduta, nota-se que, na maioria das situações apresentadas, há um resultado naturalístico consistente em um dano físico, sem haver, todavia, uma lesão desvaliosa ao bem jurídico envolvido. Portando, nos casos em que os limites do risco permitido¹¹⁸ não

¹¹⁵ BRAGA JÚNIOR, Américo. **Teoria da imputação objetiva**: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs. Belo Horizonte: lus Editora, 2010. p. 81

¹¹⁶ Ressalta-se que o caso apresentado não se trata, pois, de estado de necessidade, uma vez que o agente que atuou de forma a diminuir o risco agiu contra a própria vítima e não contra o objeto "carro". Configurar-se-ia hipótese de estado de necessidade de terceiro se o autor destruísse o carro antes de atingir a pretensa vítima e, assim, sacrificado um bem jurídico de menor relevância (patrimônio) para salvar outro de maior valor (vida).

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173-174.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 176-177.

¹¹⁸ A teoria do risco permitido, que afasta a tipicidade, não se confunde com as causas excludentes de ilicitude. Esta afirmação pode ser verificada na seguinte situação: um motorista de ambulância que conduz o veículo normalmente, de acordo com as regras de trânsito, cria risco autorizado e, eventualmente se envolver em um acidente por culpa exclusiva da vítima, não praticará fato típico. A ocasião exposta é diferente daquela em que o motorista, para salvar uma vida, conduz o veículo de maneira altamente arriscada, infringindo normas de trânsito, e causa a morte de um terceiro. Nesse último caso, pratica-se uma conduta que gera risco proibido e, portanto, típica, mas justificada, uma vez que voltado a salvar um bem jurídico essencial de igual valor ao ofendido, o que caracteriza a

são ultrapassados, é imperioso reconhecer-se a atipicidade material da conduta, consoante orienta a teoria constitucionalista do delito.

Feitas as considerações pertinentes à compreensão do primeiro juízo valorativo integrante da tipicidade material, passa-se, então, ao exame do segundo requisito do fato materialmente típico, isto é, do desvalor do resultado jurídico.¹¹⁹

Nessa senda, cumpre, de início, recapitular que o resultado jurídico traduz-se na afetação concreta, ou perigo concreto de lesão, ao bem jurídico tutelado por uma norma penal e, portanto, não se confunde com o resultado naturalístico exigido nos crimes materiais pelo fato de assumir natureza normativa.

Nesta etapa, procede-se ao exame da possibilidade da conduta formalmente típica e já desvaliosa ter afetado de modo reprovável um bem jurídico penalmente protegido. Frisa-se, portanto, que a desaprovação da conduta constitui pressuposto lógico para a valoração do resultado jurídico.

Nesta esfera de análise da tipicidade, a doutrina constitucionalista oferece seis características que permitem concluir se um resultado jurídico é ou não desvalioso, sobre as quais serão tecidos comentários logo abaixo. A não verificação de qualquer uma delas implica na impossibilidade de reconhecimento do fato como materialmente típico. Assim, a desaprovação do resultado jurídico exige que ele seja concreto ou real; transcendental; grave ou significativo; intolerável; objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado e estar no âmbito de proteção da norma penal.¹²⁰

A exigência de que a lesão, ou perigo de lesão, sejam concretos possui alicerce no princípio da ofensividade, como decorrência lógica, impõe ao direito penal o dever de rechaçar do seu âmbito de incidência os delitos de perigo abstrato ou presumido.

Nesta linha, Luiz Flávio Gomes relatou que, durante a sua experiência como Juiz de Direito do Estado de São Paulo, entre os anos de 1983 e 1999, já despontava como necessário, para ele, repensar a concepção de crime a fim de

causa justificante de estado de necessidade.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

¹¹⁹ Luiz Flávio Gomes leciona que, tradicionalmente, o resultado jurídico desvalioso encontrava-se atrelado ao conceito de antijuridicidade material, mas que, na atualidade, não se concebem qualitativos à ilicitude, que se resume à contrariedade do fato típico com o direito. Por isso, a lesão ou perigo concreto de lesão teria sido deslocado para o espaço normativo da tipicidade.

Ibidem, p. 185.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 188-189.

evitar condenações nas situações em que as condutas perpetradas não oferecessem, no mínimo, perigo concreto de lesão a bens jurídicos. Narra que, voltando a sua atuação a essa finalidade, absolveu praticamente todos os réus incriminados por posse de entorpecentes para consumo próprio de acordo com a antiga Lei de Drogas, assim como os acusados por dirigir veículo automotor sem habilitação. Segundo ele, não devem ser revestidos de tipicidade os fatos analisados em face do perigo abstrato ou de presunção de violência enquanto não ocasionam um resultado jurídico, de que depende a existência do crime.¹²¹

À luz entendimento proposto, o referido penalista analisa decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal¹²², na qual foi indeferido *habeas corpus* em que era pleiteada a descaracterização da materialidade de porte ilegal de arma de fogo sob o fundamento de ausência de perícia para comprovar o potencial lesivo do revólver apreendido. Ficou assentado no acórdão em comento que a negativa da ação teria se dado sob a justificativa de que a norma incriminadora, prevista no artigo 14 do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003)¹²³, não fazia menção à necessidade de se aferir o potencial lesivo da arma. Além disso, por se tratar de crime de perigo abstrato, o porte, por si só, seriam suficiente para causar intimidação a uma pretensa vítima ou à sociedade.

Face os argumentos defendidos na referida decisão, o autor elabora a sua crítica no sentido de que o entendimento utilizado implica na antecipação da tutela penal, que dispensa a necessária averiguação de oferecimento de perigo concreto aos bens jurídicos tutelados pela norma (a incolumidade pública e bens individuais, como a vida, integridade física, etc.). Esta aferição somente poderia se dar a partir do exame da idoneidade lesiva da arma e da sua possibilidade de uso. Sustenta,

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 10-11.

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que reconheceu que o porte de arma, por si só, seria suficiente para causar intimidação a uma vítima ou à sociedade e caracterizar a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo**. Habeas Corpus nº 96.922. Fernando Escobar Ribeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 17 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587049>>. Acesso em 13 nov. 2013.

¹²³ Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

BRASIL, Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

dessa forma, que haveria afronta ao princípio constitucional da ofensividade, uma vez que a razão da punição penal não residiria na capacidade de intimidação do objeto, mas na sua capacidade ofensiva ao bem jurídico protegido.¹²⁴

Neste aspecto, ainda é preciso lembrar que todo tipo penal possui duas dimensões: uma imperativa e outra normativa. Dessa forma, o indivíduo que porta ou possui qualquer tipo de arma de fogo infringe o aspecto imperativo da norma. Todavia, em hipótese alguma, pode ser desconsiderada a necessidade concomitante de violação do seu aspecto valorativo, isto é, de ofensa ao bem jurídico protegido. Nesse ponto, ressalta-se que a arma desmuniada ou quebrada é desprovida de qualquer potencialidade lesiva aos bens jurídicos tutelados pelo mencionado tipo penal.¹²⁵

Além disso, o penalista afirma que o raciocínio desenhado deve ser aplicado também à criminalização do mero porte de munição, abarcado pelo mesmo tipo penal e que se verifica ainda que a munição encontrada esteja desacompanhada de qualquer arma de fogo em que pudesse ser utilizada, o que também caracteriza presunção de violência.

Evidencia-se, dessa forma, o fundamento pelo qual Luiz Flávio Gomes se posiciona contra a punição de crimes de perigo abstrato.¹²⁶ Este tipo de delito conta apenas com a realização de uma conduta, desprovida de um resultado jurídico, compreendido este enquanto lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico. E a inexistência de um resultado jurídico, como visto, impede a verificação do verdadeiro significado social do fato dentro da análise da tipicidade, tornando-o, conseqüentemente, atípico em relação a sua dimensão material. Logo, em conformidade com o art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e do artigo 13 do Código Penal, pode-se concluir que nenhum crime se consuma sem a produção de um resultado jurídico, inclusive os crimes formais ou de mera conduta.¹²⁷

¹²⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 123-126.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 192.

¹²⁶ Ângelo Roberto Ilha da Silva, ensina que os crimes de perigo abstrato ou presumido, segundo a doutrina majoritária, são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido *juris et de jure*, assim definido pelo legislador “a priori”. Enquanto nos crimes de perigo concreto o perigo constitui elemento do tipo, tornando necessária a sua confirmação no caso concreto, nos delitos de perigo abstrato constitui somente a sua motivação por conceber a conduta danosa em si mesma.

SILVA, Angelo Roberto Ilha da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149.

¹²⁷ GOMES, Luiz Flávio. *op cit.*, p. 96.

Em sequência, aponta-se a transcendentalidade da ofensa como segunda condição para a desaprovação do resultado jurídico. Com base do princípio da alteridade, concebe-se que só é penalmente relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Dessa forma, a lesão que atinge somente bens jurídicos pessoais do autor não constitui crime, a exemplo da tentativa de suicídio e da autolesão.

Além disso, para ser desvalioso, o resultado deve ser grave ou significativo, o que pressupõe o afastamento das ofensas insignificantes do campo de incidência do direito penal. Nesta acepção, destaca-se a aplicação do princípio da insignificância, por força da qual é afastada a dimensão material da tipicidade nos casos de lesões insignificantes.

Outrossim, com fulcro no princípio da fragmentariedade, glosado no subitem 1.3 desta pesquisa, figura, como o quarto requisito do resultado jurídico desvalioso, a intolerabilidade da ofensa em face da adequação social. Nessa linha, é preciso aferir se o fato praticado gerou alguma perturbação séria ao convívio social, pois, se amplamente tolerado pelo grupo da comunidade, não há que se falar em fato materialmente típico. Desse modo, a adequação social opera como causa supralegal de exclusão de tipicidade.¹²⁸

Finalmente, colocam-se como últimos critérios do juízo de desaprovação do resultado, a necessidade de ele estar abrangido pelo âmbito de proteção da norma penal e de ser objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado. Nesta seara, então, retoma-se a aplicação da teoria da imputação objetiva de Roxin, acima delineada.

Oportuno enfatizar, dessa forma, as proposições consolidadas pela referida teoria na forma de pressupostos para a atribuição de responsabilidade penal: a criação ou incremento de um risco proibido relevante e um resultado objetivamente imputável ao risco criado ou incrementado e alocado no interior da esfera de proteção penal.

¹²⁸ Nesse ponto, salienta-se a discussão sobre o nível de adequação social da comercialização de CDs piratas e a atuação de “camelôs”. Embora exista uma aparência de tolerabilidade social quanto a essas ações, não é possível afirmar que seja absoluta, tendo em vista o teor da Súmula nº 502 do Superior Tribunal de Justiça, assim como a quantidade de casos de violação de direitos autorais levados à apreciação do Poder Judiciário. De toda sorte, em qualquer desses casos, a aplicação da pena privativa de liberdade traduz-se em excesso de punição. GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 194.

Consoante anotado anteriormente, a premissa consistente na criação ou incremento de um risco proibido relevante foi aproveitada pela teoria constitucionalista de delito no juízo de desaprovação da conduta, primeiro critério valorativo da tipicidade material. Os demais elementos, referentes à imputação objetiva do resultado, por sua vez, serão aqui tratados, no campo de valoração do resultado, segundo e último juízo avaliativo da tipicidade normativa.

Nessa senda, tem-se que a responsabilização penal de um indivíduo é condicionada à geração de um resultado jurídico objetivamente imputável a um risco criado ou incrementado por uma conduta desvaliosa sua. Para a percepção das implicações práticas desta máxima no reconhecimento da tipicidade penal, importa apreciar-se algumas situações em que esse reconhecimento restou impossibilitado pela quebra do nexo de imputação objetiva.

Assim, como primeira decorrência lógica desta proposta, apresenta-se a impossibilidade de imputação do resultado quando este não possui ligação direta com o risco criado ou incrementado, ultrapassando-o. Esta hipótese pode ser identificada no caso prático apresentado para elaboração da peça processual cabível na prova de segunda fase, da disciplina de direito penal, do Décimo Exame Unificado da Ordem dos Advogados do Brasil, pela Fundação Getúlio Vargas¹²⁹. Na narração elaborada, a vítima, a qual teve o seu automóvel furtado, acabou falecendo logo após o fato, em virtude de enfarte propiciado pelo sentimento de perda do objeto que era essencial à sua subsistência. Na circunstância delineada, conforme a teoria de delito estudada, o autor do furto não pode responder pela morte da vítima, senão apenas pelo risco criado, o qual se refere ao delito patrimonial e não abrange o bem jurídico “vida”. Não há, portanto, fato materialmente típico em relação à morte da ofendida, uma vez que inexistente o nexo de imputação entre esse resultado e a subtração do veículo.¹³⁰

¹²⁹ A prova do referido Exame está disponível em: <<http://img-oab.fgv.br/303/20130617121120-X%20Exame%20Penal%20-%20SEGUNDA%20FASE.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2013.

¹³⁰ Luiz Flávio Gomes cita outros casos em que o resultado não pode ser objetivamente imputado à conduta por ultrapassar os limites do risco criado ou incrementado, consoante orienta a sua teoria de delito. São eles: a morte por afogamento de terceiro que tenta salvar criança que caiu em uma piscina por descuido da mãe; motorista que revela desejo sexual por caronista e esta, por repulsa, salta do veículo e sofre lesões corporais graves; nos golpes telefônicos de extorsão mediante seqüestro, a pessoa contactada pelo criminoso, ao tomar conhecimento do suposto seqüestro de um ente família, acaba falecendo devido ao susto. Conforme a doutrina de crime formulada pelo autor, em nenhuma das situações expostas, o autor dos fatos deve ser responsabilizado criminalmente, uma vez que os resultados mais graves fugiram do âmbito do risco originariamente criado pela conduta e, por isso, não pode ser a ela imputado.

O mesmo raciocínio é aplicável às situações de autoria colateral complementar em que a conduta isolada de cada um dos autores, apesar de não ser considerada insignificante, não foi capaz, por si só, de causar o resultado, que só foi obtido pelo conjunto de ofensas praticadas.¹³¹ Nesse caso, cada um dos agentes responde nos limites do risco individualmente criado, e não pelo resultado, que não teria ocorrido se cada um tivesse agido isoladamente.

Estas são algumas das principais ponderações a serem enfrentadas no juízo de desaprovação do resultado jurídico. Assim, terminada a fase de análise das categorias valorativas integrantes da tipicidade material, em sendo constatada a existência de um resultado desvalioso, tem-se um fato completamente típico, pois preenchidos os requisitos da tipicidade formal e material, que compõem a tipicidade objetiva.

Destaca-se que, consoante a proposta doutrinária pesquisada, nos crimes dolosos, requer-se, ainda, a observância da dimensão subjetiva da tipicidade, isto é, a verificação do dolo e outros possíveis requisitos subjetivos específicos de um tipo penal.

Os delitos culposos, por sua vez, poderiam ser resolvidos de acordo com os critérios da imputação objetiva integrantes do juízo de valoração da conduta. Nesse sentido, se um sujeito criou ou incrementou um risco proibido relevante com a sua imperícia, imprudência ou negligência, tem-se a figura do delito culposos.

Portanto, de todo o exposto, observa-se que a principal contribuição oferecida pela teoria constitucionalista do delito é o acréscimo do sentido material à dimensão objetiva da tipicidade, atrelando ao fato típico, formalmente adequado à letra da lei, a imperiosa necessidade de ofensa concreta ao bem jurídico protegido na seara penal.

Não basta, deste modo, a mera legalidade formal, tampouco apenas o desvalor da ação ou da omissão. No atual Estado Democrático de Direito, como

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

¹³¹ Cita-se, como exemplo, a circunstância em que uma pessoa coloca alguns gramas de veneno na alimentação da vítima com o intuito de matá-la, sem saber que outro indivíduo, com a mesma finalidade, já havia colocado a mesma quantidade de veneno na sua comida. Na hipótese de ser comprovada que a ação de cada um, em separado, não era irrelevante, tampouco suficiente para causar a morte da vítima por si só, a cada um somente pode ser imputada a tentativa de homicídio, pois o resultado morte ultrapassou o risco individualmente criado. Luiz Flávio Gomes, neste aspecto, faz censura à doutrina penal clássica, segundo a qual poderia ser imputado o resultado morte a ambos os agentes, concorrentemente, devido à priorização do plano naturalístico em detrimento do plano jurídico.

Ibidem, p. 197-198.

visto, só é penalmente relevante a conduta que causa uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico relevante.

Demonstrada a proposta da teoria constitucionalista do delito a partir da apresentação do seu aparelhamento teórico e, evidenciado seu potencial de atuação frente à desordem do atual cenário penitenciário brasileiro em consonância com o com os valores extraídos do texto constitucional, resta verificar se ela possui aplicação prática na solução de casos concretos, o que será feito no próximo subitem.

2.2 A receptividade da teoria constitucionalista do delito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça

No presente subcapítulo, será examinado se a teoria constitucionalista foi recepcionada pelos Tribunais Superiores, tendo aplicabilidade na resolução dos casos práticos apreciados nestas instâncias. Além disso, se verificada a sua recepção, será intentada a avaliação do rumo tomado pela sua aplicação na jurisprudência desses Tribunais nos dias atuais.

Para tanto, realizou-se pesquisa jurisprudencial nos acervos eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a partir da qual se procurou selecionar dois modelos de acórdãos de cada Tribunal. O primeiro deles consiste na decisão pioneira no que tange à aplicação da teoria de crime em estudo e serve à simples verificação da data à que remonta a receptividade desta corrente pelos referidos Tribunais. Já a segunda modalidade de decisão escolhida deveria demonstrar em que sentido é atualmente aplicada, caso houvesse efetiva recepção pelo respectivo tribunal.

Elegeu-se como palavras-chave da pesquisa o termo “teoria constitucionalista do delito” e, em não havendo resultados, optou-se pela utilização da expressão “tipicidade material” que, consoante já apreciado, consiste na principal contribuição da doutrina em foco. Para o exame da sua receptividade em ambos os Tribunais, fez-se a escolha de selecionar o acórdão mais antigo que tivesse as palavras-chave escritas na sua ementa. Já, para a averiguação dos rumos da sua atual aplicação, deu-se preferência ao acórdão mais atual - até o dia 30 de novembro de 2013 - que

contivesse, igualmente, as palavras-chave indicadas na sua ementa. A data final escolhida refere-se ao dia de realização da investigação jurisprudencial.

Escolheu-se trabalhar com os referidos Tribunais Superiores, primeiramente, porque o Supremo Tribunal Federal, na posição de órgão máximo do Poder Judiciário, é encarregado da defesa da ordem constitucional, da guarda e interpretação da Constituição Federal, além da função de decidir em última instância os litígios intersubjetivos levados a sua apreciação.¹³² Segundo, pelo fato de que, ao Superior Tribunal de Justiça, incumbe a atribuição de uniformizar a interpretação da legislação federal infraconstitucional, de que fazem parte o Código Penal e demais leis correlatas. Nesses moldes, o entendimento consubstanciado nas decisões proferidas por estes Tribunais constituem parâmetros para a atuação nas instâncias inferiores, bem como fornece material de estudo e apreciação para a doutrina e Academia.

Inicialmente, na pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, não foram obtidos resultados com o emprego da expressão “teoria constitucionalista do delito”, nos moldes dos critérios supraestabelecidos. Posteriormente, em nova busca executada com base no termo “tipicidade material”, foram encontrados sessenta e dois acórdãos no total.

Dentre esses resultados, a primeira decisão localizada contendo a expressão de busca em sua ementa foi proferida pela Corte Suprema no *Habeas Corpus* nº 93816-7, de origem do estado do Rio Grande do Sul, na data de 06 de maio de 2008.¹³³ O *writ* versa sobre o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (artigo 14 da Lei 10.826 de 2003). Nesse sentido, os argumentos de defesa voltaram-se ao reconhecimento da atipicidade material da conduta praticada pelo

¹³² LIRA, Daniel Ferreira de; MACEDO, Jackeline Queldma de Oliveira. Notas sobre o Supremo Tribunal Federal e a função de interpretar a Constituição Federal brasileira. Paradigmas recentes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3241, 16 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21778>>. Acesso em 30 nov. 2013.

¹³³ Ementa: HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA COM MUNIÇÕES. INIDONEIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. APTIDÃO PARA PRODUIR DISPAROS ATESTADA EM PERÍCIA, DE ACORDO COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA. ORDEM DENEGADA. 1. O porte de arma municiada com dois cartuchos, com aptidão para produzir disparos, preenche os elementos típicos do art. 14 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). 2. O fato de a arma não estar em perfeitas condições de funcionamento não é suficiente para afastar a tipicidade material da conduta, tendo em vista a aptidão para produzir disparos atestada pela perícia. 3. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que reconheceu que o fato de a arma de não estar em perfeitas condições não retira a sua idoneidade para produzir disparos, verificando-se, assim, a tipicidade material da conduta.** Habeas Corpus nº 93.816-7. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 06 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539175>> Acesso em 25 nov. 2013.

paciente ante a insuficiência de comprovação da potencialidade lesiva da arma de fogo com ele apreendida. Todavia, a resolução do Supremo Tribunal Federal deteve-se à linha de que o mero fato de arma não estar em perfeito estado de funcionamento não retiraria a sua potencialidade lesiva, uma vez que a perícia teria sido conclusiva acerca da sua possibilidade de efetuar disparos. Dessa forma, a irregularidade de funcionamento da arma não possuiria o condão de afastar a tipicidade material da conduta.¹³⁴

Verifica-se, portanto, que, no mês de maio do ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a dimensão material da tipicidade como um novo filtro necessário à imposição de sanções penais.

Na sequência, a fim de proceder à análise da direção seguida pela aplicação da tipicidade material na atual jurisprudência da referida Corte, foi selecionado, dentre os resultados obtidos a partir da metodologia eleita, o acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº 108.056, de origem do Rio Grande do Sul, cujo julgamento ocorreu em 14 de fevereiro de 2012.¹³⁵

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Everton Augusto De Carli Kerber, contra decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça na qual foram acolhidas as razões do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de restabelecer a condenação do paciente pela prática do delito de estelionato. Segundo consta no inteiro teor do acórdão examinado, a conduta perpetrada consistiu na aquisição de dois frascos de perfume em loja da rede “O Boticário”, avaliados em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), por meio da utilização de um cheque furtado.

¹³⁴ É de se destacar, contudo, que, na referida ação, o próprio membro do Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pleito sustentando que o porte de arma de fogo que não funciona não oferece lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela norma penal, haja a vista a inidoneidade de produzir disparos.

¹³⁵ De acordo com os critérios definidos para a realização desta investigação, foi encontrada decisão mais atual que a utilizada no corpo desta monografia, cujo julgamento data de 05 de novembro de 2013. Contudo, da leitura da ementa e do inteiro teor do acórdão da decisão, verifica-se que a expressão “tipicidade material” citada cinge-se à reprodução literal de fundamento empregado na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em face da qual foi impetrado o *habeas corpus*, não havendo outro contexto de menção ao termo de busca no acórdão elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que afastou a aplicação do princípio da insignificância de caso em que o delito de furto foi praticado durante o repouso noturno e em concurso de agentes.** Habeas Corpus nº 11.4174. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. 05 nov. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4894609>> Acesso em 25 nov. 2013.

Na ação mandamental, então, pugnou-se o reconhecimento da incidência do princípio da insignificância e, conseqüentemente, da atipicidade material do fato, com fundamento na ausência de ofensividade da conduta. Isso, porque o valor monetário envolvido teria pequena relevância se comparado ao vasto patrimônio e à enorme força econômica da mencionada rede comercial.

Ao apreciar o pedido, os julgadores da Corte Máxima elencaram quatro condições cumulativas que precisam ser observadas para aplicação do princípio da insignificância: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; grau reduzido de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Com base nos critérios apontados, foi verificado que a vantagem ilicitamente obtida pelo paciente não consubstanciava inexpressiva lesão jurídica, já que o seu valor era próximo do correspondente à metade do salário mínimo nacional vigente à época. Ademais, elencou-se a condição de reincidente do paciente como forma de repelir o pressuposto de reduzido grau de reprovabilidade do seu comportamento. Logo, consoante a fundamentação exposta, o grupo de julgadores resolveu reconhecer a tipicidade material da conduta e, assim, denegar a ordem pleiteada.¹³⁶

A partir da fundamentação utilizada na resolução do caso em tela, nota-se que o Supremo Tribunal Federal reconhece a necessidade de se empregar o filtro da

¹³⁶ Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. TIPLICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009) 2. O princípio da insignificância não se aplica quando se trata de paciente reincidente, porquanto não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo. Precedentes: HC 107067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 23/11/2010; HC 103359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 6/8/2010. 3. In casu, a vantagem ilicitamente obtida mediante a utilização de cheque furtado tinha valor próximo à metade do salário mínimo, que era de R\$ 300,00 conforme Lei 11.164/2005, mercê de o paciente ser reincidente em crimes contra o patrimônio, consoante afirmado na sentença condenatória, e ostentar extensa ficha criminal na qual arrolados vários processos e inquéritos policiais instaurados com o fito de apurar crimes de estelionato, falsificação de documentos, recepção e delitos de trânsito, tudo a evidenciar que a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto servirá de estímulo à contumácia delituosa. 4. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão em que foi reconhecida a tipicidade material do fato em razão da expressividade do valor ilicitamente auferido e da lesividade da conduta, consubstanciada no fator da reincidência.** Habeas Corpus nº 108056. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. 14 fev. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1797823>> Acesso em 25 nov. 2013.

tipicidade material para a configuração de crime, relacionando-a apropriadamente aos critérios de ofensividade e reprovabilidade da conduta e do respectivo resultado. Porém, furta-se a adentrar na verdadeira dimensão normativa constitucional que existe por trás destes conceitos, conforme propõe a teoria constitucionalista do delito.

Ao seguir esta linha de entendimento, poderia ser indagado se o valor do ganho indevidamente auferido pelo autor consistente em cento e cinquenta reais, de fato, não seria considerado insignificante frente ao ínfimo prejuízo econômico suportado pela empresa que conta com uma rede nacional de atuação. Outrossim, caberia o questionamento acerca de em que medida o fato de o autor ser reincidente, uma característica pessoal ficticiamente atribuída pelo sistema penal vigente, teria realmente o poder de influir no juízo de reprovabilidade da ação praticada. Afinal, a reincidência não faz parte dos requisitos valorativos da conduta que integram a tipicidade material, consoante a estrutura de crime proposta pela doutrina de Luiz Flávio Gomes.

Portanto, conclui-se que o emprego da tipicidade material pelo Supremo Tribunal Federal, na atualidade, ocorre de forma superficial, pela qual se despreza todo o aparato axiológico constitucional que a embasa e é imprescindível ao combate do excesso de punitivismo identificado na hodierna sociedade.

Neste momento, transporta-se a mesma análise efetuada ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Na pesquisa realizada no sítio eletrônico desse Tribunal a partir da expressão “teoria constitucionalista do delito”, foram encontrados sessenta e quatro acórdãos.

Do resultado obtido, a decisão mais antiga encontrada, que continha os termos da busca na sua ementa, foi proferida no *Habeas Corpus* nº 79301, do estado do Mato Grosso do Sul, na data de 20 de novembro de 2007.¹³⁷ A ação foi

¹³⁷ Ementa: HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. COISA RECEBIDA PARA FORNECIMENTO DE DROGA. CONSEQÜÊNCIA DO CRIME RELEVANTE. BAGATELA NÃO CARACTERIZADA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O reconhecimento do princípio da insignificância não se limita apenas à análise da expressão monetária do objeto receptado, mas, também e principalmente, à desvalorização do resultado, elemento material do tipo (teoria constitucionalista do delito), onde se aferem as conseqüências do crime, desfavoráveis na espécie. 2. Pelo princípio da consunção, o crime perpetrado como instrumento para viabilizar a concretização de outro mais grave é por este absorvido. 3. A venda ilegal de substância entorpecente mediante aquisição de produto de crime reclama a aplicação do princípio da absorção da receptação pelo tráfico. 4. Ordem denegada. Habeas corpus concedido de ofício para reconhecer a consunção do crime de receptação pelo de tráfico e, por conseguinte, determinar o trancamento da ação penal (Processo 046.03.003035-3,

intentada a fim de obter a absolvição do paciente da imputação pela prática do delito de receptação, com fundamento na atipicidade material da conduta, tendo em vista o ínfimo valor do bem receptado que, inclusive, teria sido restituído ao proprietário. Além disso, defendeu-se que os maus antecedentes verificados em sua vida pregressa não teriam o condão de afastar a aplicação do princípio da insignificância.

Os julgadores, contudo, observaram que a incidência desse princípio não se limitaria apenas à análise da expressão monetária do objetivo receptado, mas também deveria tomar em consideração a desvalorização do resultado, indicada como elemento material da tipicidade, conforme a teoria constitucionalista do delito. Nesse sentido, ao considerar que a coisa havia sido receptada no intuito de servir como moeda de troca para a aquisição de drogas e assim, propiciar o tráfico ilícito de entorpecentes, decidiu-se pela não aplicação do princípio da insignificância. Todavia, o mandamento contido no *Habeas Corpus* acabou deferido diante do reconhecimento de que o delito de receptação deveria ser absorvido pelo crime de tráfico, por força do princípio da consunção.

Já, para espelhar a atual linha de aplicação da teoria constitucionalista do delito no Superior Tribunal de Justiça, selecionou-se o acórdão referente ao *Habeas Corpus* nº 234.851, do estado de Minas Gerados, julgado em 18 de junho de 2012.¹³⁸ O *writ* foi impetrado com a finalidade de, por meio da aplicação do princípio da insignificância, ter afastada a tipicidade material da conduta praticada pelos

Comarca de Chapadão do Sul/MS) em relação ao paciente. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão da decisão em que foi reconhecida a tipicidade material do fato em virtude do desvalor verificado no resultado jurídico.** Habeas Corpus nº 79.301. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul e Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 20 nov. 2007. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700607897&dt_publicacao=07/02/2008> Acesso em 25 nov. 2013.

¹³⁸ Ementa: HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO. INEXPRESSIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. 1. Reconhece-se a aplicação do princípio da insignificância quando verificadas "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). 2. No caso, não há como deixar de reconhecer a mínima ofensividade do comportamento dos pacientes, que tentaram subtrair um galão de vinho e um fardo de refrigerantes, avaliados em R\$ 28,00 (vinte e oito reais), sendo de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta. 3. Ordem concedida a fim de, aplicando o princípio da insignificância, absolver os pacientes do crime de que cuida a Ação Penal aqui tratada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão da decisão em que foi afastada a tipicidade material do fato em virtude na inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado.** Habeas Corpus nº 234.851. Defensoria Pública do Estado do Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Relator Ministro Og Fernandes. 18 jun. 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200417115&dt_publicacao=29/06/2012.> Acesso em 25 nov. 2103.

pacientes, consistente na tentativa de subtração de um galão de vinho e um fardo de refrigerantes, avaliados em R\$ 28,00 (vinte e oito reais).

Na decisão em apreço, é possível observar que a teoria constitucionalista do delito foi devidamente desenvolvida no corpo da fundamentação, a partir do reconhecimento da necessidade de submeter a conduta perpetrada à análise das três dimensões da tipicidade para que a imposição penal seja justificada. É o que se denota do trecho do voto abaixo citado:

Para a caracterização do fato típico, ou seja, que determinada conduta mereça a intervenção do Direito Penal, é necessária a análise de três aspectos: o formal, o subjetivo e o material ou normativo.

A tipicidade formal consiste na perfeita subsunção da conduta do agente ao tipo previsto abstratamente pela lei penal. O aspecto subjetivo consiste no dolo.

Já a tipicidade material implica verificar se a conduta possui relevância penal, em face da lesão provocada no bem jurídico tutelado. Deve-se observar o desvalor da conduta, o nexo de imputação e o desvalor do resultado, do qual se exige ser real e significativa.

A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Não há, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. É o chamado princípio da insignificância.

Tal princípio tem sido acolhido como causa suprallegal de exclusão de tipicidade. Vale dizer, uma conduta que se subsuma perfeitamente ao modelo abstrato previsto na legislação penal pode vir a ser considerada atípica por força desse postulado.¹³⁹

Ante o exposto, verificou-se que o comportamento dos agentes representou mínima ofensividade ao patrimônio da vítima, razão pela qual o reconhecimento da atipicidade material da conduta mostrou-se medida imperativa. Outrossim, destacou-se que, consoante o entendimento jurisprudencial já consolidado naquela Corte, a existência de condições pessoais desfavoráveis não impedem a aplicação do princípio da insignificância.

Logo, com base na pesquisa jurisprudencial realizada, evidencia-se que o Superior Tribunal de Justiça já optou, nesta última oportunidade, por recepcionar de forma ampla, a teoria constitucionalista do delito, adotando todos os seus pressupostos de caracterização do fato típico na apreciação de casos concretos.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão da decisão em que foi afastada a tipicidade material do fato em virtude na inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado**. Habeas Corpus nº 234.851. Defensoria Pública do Estado do Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Relator Ministro Og Fernandes. 18 jun. 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200417115&dt_publicacao=29/06/2012.> Acesso em 25 nov. 2103.

Por outro lado, percebe-se que, desde o marco inicial apontado até os dias atuais, o Supremo Tribunal Federal demonstrou maior resistência em internalizar os ditames dessa concepção de delito, tendo apenas reconhecido a tipicidade material como um requisito para a configuração do ilícito. Assim, deixou de utilizar toda a sua carga normativa, que muito poderia acrescentar na busca de justiça na resolução dos casos concretos, tendo em vista o atual panorama constitucional.

Dessa forma, conclui-se que, apesar de não possuir ampla receptividade da forma como Luiz Flavio Gomes a idealizou, o aspecto material da tipicidade concebido pela teoria constitucionalista de crime já foi utilizado como parâmetro para o julgamento de situações concretas, tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste último, porém, foi possível observar maior abertura às propostas dessa doutrina, o que se verificou no emprego das duas dimensões valorativas da tipicidade material na apreciação de casos práticos.

Nesta esteira, o fato de esta concepção constitucionalista de delito, ou de, pelo menos, alguns dos seus elementos, já figurar em julgados precedentes dos referidos Tribunais Superiores, associado à sólida base constitucional na qual se funda, revelam o seu potencial para atuar positivamente frente à problemática do excesso de punitivismo construída no capítulo anterior.

Com efeito, a importância da teoria constitucionalista no atual cenário jurídico brasileiro já vem sendo reconhecida por alguns profissionais do Direito, a exemplo de Dorita Ziemann Hasse, cuja pesquisa cita-se em parcela logo abaixo:

3.5 TEORIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

Essa teoria traz em seu conteúdo, importante evolução em relação às anteriores na medida em que exerce controle sobre o legislador, por meio do Poder Judiciário, permitindo ao juiz ir além da mera aplicação da lei destacando a importância da interpretação valorativa para o exercício de sua função.

Trata da abordagem do delito conforme perspectiva de uma nova síntese, fundada em bases constitucionais. Segundo essa perspectiva, os princípios, regras e valores constitucionais condicionam os fins do direito penal (de tutela de bens jurídicos, de redução da violência, etc.), sendo cumprido por meio de normas.

[...]

A igualdade entre os cidadãos é uma das exigências da Carta Magna do nosso país e, por conseguinte do Estado Democrático de Direito, igualdade esta não apenas no âmbito formal, mas que seja efetiva, concreta e material. Assim, a conduta delituosa precisa ter conteúdo de crime além de estar previamente definido em lei.¹⁴⁰

¹⁴⁰ HASSE, D. Z. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, p. 169-191, jul./dez. 2010.

De fato, o conceito material de delito estudado sugere a vinculação do legislador, do intérprete e do julgador à necessária ponderação da ofensividade. Nesse sentido, o legislador não poderia mais configurar o crime como mera desobediência à norma, tampouco fornecer amparo penal a todo e qualquer bem jurídico, mas apenas aos mais essenciais à manutenção de um grupo social, exatamente conforme orienta o princípio da fragmentariedade. Além disso, os intérpretes e juízes teriam o dever de interpretar a literalidade dos tipos penais à luz do princípio da ofensividade, de modo que o ilícito somente poderia ser concebido enquanto ofensa concreta a um bem jurídico.

A proposta apresentada abrange, inclusive, a atuação dos membros do Ministério Público, na medida em que a sua atividade é pautada pelos mesmos parâmetros constitucionais e legais desenhados ao longo deste trabalho. Dessa forma, poderiam eles formular pedidos de arquivamento de um inquérito policial, requerer a absolvição de um acusado ou, ainda, recorrer em seu favor¹⁴¹, na hipótese de evidenciar que a conduta sob sua avaliação não ofereceu, no mínimo, um perigo de lesão concreto ao bem jurídico envolvido. Em assim agindo, poderia ser evitado o início de muitas ações penais cujos casos poderiam ser muito bem tutelados por outros ramos do Direito.

Nesse sentido, em face da crise evidenciada no atual sistema de execução penal, centrado na pena privativa de liberdade, a atuação proposta ao Poder Judiciário, por esta pesquisa, é a de que

[...] toda afronta concebida como mera infração à norma imperativa deve ser disciplinada em outros ramos do direito (administrativo, civil, tributário, comercial, trabalhista etc.), deixando assim o direito penal como soldado de reserva. Se os outros sistemas normativos (imperativistas, subjetivistas) falharem, então entra em ação o direito penal, como *ultima ratio*.¹⁴²

A aceitação da orientação exarada pelos atores jurídicos permitirá o distanciamento das tendências penais exageradamente formalistas e “desproporcionalmente intervencionistas”¹⁴³, as quais concebem o delito como a simples infração de um dever ou de uma norma legislados, concepção que não mais

¹⁴¹ CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal**: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 433.

¹⁴² GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

¹⁴³ *Ibidem.*, p.120.

se sustenta na atual ordem constitucional que prima pela efetividade dos direitos humanos.

Nesta linha, Alamiro Velludo Salvador aponta que a elaboração de uma teoria do direito que não seja capaz de possibilitar reflexões sobre a criminalização legislada, como é possível identificar nas concepções formalistas delito, seria o mesmo que ratificar o discurso do direito, ou seja,

[...] articular elementos para concretizar, quaisquer que sejam, os enunciados do direito positivado (*lege data*). Para evitar esta mera reprodução jurídica de normas penais destinadas a evitar condutas sem qualquer relevância ou justificativa de criminalização, é imprescindível a abertura do sistema jurídico, não para que assuma posição de referendar a função social do Direito Penal através de uma perspectiva sistêmico-formal, mas para permitir a incorporação dogmática, pela teoria do delito, dos limites construídos a partir dos fins sociais do próprio Direito Penal e da missão que a pena democraticamente pode cumprir.¹⁴⁴

Nesta acepção, observa-se que a teoria de delito ora apresentada reúne as condições necessárias para ocupar uma posição de referência no atual cenário jurídico, visto que a proposta de estabelecer uma graduação entre a afetação do bem jurídico e o seu valor consiste em uma orientação política-criminal relevante no hodierno contexto de prisionalização massiva.

Salienta-se, por fim, que as decisões envolvendo políticas criminais tendentes a diminuir o âmbito da atuação penal do Estado, inspiradas pelos fundamentos da dimensão material do ilícito sustentada pela doutrina constitucionalista, não podem ser isoladas das investigações empíricas desenvolvidas na área da Criminologia, no sentido de apurar o real impacto dessa ação na sociedade e no potencial infrator, bem como o grau de danosidade social da conduta que se pretende ou não punir. Isso, porque “toda decisão político-criminal que não conta com o respaldo dessas orientações criminológicas move-se num terreno movediço, oscilante e meramente intuitivo”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integrado**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 31

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 121.

CONCLUSÃO

Os dados estatísticos apresentados nesta pesquisa demonstram que, nos últimos dez anos no Brasil, a população carcerária cresceu em medida inversamente proporcional à quantidade de vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais existentes. Com efeito, a superlotação dos presídios é responsável por acentuar outras deficiências da qualidade de vida dos detentos, tais como falta de higiene e de privacidade, desnutrição, fácil disseminação de doenças, graves abalos psíquicos, entre muitas violações aos direitos humanos. Esta realidade traduz o excesso de punitivismo que acomete a execução penal brasileira e, conforme explorado no desenvolvimento da pesquisa, é reflexo da forte *vontade de punir* que permeia a sociedade contemporânea, incentivada por sensações de insegurança e impunidade favorecidas pela mídia.

Diante do contexto delineado, mostrou-se necessário perquirir a verdadeira função a ser desempenhada pelo direito penal a partir do contraponto evidenciado entre a atual ordem constitucional que prima pela efetivação dos direitos humanos e a situação degradante verificada nos estabelecimentos penitenciários do país.

Nesse sentido, com amparo nos ensinamentos de Claus Roxin, constatou-se que a missão a ser desempenhada pelo direito penal nos dias atuais é dispensar proteção, fragmentária e subsidiária, aos bens jurídicos essenciais no âmbito de um grupo social contra ofensas reprováveis. Coadunando-se com esta linha de entendimento, apresentou-se a teoria constitucionalista do delito, tema desta pesquisa.

Nesta esteira, repisa-se que este trabalho teve por objetivo geral compreender os aspectos fundamentais e a esquematização analítica da teoria constitucionalista do delito, assim como as suas implicações práticas na tentativa de superação da crise que acomete o sistema penal brasileiro. Assim, no desenvolvimento do estudo, buscou-se apurar em que medida a aplicação dessa concepção de crime poderia contribuir para a superação da falência do sistema carcerário nacional.

Nesse sentido, os resultados da pesquisa efetuada revelam que a doutrina constitucionalista possui sólidos alicerces na Constituição Federal ao apoiar-se nos princípios fundamentais penais da intervenção mínima, da ofensividade,

fragmentariedade e da proporcionalidade da pena. Por isso, possível concluir que o intenso embasamento constitucional lhe confere força normativa suficiente para atuar positivamente frente ao cenário de crise do sistema penal brasileiro, uma vez que enaltece os valores inerentes a um Estado Democrático de Direito, sendo com ele plenamente compatível e adequado.

Nesta senda, observou-se que, com base nos mencionados princípios, a teoria constitucionalista de crime ampara-se na proposta de que a real função do direito penal, de acordo com a ótica normativa extraída da Carta Magna, seria a tutela, fragmentária e subsidiária, dos bens jurídicos mais relevantes contra as ofensas mais insuportáveis. Tais ofensas, além disso, devem representar ataques concretos, transcendentais, não insignificantes, intoleráveis, objetivamente imputáveis ao risco criado e que estejam no âmbito de proteção da norma penal. Portanto, não seria qualquer ofensa que configuraria um crime, apenas aquelas desvaliosas segundo os critérios anteriormente expostos.

Dessa forma, evidencia-se que, ao impor novos filtros ao reconhecimento do ilícito, a concepção de delito apresentada adéqua-se como uma possível solução à atual necessidade de conter o poder punitivo do Estado.

Para tanto, constatou-se que a principal contribuição da teoria constitucionalista reside no reconhecimento de que a tipicidade objetiva abrange, além do aspecto formal, uma dimensão material que prestigia os valores traduzidos nos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais e exige a realização de uma ofensa desvaliosa contra eles. Conforme trabalhado, a denominada tipicidade material seria, então, aferida por meio de duas ponderações valorativas a serem realizadas pelo julgador: o juízo de desaprovação da conduta e juízo de desvalor do resultado jurídico.

Como visto, a etapa de valoração da conduta foi desenvolvida a partir reestruturação da teoria da imputação objetiva idealizada por Claus Roxin e trata, portanto, da criação ou incremento de riscos proibidos relevantes. Ademais, conforme referido, a dimensão normativa da tipicidade já era proposta por Zaffaroni, por meio da sua teoria da tipicidade conglobante, tendo sido reafirmada pela teoria constitucionalista do delito, que lhe acrescentou a exigência da prática de uma ofensa desvaliosa ao bem jurídico tutelado, concebida no seu juízo de desvalor do resultado jurídico.

Neste ponto, oportuno adicionar a constatação de que, inobstante a teoria constitucionalista careça de amplo reconhecimento doutrinário, o que realmente importa é o que ela representa frente ao problema de falência do sistema penal contemporâneo, isto é, colocação da necessidade de se repensar a finalidade do direito penal consoante os preceitos constitucionais já referidos.

Outrossim, no que tange a sua receptividade pelo Supremo Tribunal Federal, observou-se que, apesar do reconhecimento atribuído à dimensão material da tipicidade nos julgamentos proferidos nos últimos anos, a doutrina constitucionalista ainda não foi internalizada na sua integralidade pela jurisprudência desta Corte, uma vez que deixa de adentrar na verdadeira dimensão normativa constitucional presentes nos seus conceitos.

No Superior Tribunal de Justiça, porém, verificou-se maior abertura aos elementos recomendados por esta teoria, tendo sido empregados, no momento da análise da tipicidade material, os juízos valorativos da conduta e do resultado que propõe.

Destarte, tendo em vista o forte respaldo constitucional que detém, além da receptividade pelos Tribunais Superiores com que conta, é possível asseverar que a teoria constitucionalista do delito possui vigor para atuar positivamente frente à atual crise do sistema penal, na medida em que impõe novos filtros à imposição da sanção penal por meio da sua concepção de tipicidade material e defende a incidência do direito penal como *ultima ratio* do sistema jurídico, reservando-o às hipóteses em que os demais ramos do direito mostrarem-se insuficientes à tutela de determinadas ofensas.

Aliás, ao partir da proposta de intervenção mínima do direito penal de modo a atribuir a tutela das ofensas menos graves às outras áreas jurídicas, constata-se que a aplicação da teoria constitucionalista do delito pode se estender a todos os atores do Poder Judiciário e não só ao Juiz, consoante inicialmente objetivado. Isso, porque, conforme indicado ao final do item 2.2, o enfoque no critério da ofensividade da conduta e do resultado jurídico pode ser absorvido não só na atuação do julgador, mas também na do legislador e na dos membros do Ministério Público, por exemplo.

Por fim, salienta-se que, para ter real efetividade frente à crise enfrentada pelo sistema penal, qualquer política criminal formulada a partir de elementos da concepção de delito explorada nesta pesquisa não pode ser dissociada do conteúdo

fornecido por outras áreas do conhecimento, como a criminologia, sob pena de pecar no direcionamento de sua atuação.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAYER, Diego. Teoria do Crime: Retrospecto histórico da formação do conceito. **Atualidades do Direito**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/diegobayer/2013/08/06/teoria-do-crime-retrospecto-historico-da-formacao-do-conceito/>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 15. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2010.

BRAGA JÚNIOR, Américo. **Teoria da imputação objetiva: nas visões de Claus Roxin e Günther Jakobs**. 1. ed. Belo Horizonte: Jus Editora, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 188-281. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL, Lei 7.210, de 11 de julho de 1989. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República do Brasil**, Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen - Estatística**. Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={175C05C3-2386-4427-B91C-71FFDD34256E}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>>. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **InfoPen - Estatística**. Disponível em:
<<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={E1B3F584-BDCA-471E-9C9A-9B4AC0AE3170}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>>. Acesso em: 11 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão da decisão em que foi reconhecida a tipicidade material do fato em virtude do desvalor verificado no resultado jurídico**. Habeas Corpus nº 79.301. Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul e Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 20 nov. 2007. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700607897&dt_publicacao=07/02/2008> Acesso em 25 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão da decisão em que foi afastada a tipicidade material do fato em virtude na inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado**. Habeas Corpus nº 234.851. Defensoria Pública do Estado do Minas Gerais e Tribunal de Justiça do Estado Minas Gerais. Relator Ministro Og Fernandes. 18 jun. 2012. Disponível em
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201200417115&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em 25 nov. 2103.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que reconheceu que o porte de arma, por si só, seria suficiente para causar intimidação a uma vítima ou à sociedade e caracterizar a materialidade do delito de porte ilegal de arma de fogo**. Habeas Corpus nº 96.922. Fernando Escobar Ribeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 17 mar. 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587049>>. Acesso em 13 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que reconheceu que o fato de a arma de não estar em perfeitas condições não retira a sua idoneidade para produzir disparos, verificando-se, assim, a tipicidade material da conduta.** Habeas Corpus nº 93.816-7. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 06 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539175>> Acesso em 25 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão que afastou a aplicação do princípio da insignificância de caso em que o delito de furto foi praticado durante o repouso noturno e em concurso de agentes.** Habeas Corpus nº 11.4174. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. 05 nov. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4894609>> Acesso em 25 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da decisão em que foi reconhecida a tipicidade material do fato em razão da expressividade do valor ilicitamente auferido e da lesividade da conduta, consubstanciada no fator da reincidência.** Habeas Corpus nº 108056. Defensoria Pública da União e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luiz Fux. 14 fev. 2013. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1797823>> Acesso em 25 nov. 2013

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Crítica à execução penal:** doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DA SILVA, Angelo Roberto Ilha. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Teorias causalista, finalista e constitucionalista do delito (síntese das distinções). **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**, 2005. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050726164112678&mode=print>. Acesso em: 17 nov. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Tipicidade material e a tipicidade conglobante de Zaffaroni. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8450>>. Acesso 20 nov. 2013

HASSE, D. Z. Tipificação penal: teoria finalista e teoria social no direito brasileiro. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama. v. 13, n. 2, p. 169-191, jul./dez. 2010.

JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34-35.

MASI, Carlo Velho. As modernas teorias do delito e suas receptividades no Direito Penal brasileiro. Desafios da dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22983>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

MASI, Carlo Velho. As Modernas Teorias do Delito e suas receptividades no Direito Penal Brasileiro: desafios da Dogmática acerca dos rumos da Ciência Penal. **Conteúdo Jurídico**, Brasília - DF: 15 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40567&seo=1>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Finalidades da pena**: conceito material de delito e sistema penal integral. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa : Vega, 1998. p. 28.

SURLO, Gerlis Prata. O poder judiciário e pena privativa de liberdade: investigação dos discursos e das práticas dos juízes no âmbito da aplicação da pena. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, Brasília, vol. 4, n.2, 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2545/1549>>. Acesso em: 11 out. 2013.

WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. vol.1. São Paulo: Ática, 2000. p. 51-90 e 187-201.

YABIKU, Roger Moko. Da função das penas: do suplício do corpo ao suplício da imagem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1058, 25 maio 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8386>>. Acesso em: 18 out. 2013.