

Recebimento do artigo: 25/08/2007

Aprovado em: 30/08/2007

Antonio Carlos de Campos Pedroso

Sumário

1 Introdução. Estrutura formal do injusto punível. 2 Conteúdo material do injusto penal. Pressupostos ético-sociais para a sua configuração. A antijuridicidade material. 3 O bem jurídico como elemento central do Direito Penal. Conceito e funções do bem jurídico penal. Sua subordinação aos princípios constitucionais do Direito Penal. 4 A construção normativa dos tipos penais segundo parâmetros constitucionais. 5 O injusto penal como atentado ao sistema de valores consagrados na Constituição. Os parâmetros materiais que demarcam a construção dos tipos penais. 6 Enunciados finais. 7 Referências.

Resumo

O presente trabalho pretende realçar a estrita ligação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal. É um estudo sobre os limites constitucionais do “jus puniendi”. A respeito, estabelece dois princípios. O primeiro proclama que a norma penal deve ser construída de acordo com o sistema de valores imanente à Constituição. O segundo assevera que os parâmetros constitucionais, que demarcam o direito de punir, devem ser concretizados pelo legislador, ao elaborar a norma genérica, e, pelo juiz ao criar a norma individualizada da sentença.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Valores constitucionais. Injusto penal.

Abstract

This essay intends to emphasize the straight connection between Constitution Law and Penal Law. It is a study concerning the constitutional limits of the “jus puniendi”. Therefore, it establishes two principles. The first one proclaims that the penal rule must be constructed according to the system of Constitutional values. The second principle assures that the constitutional parameters, that demarcate the “jus puniendi”, must be concretized by the legislator, when it creates the general rule, and by the judge, when enacting the individualized rule in the judicial decision.

Key words

Human Rights. Constitutional Values. Punitive offenses.

1 Introdução. A estrutura formal do injusto penal

Constitui função da dogmática penal descrever, de maneira precisa, todos os elementos que configuram o injusto punível. A norma penal deve ser formulada previamente à ocorrência do fato punível, isto é, deve indicar, de antemão, todos os componentes de tipo penal; deve ser certa, utilizando de elementos descritivos e normativos com generalidade, evitando, porém, a utilização de cláusulas gerais; deve ser estrita, evitando referências a casos análogos ou semelhantes; e, finalmente, deve ser escrita, já que, segundo o princípio da legalidade, a lei é a única fonte do Direito Penal. O tipo penal não pode derivar de direito costumeiro. Segundo ensina Enrique Bacigalupo, a dogmática penal, para cumprir a função de garantia, exige que a norma penal se revista destas condições: *lex praevia, certa, stricta e scripta*¹. É que o círculo fechado do ilícito penal (a expressão é de Aníbal Bruno) deve estar delimitado de forma precisa para atender às exigências do Estado Democrático de Direito, cujos valores integram o texto constitucional.

Nesta ordem de idéias, a tipificação é a característica básica do sistema penal. Em suma: a construção da norma penal incriminadora, revestida das características acima apontadas, deve estar alicerçada no quadro axiológico inerente aos preceitos constitucionais. Realmente, os valores de convivência encontram-se delineados na Constituição, sendo que suas normas prevalecem sobre as de ordem infraconstitucional. A norma penal incriminadora tem função valorativa. É o que ensina Giuseppe Bettiol, *in verbis*: “todos sabem que o Direito Penal é, antes de mais, tutela de valores, na medida em que se esforça por dirigir a atividade humana, de modo que esta siga sempre aquela ordem moral e social que o homem, como pessoa, deve respeitar”².

Pretendemos estudar, de início, a construção normativa do ponto de vista formal, isto é, a analítica do tipo penal. A seguir, intentamos atingir ao conteúdo material do tipo: o bem jurídico penal. Realmente, não basta a análise do conceito. É necessária, também, a da teleologia. À parte formal, deve se seguir a parte material. Bem adverte, a respeito, o penalista italiano já citado: “Numa concepção teleológica do Direito Penal, não se pode prescindir do conceito, e portanto, da lógica, como o próprio nome indica. Mas a lógica de que este método se serve é uma teleologia, uma lógica do conteúdo, uma lógica concreta, toda aderente à realidade moral e social do direito penal, a qual não descamba, por conseguinte, nos reinos da

¹ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte General. Madrid: Ediciones Akal, 1990, p. 32 e seg.

² BETTIOL, Giuseppe. **O Problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: LZN, 2003, p. 100.

abstração generalizadora, antes se mantém ligada aos juízos de valor que podem ser formulados acerca das noções dos diversos crimes”³. Assinala ainda o mestre que a “dogmática jurídico-penal deve ser uma dogmática teleológica, concreta, de conteúdo”⁴. Na verdade, a análise conceitual de fato punível não pode estar desconectada da pesquisa do bem jurídico penalmente tutelado.

Vejam, de início, a análise dos elementos do fato punível. Este tem sido conceituado como o fato típico, antijurídico e culpável. A punibilidade é a consequência da prática desse fato, não integrando, assim, as notas que o caracterizam. Giuseppe Bettiol, referindo-se aos elementos constitutivos do crime, assinala que é necessária a análise da noção substancial do crime, orientada para a consideração do bem jurídico. Contudo, analiticamente considerado o fato punível se perfaz quando o agente realiza um ato previsto no tipo, revestido de antijuridicidade e de atuação dolosa ou culposa. Como diz Bettiol, de quem nos valem para a presente pesquisa, *nullum crimen sine actione; nullum crimen sine injuria; e nullum crimen sine culpa*⁵.

A primeira nota característica do crime é a da tipicidade. O crime é, antes de mais nada, uma ação que produz um resultado. Este se liga a ação pelo nexo de causalidade. Mas a ação só pode ser considerada ilícito penal, se for realizada conforme o modelo descritivo. O tipo, nestas condições, constitui a previsão de todos os elementos descritivos e normativos que integram o ilícito penal. Segundo Hans Welzel, é “uma figura conceitual que descreve mediante conceitos formais possíveis de conduta humana”⁶. Para que o fato seja considerado crime, é preciso

³ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 103.

⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte generale. 7. ed. Pádua: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1969, p. 68. Acrescenta, ainda, o penalista que “tudo isto (refere-se ao bem jurídico penalmente tutelado) responde a uma exigência substancial, porque os valores que o direito tutela não são na realidade social desorganizados entre si, mas se apresentam numa ordem que deriva do significado e do relevo atribuído pelas condições ético, econômicas e políticas e de indubitável afinidade social entre eles” (op. cit, p. 67).

⁵ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale**. Parte generale. 7. ed. Pádua: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1969, cap. II, intitulado Gli Elementi Constitutivi del Reato, pags. I, II e III, p. 205, 254 e 329. Assinala, ainda, em outra obra, que o crime é “um fato humano típico, antijurídico e culpável para o qual é prevista como consequência jurídica, uma pena” (ver: Istituzioni di Diritto e Procedura Penale, Pádua, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966, p. 14). No mesmo sentido, é a lição de Edmund Mezger, para quem o crime é “o conjunto dos pressupostos da pena”, sendo estes últimos, a conduta humana que transgredir o preceito jurídico e se apresenta revestida de culpabilidade (ver Mezger, Edmund. *Derecho Penal, Parte General, Libro de Estudio*, tradução de Conrad A. Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 77 e subsequentes).

⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte General, Jürgen. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez, Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 59.

90 que ele se enquadre num tipo penal. É imprescindível que haja subsunção do fato no modelo legal. Quando isto ocorre, diz-se que há tipicidade.

Cumprе anotar, para fins do presente estudo, que, a partir da análise da tipicidade, já se encontram presentes conotações valorativas, que exigem, no momento da aplicação da norma, juízos de valor. São os conceitos normativos. Como ensina Jürgen Baumann, ao lado das características descritivas do tipo, existem as de ordem normativa, dependentes de um sistema de valores⁷. Assim sendo, é importante salientar que a norma penal deve ser sempre examinada sob a égide do quadro constitucional de valores. Os tipos em aberto, como salienta Ricardo Antunes Andreucci, precisam ser concretizados pelos princípios gerais do direito⁸. Exigem estimativa judicial. Dependem da interpretação conforme à Constituição.

A antijuridicidade é, na ordem indicada, o segundo elemento caracterizador do ilícito penal. Para que o fato descrito na norma penal incriminadora seja considerado crime é preciso que ele seja antijurídico, isto é, contrário ao direito. O caráter antijurídico vem da análise dos preceitos de todo o sistema normativo. Está ligado, como veremos, aos marcos normativos constitucionalmente prefixados. Conduta antijurídica é a que transgride aos preceitos normativos. Crime é, assim, o ilícito típico⁹. É o fato típico revestido de antijuridicidade. Como ensina Hans Heinrich Jescheck, a antijuridicidade é a “contrariedade ao direito”. E acrescenta: “a essência da antijuridicidade se encontra na violação de um comportamento relativo ao dever de atuar ou de omitir o que estabelece uma norma jurídica”¹⁰. Cumprе ressaltar a ocorrência de ações que, apesar de abstratamente descritas no tipo penal, devem ser consideradas como revestidas de licitude. Isto decorre de especiais situações em que ocorre a atuação do sujeito. Causas de justificação, segundo Francesco Antolisei, constituem “aquelas situações especiais nas quais um fato, via de regra

⁷ BAUMANN, Penal. **Conceptos fundamentales y sistema**. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p.78.

⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. Tese. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 29; 30.

⁹ Como preleciona Aníbal Bruno, “a antijuridicidade é um dos elementos conceituais do crime. Não basta que a ação seja típica, que retrace na realidade da vida a definição da norma penal; é necessário ainda que seja antijurídica para que sobre ela recaia a reprovação da ordem do direito, e que o agente penetre no processo de sua realização com os atributos da culpabilidade para que se venha a ter um fato punível”. A culpabilidade, como elemento subjetivo do crime, como a vontade do agente que se dirige à prática do fato típico e antijurídico, será apreciada no momento próprio. Mas, como salienta Aníbal Bruno, só podem ser considerados crimes atos que, além de tipificados, violam os preceitos normativos. Conferir: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional do Direito, 1956, v. I, p. 347 e subsequentes.

¹⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch Casa Editorial, v. 1, p. 315.

proibido pela lei penal, não constitui crime em virtude da existência de uma norma que o autorize ou o impõe”¹¹. As causas excludentes da antijuricidade do fato típico são a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de um direito e o consentimento do ofendido nos casos de bens jurídicos disponíveis. São justificativas ou discriminantes do ilícito. Quem atua nestas situações está defendendo um bem jurídico relevante. Nestas hipóteses, como salienta Giuseppe Bettiol, o crime é apenas aparente¹². Inexistindo as apontadas causas de exclusão, o fato, além de típico, é revestido de antijuridicidade. Esta é, portanto, a segunda nota característica do injusto penal.

A terceira nota que caracteriza o crime é a culpabilidade. Trata-se de elemento relevante porque, segundo Giuseppe Bettiol, “revela a base humana e moral sobre a qual a noção de crime se enraiza”. O fato típico e antijurídico só configura o ilícito punível se houver culpabilidade do agente. À realização externa (ação e resultado, unidos pelo nexo causal), revestida de ilicitude, deve corresponder o momento interno, ou seja, a vontade consciente do agente de praticar a ação que lesiona o bem jurídico penalmente tutelado. A responsabilidade provém do vínculo entre o momento externo (injusto típico) e o momento interno, subjetivo, da vontade consciente dirigida à violação do preceito normativo. *Nullum crimen sine culpa*. Diz Giuseppe Bettiol que, sob o perfil normativo, a culpabilidade pode ser definida como “um juízo de reprovação decorrente da prática de um fato lesivo de um interesse penalmente protegido”, acrescentando que “os elementos sobre os quais o juízo se baseia são a capacidade de entender e de querer, a voluntariedade do fato nos limites respetivos do dolo e da culpa e a possibilidade de uma norma motivação da vontade” (tradução nossa)¹³. Referido mestre, defensor da concepção normativa da culpabilidade, diz que esta só adquire relevo quando referida ao mundo dos valores tutelados¹⁴. Os valores refletem a natureza ética do Direito

¹¹ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. 4. ed. Milão, Dott. ^a Giuffrè Editore, 1997, p. 267. Diz o citado mestre: “le cause di giustificazione possono definirsi: quelle speciale situazioni nelle quali un fatto, che di regola è vietato dalla legge penale, non costituisce reato per l'esistenza di una norma che lo autorizza o lo impone”. E acrescenta: “se si ricerca la ragione sostanziale per cui queste cause eliminano l'antiquiridicità, non é difficile ravvisarla nella mancanza di danno sociale”.

¹² BETTIOL, Giuseppe, **Diritto penale**. Parte Generale. 7. ed. Pádua: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1969, p. 278.

¹³ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte Generale. Settima edizione aggiornata, Pádua, Cedam: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1969, p. 340

¹⁴ BETTIOL, Giuseppe, op. cit., p. 162; 163.

92 Penal. Missão do Direito Penal é a de “proteção dos valores elementares de convivência, de caráter ético-social” segundo lição de Hans Welzel¹⁵.

Convém salientar que há casos em que ocorre a exclusão da culpabilidade. Os penalistas referem-se à não exigibilidade de um comportamento lícito (ou diverso). Isto acontece quando as circunstâncias determinantes da ação são anormais, como no erro substancial, na coação moral irresistível e na obediência à ordem, não manifestamente ilegal de superior hierárquico. Em suma: há exclusão da culpabilidade sempre que não se pode exigir, em circunstâncias anormais, um comportamento diverso. Como diz Edmund Mezger, “não procede com culpabilidade, o autor se admite conforme ao direito que, nas circunstâncias do caso particular, não se podia dele exigir outra forma de atuação”¹⁶.

O fato humano poderá ser considerado típico e antijurídico, mas não será tido como crime se não for realizado com culpa em sentido amplo, nas modalidades de dolo e de culpa *strictu sensu*¹⁷. Constituindo as normas penais “expressões vivas de exigências morais” (a expressão é de Bettiol), não se pode conceber o crime sem a vinculação entre a vontade do agente com o evento lesivo. *Nullum crimen sine culpa*.

Nesta ordem de considerações, pode-se concluir que o crime, analiticamente considerado, é um fato típico, antijurídico e culpável. Como já salientamos, a

¹⁵ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general, 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p.5. No mesmo sentido, a lição de Hans Heinrich Jescheck que assinala ao Direito Penal a missão de proteger bens jurídicos e valores ético-sociais da ação. Assim se expressa o citado professor: “o direito penal tem por missão proteger bens jurídicos. Em toda a norma jurídico-penal encontram-se subjacentes juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, portanto, merecedores de proteção através do poder coativo do Estado representado pela pena pública”. Tais valores, acrescenta o penalista, “convertem-se em bens jurídicos graças à incorporação na esfera de proteção da ordem jurídica”. A lesão é, assim, o desvalor do resultado. Conf. JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1978, p. 9.

¹⁶ MEZGER, Edmond. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Tradução da 6.ª edição alemã por Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1998, p. 272.

¹⁷ Assim se expresa Giuseppe Bettiol: “para que um fato possa ser considerado crime não basta que o sujeito ativo tenha realizado materialmente o próprio ato enquanto lesivo a um bem juridicamente protegido, mas é necessário que tenha realizado também com culpabilidade. Em outros termos, sem culpabilidade, não se é o crime. A culpabilidade é indubitavelmente uma dos elementos do crime e é precisamente o elemento que, mais do que qualquer outro, exprime a base humana e moral sobre a qual se construiu a noção de crime” Conferir: BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte generale. Settima edizione aggiornata, Pádua, Cedam: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 19969, p. 329 e seguintes.

punibilidade não pode integrar seu conceito. É o que salienta Francesco Antolisei, *in verbis*: “a punibilidade, como resulta do significado literal da expressão, não é outra coisa que a aplicabilidade da pena, isto é, a possibilidade jurídica de se impor referida sanção. Com mais precisão, tal possibilidade constitui o efeito característico do crime”. Salienta, também, Giuseppe Bettiol que a punibilidade não é um elemento que tenha uma autonomia estrutural¹⁸.

2 Conteúdo material do injusto penal. Pressupostos ético-sociais para a sua configuração. A antijuridicidade material.

Esta é uma concepção puramente normativa do fato punível. Nesta altura da exposição, duas considerações importantes se impõem.

Em primeiro lugar, uma reflexão sobre o sentido dos tipos penais que se encontra subjacente à descrição normativa. É o que salienta Edmund Mezger, *in verbis*: “assim como é necessário ter uma idéia exata dos diferentes elementos e da estrutura dos tipos penais, do mesmo modo é imprescindível compreender o seu conteúdo, a saber, o sentido do tipo em conjunto”¹⁹. É necessário atentar à valoração que a estrutura traduz. Deve-se considerar, no caso, o bem jurídico protegido pelo preceito normativo penal.

Em segundo lugar, um questionamento sobre os critérios para a configuração dos bens jurídicos que venham a merecer a proteção do Direito Penal. Tais bens decorrem de marcos normativos prefixados na Constituição. Como ensina Pérez Luño, os valores constitucionais constituem critérios básicos para “ordenar a convivência e estabelecer seus fins”²⁰. Logo, a construção normativa dos tipos

¹⁸ ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. Parte generale. 40. ed. Milão, Dott. A. Giuffrè, 1997, p. 749; Giuseppe Bettiol ensina: “da definição formulada (refere-se à definição analítica) não ficou constando o elemento da punibilidade porque este não é um elemento que tenha uma autonomia estrutural. A punibilidade é antes de tudo uma nota genérica de todo o crime, enquanto este, quando perfeito estruturalmente em cada um de seus elementos, é um fato punível, que reclama necessariamente uma pena. Podemos, portanto, dizer que o crime é todo fato humano lesivo de interesses penalmente tutelados, os quais podem dar margem à censura de seu autor e para os quais devem estar prevista como consequência jurídica uma pena”. Conferir: BETTIOL, Giuseppe, *op. cit.* p. 195.

¹⁹ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Tradução da 6ª edição alemã por Conrad A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 155.

²⁰ PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos**. Estado de Derecho y constitucion. 5. ed. Madrid: Editorial Technos, 1995, p. 288. Explica o citado mestre que “os valores constitucionais têm dimensão orientadora, no sentido dinâmico, de ordem jurídico-política para metas e fins predeterminados, tornando ilegítima qualquer disposição normativa que se dirija a fins distintos ou que impossibilite a consecução dos enunciados do sistema axiológico constitucional” (*op. cit.*, mesma página).

94 penais deve ser dirigida pelos princípios fundamentais inseridos, explícita ou implicitamente, nos textos constitucionais. A Constituição, como apregoa Antonio Garcia Pablos, é o “ponto de referência obrigatório para a seleção e hierarquização dos valores que o Direito Penal está chamado a proteger”²¹. A perspectiva axiológica, de ordem constitucional, é o alicerce para a seleção dos bens jurídicos que serão descritos nos tipos da parte especial do Direito Penal. Em outras palavras: a missão do Direito Penal consiste na tutela de bens jurídicos mediante a proteção de valores elementares de ação ético sociais, como ensina Hans Welzel²². No mesmo sentido, o pensamento de Guillermo Sauer, *in verbis*: “O Direito Penal tem por tarefa criar princípios e regras segundo os quais o injusto penal deve ser tratado, atendendo às exigências estatais, culturais, sociais e éticas”²³. Mais incisivo o pronunciamento de Jürgen Baumann, segundo o qual o Direito Penal deve proteger os valores mais elevados de convivência, chegando o citado mestre a afirmar que “a essência do autêntico Direito Penal concorda com os dez mandamentos”²⁴.

Em outras palavras: a atividade legislativa deve proceder de acordo com a orientação da política criminal, projetada pela axiologia constitucional. No Estado Democrático de Direito não se podem conceber normas incriminadoras que ultrapassem os limites da tutela de bens jurídicos fundamentais. Inaceitável uma concepção lógico-formalista. Deve prevalecer a concepção teleológica. A missão da Dogmática Penal tem como finalidade configurar esquemas normativos que venham a traduzir os princípios decorrentes da teleologia do sistema constitucional.

Assim sendo, é inegável que os tipos penais revelam um sentido valorativo e que esse sentido está conectado com os princípios de convivência constitucionalmente consagrados. As descrições típicas constantes das normas penais revelam valores e estes são os que decorrem dos princípios axiológicos inerentes ao sistema constitucional. O objeto da tutela penal deve ser constituído de “um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados”, como ensina

²¹ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introduccion. Madrid: Univesidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 270.

²² WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte General. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

²³ SAUER, Guillermo. **Derecho penal. Parte general**. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, p. 7.

²⁴ BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema**. Introducción a la Sistemática sobre la base de casos. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 3 e seguintes.

Francesco C. Palazzo²⁵. O crime é, segundo Franco Bricola, “uma ofensa a um valor constitucionalmente significativo”²⁶.

A analítica dos elementos integrantes da tipicidade penal é, apenas, uma estrutura que serve para a concretização dos bens jurídicos. No quadro dos tipos delitivos subjazem valores fundamentais da ordem social. Heinrich Henckel, após se referir à “recepção da ordem social de valores pelo Direito”, demonstra que esses valores se refletem no Direito Constitucional e, através desta disciplina, de maneira significativa, no Direito Penal²⁷. Portanto, todo delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico delimitado pela ordem ético social de valores constantes, de maneira explícita ou implícita, na Constituição. Importa, assim, a pesquisa do substrato material do injusto penal. É o que os penalistas denominam de antijuridicidade material. A tripartição, que estudamos acima, é, segundo Giuseppe Bettiol, meramente programática. A essência do fato punível é revelada pela antijuridicidade material. Diz ainda o penalista que o telos da norma é o elemento substancial à sua caracterização. Logo, a antijuridicidade material é a negação do valor tutelado pela norma jurídica²⁸.

3 O bem jurídico como elemento central do direito penal. Conceito e funções do bem jurídico. Sua subordinação aos princípios constitucionais do direito penal

A teoria da antijuridicidade material veio a revelar a importância do bem jurídico penal. Este é o elemento central do Direito Penal. O sistema penal é teleologicamente orientado pela noção de bem jurídico. Com efeito, os tipos penais constantes da Parte Especial do Código Penal devem alicerçar-se em bens jurídicos devidamente concretizados. Como ensina Hans Welzel, cabe à Parte Especial

²⁵ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 84.

²⁶ BRICOLA, Franco. **Novissimo digesto italiano**, verbete intitulado “Teoria Generale del Reato”.

²⁷ HENKEL, Heinrich. **Introduccion a la filosofia del derecho**. Fundamentos del Derecho. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968. Assim se expressa o citado professor: “É no Direito Constitucional que se refletem os valores principais e retores da sociedade e, com ele, a orientação valorativa geral para todos os demais setores do Direito Positivo. Como é sabido o mesmo rege, de um modo muito especial para o catálogo de tipos do Direito Penal... A tábua de desvalores que percebemos nas descrições de delitos é somente um reflexo negativo daqueles valores que devem ser protegidos mediante as penas dos tipos delitivos” (p. 417-418).

²⁸ Conferir: BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte generale, op. cit. p.190 e subsequentes; do mesmo autor ver: **O Problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 100 e seguintes.

96 delimitar as classes concretas particulares de delitos²⁹. Todo modelo da figura penal deve revelar, de modo inequívoco, o bem jurídico que merece a proteção jurídica. Podemos até acrescentar que a Parte Especial, integrando os ilícitos penais em títulos e estes em capítulos, revela uma hierarquia de bens jurídicos merecedores de proteção penal. É que a classificação dos tipos tem por critério a importância ético-social dos valores a serem atingidos pelo ordenamento jurídico. Há uma seqüência hierárquica na concretização dos tipos penais abstratos.

Assim sendo, vejamos o conceito, as funções e a subordinação dos bens jurídicos penais aos princípios fundamentais do Direito Penal decorrentes dos paradigmas constitucionais.

De início, são imprescindíveis, para a análise da questão em estudo, algumas considerações sobre o entendimento doutrinário a respeito do bem jurídico. Os valores que se referem à coexistência humana e que possibilitam o projeto de realização dos membros da comunidade entre si, são valores jurídicos. Carlos Cossio ensina que tais valores são os seguintes: ordem e segurança, paz e poder, solidariedade e cooperação. E acrescenta que os mesmos são presididos pelo valor supremo, o de justiça³⁰. Os valores da ordem social que constituem bens vitais imprescindíveis à convivência humana são os bens jurídicos, como ensina Hans Heinrich Jescheck. Diz ainda o mencionado jurista que “eles se convertem em bens jurídicos quando são incorporados à esfera de proteção da ordem jurídica”³¹. O Direito Penal, como ciência valorativa, tem por objetivo a proteção de bens jurídicos vitais, imprescindíveis à realização da pessoa humana como ser social, no âmbito da comunidade. Os valores que são por ele recepcionados constituem os bens jurídicos penais. Esses valores, como veremos, devem estar em consonância com o quadro axiológico dos valores constitucionais. A norma penal deve concretizar a norma constitucional.

Realmente, o critério de aferição do legislador, ao enunciar as características normativas do tipo, é indicado pelo Direito Constitucional. Nesta disciplina se encontram os valores supremos que delimitam o conteúdo das normas penais incriminadoras. Segundo ensina Heinrich Henkel, o Direito recepciona uma ordem social de valores. No Direito Constitucional, explica o mencionado jurista, “se refletem os valores principais e retores da sociedade e, nele, a orientação valorativa

²⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 37.

³⁰ Conferir, sobre o tema, o estudo: AFTALION, Henrique; OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Ed.La Ley, 1967, p. 970 e subsequentes.

³¹ HESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch Casa Editorial, 1987, p. 9 e seguintes.

geral para todos os demais setores do Direito positivo”. No que se refere ao Direito Penal, diz o citado jurista, que os princípios constitucionais regem, de maneira muito especial, o catálogo dos tipos penais³².

Do exposto, segue-se que os valores ético-sociais, reconhecidos pelo Direito Constitucional, passam a constituir os bens jurídicos. Quando o legislador penal, norteado pelos princípios fundamentais constantes da norma constitucional, realiza a construção dos tipos penais, ele incorpora referidos valores ao Código Penal, convertendo-os em bens jurídico-penais³³.

Vejam, em seguida, as funções dos bens jurídico-penais, funções que decorrem da sua conceituação. As funções são quatro: a função de garantia ou de limitação do *jus puniendi* do Estado, a função teleológica ou interpretativa, a função de individualização do preceito normativo e a função sistemática.

A função de garantia diz respeito à construção normativa dos tipos penais. Com efeito, deve o legislador descrever todos os elementos que integram a figura típica, de forma delimitada, mediante preceitos construídos de forma prévia à realização do evento lesivo. Os modelos incriminadores devem decorrer de uma *lex praevia, certa, scripta e stricta*. Além disso, devem estar em consonância com os valores supremos, de ordem constitucional.

A função teleológica, ou interpretativa, diz respeito aos critérios hermenêuticos de interpretação dos preceitos da legislação penal. A pesquisa do sentido e alcance dos preceitos normativos, isto é, a pesquisa, no contexto de cada instituição, do princípio axiológico que a anima para a equitativa aplicação do mesmo ao caso concreto, resulta na necessária análise do bem jurídico protegido. Este último é o critério de interpretação. Diz Edmund Mezger que não basta uma compreensão acerca dos elementos da estrutura dos tipos penais, é imprescindível o entendimento de seu sentido, isto é, do bem jurídico efetivamente protegido³⁴. Esse critério aponta

³² Conferir HENCKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968.

³³ Segundo Hans Welzel, “a missão do Direito Penal é a que se refere à proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos valores elementares da ação ético-social”. Conferir WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.5 e seguintes. No mesmo sentido, esclarece Jürgen Baumann que “no âmbito da totalidade do direito corresponde ao direito penal, a especial missão de proteger com singular energia esferas particularmente importantes da convivência social ou os interesses mais importantes no aspeto social”. Ver, a respeito, BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal, conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 6 e seguintes.

³⁴ Conferir, a respeito, o texto do jurista alemão. MEZGER, Edmund. **Derecho penal. Libro de estudio**. Tradução de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 256 e seguintes.

98 para a *ratio legis*, a proteção dos bens jurídicos para os quais as instituições de Direito Penal foram construídas. Assim sendo, os bens jurídicos tem função teleológica porque relevam os valores para os quais a construção normativa é dirigida. Como bem assinala Giuseppe Bettiol, a dogmática penal deve ser uma dogmática teleológica.

A terceira função é a sistemática. O bem jurídico é elemento indispensável para a ordenação dos fatos puníveis. Diz Aníbal Bruno que “o crime passou a ser entendido como ofensa ou ameaça a um bem jurídico penalmente tutelado. E essa idéia do bem jurídico que a norma penal se destina a proteger e que se apresenta como o centro de gravidade do preceito contido no tipo veio a oferecer o necessário critério para a ordenação dos fatos puníveis”³⁵. O bem jurídico passa a ser o critério para uma classificação ordenada dos fatos jurídicos em função de sua menor ou maior gravidade relativamente à proteção dos valores vitais da comunidade. Aliás, toda disciplina jurídica deve procurar a unidade sistemática. O sistema deve ser coerente. Para esta realização, o bem jurídico é o critério que permite a classificação das modalidades de crime conforme a gravidade das lesões que atingem valores sociais vitais da comunidade.

Quanto à função individualizadora, pensamos que se trata de função de suma relevância, já que diz respeito à concretização das medidas punitivas previstas com a finalidade de prevenir e reprimir as infrações penais. Segundo Aníbal Bruno, trata-se do momento em que “a sanção prescrita na lei se concretiza na sua aplicação ao fato vivo, àquele delinqüente real, objeto do julgamento”³⁶. Nesta função manifesta-se o critério de mensuração da pena. Diz respeito ao momento concreto de sua fixação que, segundo os parâmetros do art. 59 do Código Penal, deve atentar à gravidade do bem jurídico ofendido. Como salienta o citado professor Aníbal Bruno, “a graduação da pena já se realizou, embora parcialmente, na norma penal, tendo em vista o bem jurídico protegido, quando ela juntou à definição do tipo, a sanção que lhe deve corresponder. Mas, a definição do fato punível na lei é uma fórmula abstrata, necessariamente incompleta, a que as circunstâncias e conseqüências do crime realmente vivido, acrescentam notas que lhe aumentam ou atenuam a gravidade”³⁷.

³⁵ Conferir: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte especial. São Paulo: Forense, tomo 4, p. 47.

³⁶ Vide: BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Forense, 1962, tomo 3, p. 150 e seguintes.

³⁷ Conferir: BRUNO, Aníbal, **Direito penal**. Parte geral. São Paulo: Forense, 1962, tomo 3, p.151 e subsequentes.

Realmente, a dosimetria, que tem por base a gravidade da lesão ao bem jurídico ofendido, é exigência da concretização do preceito genérico e abstrato da norma penal incriminadora. Guillermo Sauer refere-se, a esse respeito, “à tarefa até agora raramente reconhecida na teoria da maior concretização e individualização das normas da lei”³⁸.

A função do bem jurídico é a de possibilitar a concretização do preceito da norma penal. É a de possibilitar o *jus aequum*. Este provém da sentença judicial que, no nosso entender, é um ato de construção prudencial. Entendemos que o direito judicial constitui complementação do direito legal; que a tarefa complementar se realiza através da dimensão criadora da prudência; que a resultante desse processo é a equidade, como justiça do caso concreto³⁹. O bem jurídico tem por função possibilitar esta complementação, através das normas individualizadas⁴⁰. À tipificação, acima estudada, deve se seguir a concretização. As garantias constitucionais são as que se referem à construção legislativa como à construção judicial. O critério tipificador exige, *necessariamente*, a concretização. Com efeito, a contemplanção jurídica a que se refere Heinrich Henkel reveste-se de generalização ou é individualizadora. Ocorre a primeira hipótese, “quando se limita à caracterização das espécies ou grupos e, em consequência, está orientada ao tratamento igual de casos, segundo características comuns”, e a segunda, “quando se abre à singularidade do caso, no sentido de demonstrar-se disposta a tomar em conta as características individuais em questão de comportamento, do processo de comportamento e de todas as demais circunstâncias, a fim de, com base em tais características individuais, chegar a um tratamento desigual”⁴¹.

Os posicionamentos acima assumidos já entremostraram que referidos bens jurídicos resultam da incorporação, no sistema, de valores supremos, ou valores de

³⁸ Sauer ensina: “os tipos da lei e os caracteres particulares do tipo estão concebidos de uma maneira tão geral e sistemática que sempre abarcam casos das mais diversas espécies; a lei somente pode conceber o termo médio aproximado, enquanto que os matizes concretos, que somente podem ser fixados pelo juiz, podem dar ao caso uma solução correta”. Conferir SAUER, Guillermo. **Derecho penal. Parte general**. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 99.

³⁹ Conferir nossa tese de Livre Docência. PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas. Teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 156 e subsequentes.

⁴⁰ Entendemos por norma individualizada o imperativo autorizante específico, derivado das normas genéricas e abstratas, limitado à extensão e duração do caso singular, a fim de dimensionar, segundo parâmetros legais, o conteúdo dos direitos subjetivos e dos deveres jurídicos previstos, em caráter prospectivo, nas descrições típicas das referidas normas, possibilitando, assim, o necessário e proporcional equacionamento entre o *ius* e o *debitum* relativos à relação intersubjetiva. Conferir obra supra referida, p. 122 e seguintes.

⁴¹ Conferir HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Fundamentos del derecho. Tradução de Enrique Gimbertnat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968, p. 574.

ordem constitucional. Há uma hierarquia de valores, previstos na Constituição, que deve servir de modelo para a concretização legislativa em matéria penal. De fato, o Direito Penal deve limitar-se à proteção de valores fundamentais de ordem social constitucionalmente consagrados. A legitimidade constitucional do Direito Penal exige que referidos parâmetros sejam plenamente acolhidos no momento da construção normativa. Os valores constitucionais devem ser incorporados ao sistema penal. A legislação penal deve estar em conformidade com o sistema de valores constitucionais, que exigem a tutela do Direito Penal. Eduardo Garcia de Enterría, ao se referir ao valor normativo da Constituição, assevera que esta contém uma “supralegalidade material”, tendo proeminência hierárquica sobre todas as demais normas do sistema⁴².

Realmente, em virtude do princípio da supremacia da Constituição, os bens jurídicos são inferidos, em última análise, dos preceitos constitucionais. De acordo com o princípio da construção gradualística do ordenamento jurídico, formulado por Hans Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma de categoria superior. Nestas condições, as normas colocadas em patamares superiores passam a ser fontes normativas das que lhe são dependentes. No caso da Constituição, esta ocupa o primeiro patamar do sistema de Direito Positivo, de modo que ela possibilita a criação de todo o direito, através das normas genéricas, das normas regulamentares e das normas individualizadas. Por outras palavras: em virtude de sua proeminência hierárquica, a Constituição consagra um quadro axiológico que serve de orientação a toda a produção normativa⁴³.

Do exposto, é lícito concluir que há estrita correspondência entre a Constituição e o desvalor do injusto ou injusto punível. A norma penal, tendo por natureza caráter infraconstitucional, deve ser construída de acordo com o quadro axiológico dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. Este circunscreve, dentro de margens precisas, a descrição dos elementos componentes do tipo penal,

⁴² ENTERRIA, Eduardo Garcia. Constituição como norma, **Revista de Direito Público**, n. 78, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

⁴³ Segundo o prof. Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais, com relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, caracterizam-se pela superioridade jurídica, pela supralegalidade, pela supremacia. Essa nota, diz o citado mestre, confere à Lei Maior, “o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. Essa supremacia afirma-se mediante os diferentes mecanismos de controle da constitucionalidade”. Adiante acrescenta que a supremacia da Constituição traduz-se em supralegalidade formal e material. A supralegalidade formal identifica a Constituição como a fonte primária da construção normativa... E a supralegalidade material subordina o conteúdo de toda a atividade normativa estatal à conformidade com os preceitos e regras da Constituição”. Conferir: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. 2003, p. 107; 164.

constituindo paradigma da construção normativa do Direito Penal. Heinrich Henkel, ao se referir à recepção, pelo Direito, da ordem social de valores ensina: “É no Direito Constitucional que se refletem os valores principais e retores da sociedade e, com ele, a orientação valorativa geral para os demais setores do Direito Positivo. E acrescenta: “Como é sabido, o mesmo rege, de maneira muito especial, para o *catálogo de tipos do Direito Penal*. Enfim, conclui: “A tábua de desvalores que percebemos nas descrições dos delitos é só um reflexo negativo daqueles valores que devem ser protegidos mediante as penas dos tipos delitivos” (grifos do autor)⁴⁴.

Isto posto, cumpre, nesta altura da exposição, responder à seguinte e necessária indagação: quais são os princípios fundamentais, as estruturas valorativas, de ordem constitucional, que constituem os dados prévios para a correta construção normativa dos tipos penais? É a matéria do capítulo subsequente.

4 A construção normativa dos tipos penais segundo parâmetros constitucionais

A Constituição Federal, como norma básica de todo ordenamento jurídico, indica, também, no âmbito do Direito Penal, os princípios fundamentais que delimitam o conteúdo das normas penais incriminadoras. Esses princípios constituem limites inafastáveis à construção legislativa⁴⁵. O professor Antonio Garcia Pablos, da Universidade Complutense, ensina que essa limitação deve ser apreciada sob o ponto de vista formal e sob o ponto de vista material. Limites formais, diz o citado mestre, são os que afetam os pressupostos e condições de exercício do *jus puniendi*. Limites materiais são os que dizem respeito ao conteúdo dos preceitos penais, já que, como demonstramos acima, a determinação dos bens jurídicos a serem protegidos depende do quadro de valores constitucionalmente consagrados⁴⁶. Nesta

⁴⁴ HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho**. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid: Taurus Ediciones, 1968, p. 417 e subsequentes.

⁴⁵ O Prof. Ingo Wolfgang Sarlet ensina: “Ainda nesse contexto (o das limitações) há de reconhecer a pertinência da lição de Gomes Canotilho, ao ressaltar a dupla dimensão de vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu à proibição de edição de atos legislativos contrários às normas dos direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativa. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também, um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informativos de toda a ordem jurídica”. Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 363.

⁴⁶ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introducción. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, Madrid, 1995, p. 231 e seguintes.

102 ordem de considerações, a Constituição é o paradigma da construção dos tipos penais. Como afirma Hans Heinrich Jescheck, “o princípio do Estado de Direito determina como deve se configurar o Direito Penal para que corresponda ao ideal de Estado justo”⁴⁷.

Limites formais são os que dizem respeito ao princípio da legalidade, com os corolários das garantias de ordem criminal, jurisdicional e de execução. Limites materiais são os que concernem ao conteúdo da tipicidade penal, como os da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima e subsidiária do Direito Penal, da culpabilidade, da proporcionalidade, da humanidade, da ofensividade, da insignificância e da individualização da pena. Segundo a professora Anna Candida da Cunha Ferraz, tais princípios constituem, em última análise, atuação do princípio da dignidade da pessoa humana que ocupa, no nosso Direito, espaço único⁴⁸. Esse princípio é norma que articula todo o quadro de valores que a Constituição, explícita ou implicitamente, expressa.

Vejamos o princípio da legalidade, ou da reserva legal, consubstanciado no cânon do *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. A construção normativa do Direito Penal está disciplinada pela Constituição (art. 5º, XXXIX). A norma penal, consagrando o princípio da lei maior, delimita o exercício do *jus puniendi* do Estado, asseverando que a descrição dos tipos e a cominação das correspondentes sanções devem ser cogitadas antes da realização da conduta criminosa. É o princípio da anterioridade da lei penal a que se refere o art. 1º do Código Penal. O membro da comunidade precisa conhecer, de antemão, quais são os comportamentos que se opõem aos valores materiais incorporados ao sistema. O ilícito penal consiste em uma lesão que atenta contra os valores vitais da comunidade. Constituem exigências do princípio em estudo que a norma penal seja uma lei previamente declarada, que seja certa, escrita e estrita: *lex praevia, certa, stricta e scripta*. O legislador, no ato

⁴⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, v. 1, p. 34.

⁴⁸ Ensina a Profa. Anna Candida da Cunha Ferraz: “O princípio da dignidade humana, ou da dignidade da pessoa humana alcança, no contexto da Constituição de 1988, espaço ímpar. Enunciado dentre os princípios constitucionais do Estado brasileiro (art. 1º, III), ele preordena a compreensão e a interpretação dos direitos sediados no núcleo central da Constituição (Título II), a organização dos poderes do Estado e, particularmente, a atuação dos poderes na conformação legislativa dos direitos, quando necessária ou possível, e na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais consagradoras, limitadoras ou restritivas de direitos, seja pelo Poder Executivo no exercício da administração e do estabelecimento das políticas públicas, seja pelo Poder Judiciário, no exercício especial de guarda da Constituição e da jurisdição constitucional das liberdades”. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988. In: **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Editora Edifício, 2006, p. 115 e seguintes.

de criação normativa dos tipos penais e o juiz, no ato de concretização da norma individualizada da sentença, estão submetidos a essas exigências.

O princípio da legalidade constitui, nesta ordem de considerações, garantia criminal, garantia jurisdicional e garantia de execução: garantia criminal, porque a lei precisa ser prévia, estrita, certa e escrita; garantia jurisdicional, porque ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito da sentença condenatória proferida por autoridade competente; e garantia de execução, porque a sanção deve ser executada na forma prevista em lei, sendo assegurados ao preso os direitos que promanam da dignidade da pessoa, a saber, a integridade física e moral, bem como o tratamento humanitário no cumprimento da pena. A garantia jurisdicional e a da execução complementam a da legalidade. É a lição do professor Luiz Regis Prado⁴⁹.

As exigências que decorrem do princípio da legalidade merecem mais acurado exame. De início, examinemos a que diz respeito à *lex praevia*, segundo a qual é proibida a aplicação retroativa da lei penal, salvo se esta vier em benefício do réu. A vedação está constitucionalmente consagrada no art. 5º XL da Constituição Federal. Nestas condições, determinado comportamento considerado atípico no momento de sua consumação não pode ser tido como ilícito por lei posterior. Os elementos descritivos e normativos do tipo devem constar de configuração prévia. Ainda mais: se lei posterior ao fato vier a agravar a pena, este agravamento não pode servir de base à fixação da pena. Trata-se, portanto, de limite formal de suma importância. Nestas condições, a proibição de retroatividade é um princípio fundamental do Direito Penal. Segundo a lição de Giuseppe Bettiol, é um postulado de uma concepção democrática do Estado⁵⁰.

A segunda exigência é a que se refere à configuração do tipo penal. O legislador deve descrever, com toda a precisão, os elementos constitutivos da infração penal para que os membros da comunidade possam conhecer, de antemão, os fatos considerados atentatórios à vida social. A técnica de construção dos modelos jurídicos deve possibilitar a descrição da conduta criminosa dentro de seus exatos limites. Os postulados do Estado Democrático de Direito reclamam certeza e segurança nas relações jurídicas. Estas exigências se dirigem ao legislador na tipificação da lei penal, atingindo, também, o juiz, na concretização das normas penais. Não pode o Judiciário complementar a configuração do Legislativo que, de antemão, já delimitou o conteúdo do ilícito.

⁴⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133 e subsequentes.

⁵⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Parte generale. Pádua: Casa Editora Dott. Antonio Lilani, 1969, p.38.

A lex certa, por sua própria natureza, reveste-se de generalidade e abstração. O legislador, que se mantém no plano da “contemplanção normativa” utiliza-se de termos que dependem de uma valoração judicial ou de uma “contemplanção individualizadora” (as expressões são de Heinrich Henckel). Por outras palavras: impõe-se a concretização normativa do preceito da lei penal, o que exige, do magistrado, a construção prudencial decorrente de juízos estimativos. Nestas condições, parece que corolário da lex certa defronta com as dificuldades que decorrem do emprego, pelo legislador, de expressões genéricas e dependentes de ulterior valoração. Da lex certa surgem dificuldades operacionais. Como adverte o professor Luis Recasens Siches, há, nos textos jurídicos normativos, termos que entremostam pluralidades de significados⁵¹. Estes conceitos, contudo, normativos não podem ser evitados. Arthur Kaufmann adverte que a sentença não pode ser uma cópia exata da lei, acrescentando, ainda, que todos os conceitos jurídicos estão cobertos de um “tecido normativo”⁵².

A legislação, como demonstramos, não pode escapar dos “defeitos” da generalidade. É o que já advertia Aristóteles ao salientar que toda a lei é de ordem geral, não sendo possível de se realizar uma afirmação universal, capaz de abranger todos os casos que se apresentam na realidade⁵³. A lei só apreende o universal porque resulta do processo inerente ao conceitualismo que caracteriza a obra do legislador. Helmut Coing esclarece:

a ordem jurídica se refere a fatos abstratos, não a fatos concretos. Esta é uma característica essencial. A ordem jurídica não se interessa por individualidades, senão pelo típico... O que a lei contempla são relações típicas que se repetem. É certo que regula a ordem social, porém aferrando-se a formas abstratas e típicas⁵⁴.

⁵¹ Assim se expressa o professor Luis Recasens Siches: “Por mais que o Kaufa legislador se esforce, jamais logrará fixar de modo preciso e invariável o sentido claro e determinado, de modo inequívoco, das palavras que emprega. Este inexorável fracasso se deve a muitas variáveis, mas, entre elas, precisamente, a duas. Em primeiro lugar, se deve ao fato da pluralidade de significados das palavras e também ao fato de que o sentido das mesmas se altera no transcurso da história. Deve-se, também, ao fato de que o sentido de uma palavra ou de uma frase, sobretudo nas normas jurídicas, nunca está definitivamente definido, nem completo, em texto escrito, antes, pelo contrário, seu significado se revela em relação à realidade singular do problema humano prático sobre o qual a norma deve operar”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 545.

⁵² KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho**. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya, Externado de Colombia, p. 113; 203.

⁵³ ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**, Livro V, 1137, b. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo, Abril Cultural, 1973, v. IV, p. 336. Coleção Os Pensadores

⁵⁴ COING, Helmut. **Fundamentos de filosofia del derecho**. Tradução de Juan Manuel Mauri, Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 33.

Nesta ordem de considerações, cabe ao juiz complementar a obra do legislador, procurando traduzir a norma do caso concreto. À jurisprudência é inerente, em certa medida, um poder criador e normativo, necessário ao desenvolvimento do direito e à obtenção do justo concreto. O juiz não pode alcançar esse objetivo sem a prévia compreensão dos esquemas legais, estando vinculado às valorações imanentes ao sistema que precisam ser atualizadas ao caso concreto. Já dizia Papiniano: “*jus praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis propter utilitatem publicam*”(D. 1.1.7.1). O juiz é a instância que transforma a prescrição jurídica numa prescrição concreta, que se amolda ao caso particular. A sentença, atuando segundo a equidade, constitui concretização das normas genéricas abstratas. Portanto, podemos concluir que a tipificação, por sua própria natureza, exige a concretização.

Em suma: a infração penal é um fato típico, antijurídico, culpável e punível, como já demonstramos no início do presente trabalho. Em todos esses momentos, há conceitos descritivos e normativos que precisam ser avaliados pelo magistrado. Em virtude do conceitualismo de que se revestem os preceitos legais, existem fórmulas generalizantes, as quais, para serem devidamente aplicadas, dependem de avaliações do juiz. Em tais condições, este exerce uma tarefa complementar, mas necessária à realização e evolução do ordenamento jurídico. A norma individualizada é a norma apta a alcançar semelhante propósito.

Nestas condições, a *lex certa*, expressão do princípio da taxatividade, para ser devidamente aplicada, depende da construção prudencial da sentença, que, como não poderia deixar de ser, é um ato de valoração, capaz de traduzir o justo do caso concreto.

A sentença do juiz, nesta ordem de considerações, complementa a obra do legislador, que é revestida de generalidade. É o que acentua Roscoe Pound⁵⁵. Mas esta complementação torna-se problemática nos tipos anormais. Nestes há dificuldades adicionais que exigem especial consideração da interpretação judicial. A aplicação da lei penal pode, nestas hipóteses, levar à criação de normas individualizadas que não se contêm estritamente na “*lex certa*”. Torna-se problemática a compatibilidade da sentença com o preceito legal, quando este se reveste de conceitos indeterminados.

⁵⁵ POUND, Roscoe. **Introducción a la Filosofía del derecho**. Tradução de Fernando Barrancos y Vedia. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1972, cap. 3, p. 69 e seguintes.

Por isso, como salienta Enrique Bacigalupo, é necessário que o legislador procure reduzir ao “mínimo razoável a possibilidade de decisão pessoal dos tribunais na configuração concreta do fato que se proíbe”⁵⁶.

A generalidade e a abstração de que se revestem os textos legais, que procuram descrever os elementos componentes de um grupo de casos (situações típicas), é admissível, segundo os doutrinadores, até certo grau. A lei não pode prescindir da linguagem que generaliza, sob pena de cair no casuísmo. Mas podem ocorrer, graças à generalidade do texto legal, descrições parciais, incompletas, carentes de aperfeiçoamento por via judicial, posteriores à prática do delito.

Dando um passo a frente, o presente estudo exige que se considerem alguns casos controvertidos de aplicação da norma penal pelos magistrados, já que nem sempre a configuração do tipo pelo legislador é exaustiva, isto é, nem sempre contém todos os elementos capazes de perfazer uma descrição completa do fato típico. Isto ocorre, por exemplo, nos tipos anormais. Estes apresentam, além de elementos descritivos, elementos normativos e subjetivos, que precisam ser objeto de valoração judicial, isto é, dependentes de normas individualizadas, formuladas *a posteriori*. Vejamos, porém, de per si, as principais hipóteses que dependem de complementação, por via judicial, para que se realize *in integrum* a configuração do tipo.

Tais hipóteses, segundo os doutrinadores, são as que decorrem do emprego, pelo legislador, de elementos normativos do tipo, de cláusulas gerais, de conceitos jurídicos indeterminados, e da descrição dos tipos abertos, dos tipos comissivos por omissão e dos crimes culposos. Segundo Karl Engisch, constituem tais elementos “modos de expressão legislativa que são de molde a fazer com que o julgador (órgão aplicador do Direito) adquira autonomia em face da lei”. Diz ainda o citado

⁵⁶ Assim se expressa Enrique Bacigalupo: “o princípio da legalidade impõe suas exigências não só ao juiz que aplica a lei, como também ao Parlamento que a dita. Em outras palavras: do princípio da legalidade surgem conseqüências para o ditado da lei e para a sua aplicação. As exigências refetentes ao Parlamento têm por objeto reduzir ao mínimo possível a decisão pessoal dos Tribunais na configuração concreta do fato que se proíbe. O cumprimento dessas exigências por parte da lei ditada pelo Parlamento; e pressuposto da eficácia da função garantidora da lei penal”. BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte general. Madrid, Ediciones Akal, 1990, p.36.

jurista que esta metódica da legislação é apta a “afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas”⁵⁷.

A primeira dificuldade é a que decorre do emprego, pelo legislador, de conceitos normativos do tipo. Convém, antes da análise dessa problemática, estabelecer um cotejo entre os elementos descritivos e os elementos normativos, já que aqueles revelam tipos normais e estes, tipos anormais.

Tipo, segundo Aníbal Bruno, é o “conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal”. Para essa descrição, acrescenta o citado jurista, convergem, apenas, elementos objetivos, descritivos, materiais, que compõem a infração penal⁵⁸. Ocorre que o legislador, muitas vezes, emprega elementos de outra ordem, acrescentando aos elementos descritivos os normativos, os quais exigem do magistrado uma valoração no plano da tipicidade. Elementos normativos são os que se referem a um sentido que deve ser apreendido através de apreciação judicial. Por exemplo: os termos “inevitavelmente”, “justa causa”, constantes de diversas definições legais. Além disso, existem fórmulas legais que se referem a expressões propriamente jurídicas, como “documento”, “funcionário público”. Como salienta o mesmo penalista, “aos elementos puramente descritivos se juntam, em certas construções típicas, elementos normativos, para entender os quais não basta o

⁵⁷ Os modos de expressão legislativa, no entendimento de Karl Engisch, são os com conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os discricionários e as cláusulas gerais. São os mesmos designados como “formas de afrouxamento da vinculação legal”. Diz o citado jurista que conceitos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos. Conceitos normativos são os que se opõem aos descritivos. Com efeito, estes últimos “designam descritivamente objetos reais ou objetos que, de certa forma, participam da realidade, isto é, objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepcionáveis. Por sua vez, os conceitos normativos são os que operam com relação a valores, isto é, “a referência do conteúdo e da extensão do conceito jurídico às específicas idéias valoradoras do direito”. Nestas condições são “indeterminados num grau particularmente elevado e oferecem, por isso, muitos exemplos ilustrativos de indeterminação e, ao mesmo tempo, de insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei”. Uma valoração, de ordem judicial, é necessária para aplicar, num caso concreto, um conceito normativo. Discricionários, explica Engisch, são os que “condicionam ou postulam uma particular posição ou atitude do funcionário público ou do juiz”. Estas autoridades possuem certa margem de liberdade para apreciar o caso, dentro dos limites da valoração imanente ao sistema. Finalmente, cláusulas gerais constituem “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, todo um domínio de casos”. Conferir ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 205 e seguintes. Ver, ainda: BERGEL, Jean-Louis. **Métodologie juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 115 e seguintes.

⁵⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, tomo 1, p. 331 e seguintes.

108 simples emprego da faculdade cognoscitiva, mas cujo sentido tem que ser apreendido através de particular apreciação por parte do juiz”⁵⁹.

Nestas condições, o legislador tem dois caminhos para a construção dos tipos penais. Como esclarece o professor Edmund Mezger, pode “empregar descritivamente os elementos da linguagem corrente”, como pode “sinalar em forma valorativa (normativa) certas situações que concluem em juízo valorativo”⁶⁰.

Mas os elementos normativos são absolutamente necessários para a correta configuração dos tipos penais. Constituem eles técnica normal para a composição dos preceitos do Código Penal. Ensina Antonio Garcia-Pablos que “nem sempre cabe delimitar exaustivamente a matéria da proibição mediante descrições”. Assim sendo, não pode existir antinomia entre o princípio da legalidade e o poder judicial de concretização do preceito através de apreciação valorativa “a posteriori”. A legislação não pode cair no casuísmo; deve zelar pela construção eficiente dos tipos penais⁶¹. Contudo, como pondera Jürgen Baumann, “aspirar a uma maior segurança jurídica requer o emprego das características do tipo nitidamente descritivas. Uma melhor adaptação ao caso particular e uma maior intervenção do juiz se deduzem do emprego das características normativas do tipo”⁶².

Na verdade, é inafastável o critério da equidade que deve presidir as decisões judiciais. O critério do legislador é o da tipificação através de elementos descritivos e normativos; o do juiz é o da concretização, que só se opera através da solução equitativa dos casos. É lícito afirmar que o juiz prolonga a atividade do legislador, sendo a atividade jurisdicional uma causa segunda. O legislador, como ensina

⁵⁹ BRUNO, Aníbal, op. cit. p. 337.

⁶⁰ MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Libro de estudio. Parte general. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 145.

⁶¹ Assinala Aníbal Bruno que “é necessário considerar que, aumentando-se o número desses elementos normativos, diminui-se a precisão e a firmeza do tipo, alargando-se a função do juiz na apreciação da conformidade típica do fato concreto, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos visa a estabelecer”. BRUNO, Aníbal, op. cit. p. 337. Ver, ainda, sobre elementos normativos do tipo MAURACH, Heinhart. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Juan Cordoba Roda, Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 284 e JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Parte general, v. 1. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1978, p. 175. Jürgen Baumann entende que o “deslinde entre as características descritivas e normativas é fluido. A característica normativa também contém uma certa descrição e a característica descritiva, da mesma forma, não é simplesmente descritiva. Neste sentido, pode-se dizer que todas as características são mais ou menos normativas” BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 79.

⁶² BAUMANN, Jürgen, op. cit., p. 81.

Guillermo Sauer, só pode conceber “o termo médio adequado”; o juiz, como reflete o mesmo jurista, deve criar “a norma concreta de configuração”⁶³.

Isto posto, parece que o princípio da taxatividade não pode impedir a concretização judicial, que se verifica através da dimensão criadora da prudência na aplicação da norma aos casos concretos.

A segunda dificuldade reside no emprego, pelo legislador, de cláusulas gerais, porque nestas há apenas a indicação de uma diretriz flexível, ficando a cargo do juiz a complementação relativa à antijuridicidade do fato delituoso. Como diz Antonio Garcia-Pablos, as cláusulas gerais manifestam “deliberada ambigüidade”, não permitindo o conhecimento prévio dos componentes da infração. Além disso, acrescenta o mesmo jurista, representam a face oposta do casuísmo, sendo que, devido ao nível elevado de abstração, atentam contra o princípio da legalidade⁶⁴. No mesmo sentido, a lição de Enrique Bacigalupo, ao assinalar que “a generalização se torna inadmissível quando já não permite ao cidadão conhecer o que está permitido e o que está proibido”⁶⁵. O penalista S. Mir Puig também afirma que as cláusulas gerais “dificultam a precisão dos confins do suposto do fato e, por conseguinte, a clara delimitação do âmbito do fato punível”. A solução, segundo o mesmo jurista, está “na delimitação rigorosa do suposto de fato, com destaque dos elementos diferenciais de cada tipo legal através de conceitos genéricos específicos”⁶⁶.

Em conclusão: cláusulas gerais revestidas das características acima apontadas constituem ameaça ao princípio da legalidade, sendo incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A seguir, vêm os conceitos indeterminados, como a terceira dificuldade capaz de comprometer a efetiva aplicação do princípio da taxatividade (*lex certa*). Esses conceitos são imprecisos. Segundo Karl Englich, são conceitos cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos. Necessitam, por via de consequência, de um preenchimento valorativo, por parte do juiz, para a sua efetiva concretização. São conceitos que “requerem uma posterior e definitiva concreção na instância

⁶³ SAUER, Guillermo. **Derecho penal. Parte general**. Tradução de Juan del Rosall e José Cerezo, Barcelona: Bosch, 1956, p. 99.

⁶⁴ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introduccion. Madrid. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 251 e seguintes.

⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte general. 2. ed. Madri: Ediciones Akal, 1990, p.37.

⁶⁶ MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto e método. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982, p. 146.

110 judicial”, como assevera Antonio Garcia-Pablos⁶⁷. A hipótese normativa fica na dependência de construção por via judicial, o que constitui limitação do princípio da legalidade.

A quarta dificuldade é a que resulta da construção dos tipos penais abertos, porque na configuração destes, o legislador não determina, de forma completa, o conteúdo do ilícito penal, deixando, para o juiz, a necessária complementação dos componentes do delito. A descrição do legislador é parcial, cabendo ao juiz a composição definitiva do tipo. Tal técnica induz a sensível limitação do requisito da taxatividade, corolário do princípio da legalidade. Não sendo completos os contornos do delito, surgem questões de alta indagação a serem enfrentadas na descrição dos eventos puníveis. A configuração do tipo fica na dependência de apreciação judicial, isto é, de norma “a posteriori”⁶⁸.

Hans Welzel sustenta que, nos tipos penais abertos, o legislador só descreve uma parte do tipo, “enquanto que a outra parte deve ser construída pelo juiz mediante complementação do tipo”⁶⁹. Acrescenta, adiante, o mesmo jurista que, ao descrever tais tipos, pode o legislador consignar “pontos de referência” para que a tarefa complementar se realize. Mas isto nem sempre é possível extrair da lei, indicações capazes de levar o juiz à construção definitiva do tipo. Às vezes, falta um quadro orientador. E conclui que, nestes casos, a complementação se realiza “por um juízo de valor autônomo pelo magistrado, provocando uma grande incerteza a respeito do que está proibido”⁷⁰. A ausência de pontos de apoio para a complementação do tipo atenta contra o corolário da taxatividade, que decorre do princípio da legalidade. Nos crimes culposos e nos crimes omissivos impróprios, que adiante estudaremos, a complementação se realiza por via jurisdicional, mas o legislador aponta critérios diretivos para a construção dos tipos.

Sustenta Antonio Garcia-Pablos que os tipos abertos são necessários porque “uma descrição exaustiva da matéria de proibição no momento legislativo nem sempre é possível sem incorrer no casuismo extremo tampouco desejável”. Acrescenta, porém, séria restrição ao seu uso. Diz que “somente é possível acudir à técnica desses tipos quando a própria natureza das coisas torne impossível determinar legalmente a priori todas as características do comportamento proibido”⁷¹.

⁶⁷ GARCIA PABLOS, Antonio, op. cit., p.252.

⁶⁸ Ver, a respeito, o entendimento de GARCIA PABLOS, Antonio, op. cit., 253.

⁶⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal Alemnan. Parte general**. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.28.

⁷⁰ WELZEL, Hans, op. cit., p. 98.

⁷¹ “GARCIA-OABLOS, op. cit., p. 253.

Entendemos que normas rígidas coexistem sempre com normas que contêm cláusulas gerais ou tipos abertos. Tais conceitos persistem, em caráter continuado, nas diferentes codificações. Toda e qualquer previsão normativa, em virtude da generalidade e do caráter sistemático decorrentes do processo de construção, está sujeita à complementação judicial. A construção prudencial do juiz completa a obra do legislador não só para a norma que contém preceituação rígida, como para as que contêm diretrizes flexíveis. Quando a norma penal é de tipo incompleto, a configuração virá “a posteriori”. Aliás, sustenta Roscoe Pound que o juiz prolonga a obra do legislador. É o que já sustentamos em nossa obra “Integração Normativa”.

Examinemos, porém, a controvérsia relativamente aos crimes culposos. O legislador, ao efetuar a descrição dos elementos componentes da tipo culposo, não especifica o conteúdo do dever de cuidado. Deve o homem atuar com a necessária diligência, aquela diligência a ser seguida nas diversas situações de vida para evitar o evento lesivo. Seu comportamento não pode ser resultado de uma imprudência, negligência ou imperícia. Diz Aníbal Bruno que consiste a culpa “em praticar voluntariamente, *sem a atenção ou o cuidado devido*, um ato do qual decorra um resultado definido na lei como crime, que não foi querido nem previsto pelo agente, mas que era previsível” (grifo nosso)⁷².

A ação do tipo, como salienta Hans Welzel, nos delitos culposos, não está determinada legalmente, cabendo ao juiz completá-lo, segundo critério diretivo genérico. Deve o juiz investigar qual o cuidado requerido do autor, no caso concreto⁷³. Do mesmo modo, afirma Guillermo Sauer que a determinação da culpa deve apoiar-se na “peculiaridade individual do caso concreto, do autor e das circunstâncias do mundo circundante”⁷⁴. Realmente, a própria previsibilidade resulta de um julgamento sobre as circunstâncias do fato e a situação individual do agente. As condições pessoais influem na pesquisa do referido momento. O agente só responde pela previsão que ele poderia ter na situação de vida.

O dever de cuidado é descrito genericamente, cabendo, ao juiz, a especificação relativa a cada situação em particular, de acordo com as circunstâncias do caso e as condições pessoais do agente. O juiz decide, em cada caso, o dever de cuidado. Assim sendo, pode-se afirmar que o conteúdo exato do ilícito penal decorre da

⁷² BRUNO, Aníbal. **Direito penal. Parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, tomo 2, p. 463 e seguintes.

⁷³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 4. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 157 e seguintes.

⁷⁴ SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo, Barcelona: Bosch Editora, 1956, p. 278.

112 norma da decisão judicial. Como preleciona Enrique Bacigalupo, “infringe o dever de cuidado aquele que não emprega o cuidado que suas capacidades e conhecimento da situação lhe permitem. Ao contrário, não infringe o dever de cuidado aquele que, de acordo com suas capacidades e seu conhecimento, não poderia prever a realização do tipo”⁷⁵.

Tudo isto indica que para descobrir o justo concreto, o juiz deve transformar a prescrição normativa genérica numa prescrição normativa individualizada, assumindo, muitas vezes, decisões valorativas necessárias à complementação tipológica. Nesse mesmo sentido, é a lição de Ricardo Antunes Andreucci, quando ressalta que “*o nullum crimen nulla poena sine lege* opera com as limitações decorrentes da própria atividade legiferante, qual deixa espaços, voluntária ou involuntariamente, para a atuação do juiz, com papel criador”⁷⁶. Realmente, os critérios hermenêuticos decorrentes da interpretação teleológica preconizam a criação judicial.

Finalmente, vejamos a dificuldade que ocorre nos delitos omissivos impróprios. Segundo ensina Luiz Regis Prado, consiste o delito omissivo impróprio, também denominado comissão por omissão, em “dar lugar por omissão a um resultado típico, não evitado por quem podia e devia fazê-lo, ou seja, por aquele que, na situação concreta, tinha a capacidade de ação e o dever jurídico de agir para obstar a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado”⁷⁷. O autor não cumpre o dever jurídico de agir para impedir o resultado, dever esse que resulta de um preceito legal específico⁷⁸. Nesses casos, cabe ao juiz, decidir quando devia o agente evitar o resultado por se encontrar na situação jurídica decorrente de norma ou contrato específicos⁷⁹. Por estas razões, a tipicidade dos delitos omissivos impróprios precisa ser complementada por via judicial.

Assim sendo, concluímos o exame dos requisitos formais que devem ser observados na construção, pelo legislador, do injusto penal. São requisitos que decorrem de parâmetros constitucionais e, por isso, precisam ser devidamente

⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Principios de derecho penal**. Parte general. 2. ed. Madrid: Ediciones Akal, 1990, p. 243; 244.

⁷⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 81.

⁷⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 307.

⁷⁸ Ver, a respeito: MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. Da infração penal. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 62; 63; idem BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, v. II, tomo 2, p. 598; 600.

⁷⁹ Ver, a respeito, WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 246 e seguintes.

respeitados. A Constituição é o modelo paradigmático, que contém um substrato axiológico a ser tutelado pelas normas infra-constitucionais. Nestas condições, o problema não se esgota nas considerações de ordem formal acima estudadas. Importa examinar, também, os princípios constitucionais que indicam os bens jurídicos que devem ser penalmente tutelados, demarcando, assim, os elementos configuradores do tipo.

5 O injusto penal como atentado ao sistema de valores consagrados pela constituição. Os parâmetros materiais que demarcam a construção dos tipos penais

Consiste o presente estudo na pesquisa dos princípios que delimitam o substrato normativo dos tipos. A norma penal deve ser construída de acordo com o sistema de valores imanente à Constituição. Assim sendo, existem limites constitucionais, de ordem material, que servem de balizas à ação do legislador. Referimo-nos, neste parágrafo, aos marcos de ordem substancial, indicativos dos bens jurídicos que devem ser penalmente protegidos. Desta forma, como demonstramos acima, o ilícito penal passa a ser um atentado aos valores constitucionais, uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico delimitado pelo sistema de valores de ordem constitucional. Portanto, é estrita a relação entre a Constituição e o injusto punível. Os princípios têm caráter normativo e representam importantes elementos para a construção normativa e para a construção prudencial das decisões judiciais. Os princípios se referem a valores e orientam toda a ordenação sistemática.

Nesta ordem de considerações, é de suma importância, na análise dos princípios constitucionais que delimitam o “jus puniendi”. Tais princípios devem ser concretizados pelo legislador e pelo juiz na esfera do Direito Penal.

De início, vejamos o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. A missão do Direito Penal, como assinala Hans Welzel, “consiste na proteção de bens jurídicos mediante a proteção dos valores elementares de ação ético-sociais”⁸⁰. Nesta ordem de considerações, o delito é uma ação que contraria esse sistema de valores. A função ético-social do Direito Penal é reconhecida, também, por Jürgen

⁸⁰ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 1;7.

114 Baumann e Guillermo Sauer, e, mais recentemente, por Jescheck e Cerezo Mir⁸¹. Pois bem, o princípio à exclusiva proteção de bens jurídicos significa que o Direito Penal deve assegurar a tutela de bens jurídicos necessários para propiciar o desenvolvimento da vida comunitária segundo as diretrizes constitucionais. Essa tutela é de caráter limitativo relativamente ao *jus puniendi* do Estado; ela só se justifica para a salvaguarda de bens jurídicos vitais. Só podem ser descritas no tipo condutas consideradas socialmente nocivas. Como assevera S. Mir Puig, “um Direito Penal democrático deve se limitar à proteção daqueles processos de interação social que, a curto ou longo prazo, são necessários para a subsistência ou o mínimo funcionamento da estrutura social, enquanto ele constitui a condição de vida de cada um dos seus membros”⁸².

Nestas condições, não se enquadra, no âmbito do Direito Penal, a proteção de todos os valores éticos. É igualmente incabível a tipificação de condutas socialmente inócuas. Deve o Direito Penal selecionar os bens jurídicos relativos às exigências do bem comum no âmbito social. Dos valores materiais protegidos constitucionalmente, só devem ser incorporados ao sistema penal aqueles que são considerados, numa determinada cultura e momento histórico, vitais e indispensáveis à ordem social.

O segundo princípio a ser estudado é o que se refere à intervenção mínima, subsidiária e fragmentária do Direito Penal. Referido princípio diz respeito ao conteúdo e à extensão do *jus puniendi*, figurando ao lado dos que se referem aos pressupostos e formas de sua atuação, estes últimos já examinados. O questionamento agora é de ordem material.

A intervenção penal é limitada, devendo preencher duas condições. De um lado, ela deve ser subsidiária; de outro, fragmentária. É subsidiária porque, existindo outros meios de tutela dos valores jurídicos, o Direito Penal só deve agir quando tais meios se mostrarem insuficientes para sancionar comportamentos juridicamente desaprovados. É fragmentária porque a proteção de bens jurídicos só deve ocorrer

⁸¹ CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español**. Parte general. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1981, p. 17; JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, v. 1, Barcelona: Bosch Casa Editorial, p. 9 e seguintes; BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema**. Tradução de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 3 e seguintes; SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, p. 7 e seguintes.

⁸² MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto y método. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1982, p. 152.

com relação aos que foram considerados mais relevantes e quando estes forem suscetíveis de investidas que venham a comprometer as condições vitais de sobrevivência da comunidade. Vejamos, de per si, cada uma dessas vertentes necessárias à configuração dos tipos penais.

De início, vamos considerar o caráter subsidiário do Direito Penal. A lei penal só deve intervir quando a tutela das diferentes disciplinas jurídicas for insuficiente e ineficaz. Se há outros meios capazes de proteção dos referidos valores, não se justifica o recurso ao meio de maior gravidade. Diz Antonio Garcia-Pablos que a “cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis, só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõem de outras possíveis técnicas de intervenção, ou estas resultam ineficazes”⁸³. As sanções penais devem ser aplicadas em último lugar, isto é, quando forem esgotados os meios de proteção decorrentes das disciplinas não penais.

Nesta ordem de idéias, o Direito Penal tem caráter subsidiário, sendo sua tutela considerada a *ultima ratio* a que devem recorrer os órgãos que programam a positividade e a concretização dos tipos penais. Tais órgãos devem atuar quando sua ação for imprescindível à manutenção dos valores vitais que possibilitam o normal desenvolvimento da sociedade. É o que ensina Hans Welzel, *in verbis*: “o fundamento real da pena radica em seu caráter indispensável para manter a ordem da comunidade. A realidade da pena estatal é por isso apenas relativa, isto é, unicamente em relação à sua necessidade para a integridade da ordem da comunidade”⁸⁴.

O Direito Penal, além de ser considerado subsidiário, tem caráter fragmentário. É parte de um todo porque lhe corresponde somente uma parcela de proteção relativa a determinados bens jurídicos. Os tipos configuram apenas as ações que venham a atentar contra bens jurídicos mais relevantes para o convívio social ordenado e pacífico. Determinados valores provenientes da Moral Social são incorporados ao Direito Penal. A tutela penal é, assim, parcial e seletiva, alcançando, apenas, valores vitais relativos à sua função ético social, consoante lição de Hans Welzel.

Aos sinais distintivos do Direito Penal acima estudados devemos acrescentar os que são consubstanciais à idéia do Estado Democrático de Direito, a saber, o

⁸³ GARCIA-PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introduccion. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 276.

⁸⁴ WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997, p. 282.

116 princípio da dignidade da pessoa humana, o da culpabilidade, e o da proporcionalidade. Merecem eles nossa especial consideração.

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser considerado o manancial de onde procedem os direitos fundamentais. Em linguagem filosófica, ele foi definitivamente expresso por Kant ao afirmar que o ser humano é pessoa, não podendo servir de meio para alcançar fins alheios. O princípio da dignidade da pessoa humana tem dupla significação: de um lado, proclama que o ser humano é um ente que tem fins próprios, tem um projeto existencial a ser cumprido: por outro, assevera que o homem não deve ser simples instrumento para fins estranhos ou alheios aos seus propósitos. O homem é um ser-com-os-outros. Nestas condições, em razão da paridade ontológica dos coexistentes, possuem a mesma dignidade. Daí surge o dever de mútuo respeito como corolário do postulado da dignidade.

Este pensamento é fruto de longa evolução, mas tem como base a idéia cristã de que todos os seres humanos foram criados à imagem e semelhança de Deus, tendo, por isso, a mesma dignidade. É o que proclamam os textos bíblicos constantes, entre outros, do Gênesis, I, 25/ 28, Epístola aos Coríntios, 8,6, e Epístola aos Romanos, 11,36. A doutrina da *imago Dei* teve ampla repercussão no Novo Testamento, com o reconhecimento de que, sendo os seres humanos criados por Deus à sua imagem e semelhança, todos possuem a mesma natureza e a mesma dignidade (Gálatas 3, 26/28; Gálatas 4. 6/7; Mateus 7,12, Lucas 6,31). Kant demonstrou que tal entendimento procede também em nível filosófico. É o que explica Luis Recasens Siches, *in verbis*: “creio que todas as elaborações puramente filosóficas não seriam possíveis se não tivessem contado previamente com a idéia cristã de dignidade da pessoa humana. Ainda que estas elaborações filosóficas tenham sido desenvolvidas no âmbito puramente filosófico, no fundo estavam dirigidas pelo propósito de encontrar argumentos para justificar a verdade proclamada pelo cristianismo, a qual extrapolou os confins da religião para converter-se em postulado básico da cultura ocidental”⁸⁵.

Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, formulado desde Kant em nível filosófico, passou a ser considerado norma fundamental de toda a ordenação sistemática, tendo, por via de consequência, sensíveis repercussões nas diferentes disciplinas jurídicas e, de um modo especial, no âmbito do Direito Penal. Nestas condições, a dignidade da pessoa humana é, no momento atual, o princípio que vincula toda a atividade normativa referente à configuração dos tipos e ao

⁸⁵ RECASENS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofia del derecho**. 3. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1965, p. 550.

tratamento penal da pessoa que pratica atos atentatórios à vida da comunidade. Antonio Garcia-Pablos assinala que referido princípio deve ser considerado “signo e emblema que marcou historicamente toda a evolução do Direito Penal desde a Ilustração até nossos dias e como limite político-criminal do *jus puniendi*”⁸⁶.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve estar alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim se expressa Giuseppe Bettiol: “um Direito Penal que seja verdadeiramente democrático deve, antes de mais nada, respeitar as exigências da natureza moral e, portanto, racional do indivíduo. Ele é usado para proteger os valores sociais, mas, em última análise, destina-se a tutelar as necessidades morais do indivíduo, pelo que, embora seja a expressão de uma exigência de justiça retributiva, acaba por salvaguardar os direitos fundamentais de liberdade do cidadão”⁸⁷.

Outro sinal distintivo do Direito Penal, consubstancial à idéia de Estado Democrático de Direito, é o da culpabilidade. Segundo Luiz Regis Prado, trata-se de princípio constitucional implícito, já que nossa Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º II), o da inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º) e o da individualização da pena (art. 5º LXVI). Acrescenta o jurista que a culpabilidade está alicerçada “no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como livre e responsável, valores iminentes à sociedade democrática”⁸⁸. A liberdade e a responsabilidade integram as dimensões da pessoa, constituindo “prios” de toda a ordenação sistemática. Realmente, segundo a doutrina penal não há crime sem culpa. O *nullum crimen sine culpa* é o postulado fundamental do Direito Penal. É a culpabilidade o elemento de ordem psicológica do crime.

No início do presente trabalho, relembramos a estrutura conceitual de fato punível, afirmando ser ele o fato típico, antijurídico e culpável. Assim sendo, pode-se dizer que a tipicidade e a antijuridicidade compõem o elemento objetivo do crime, enquanto que a culpabilidade, como nexos que liga o crime ao seu autor, constitui o elemento de ordem subjetiva. Em suma: *nullum crimen sine actione, nullum crimen sine injuria e nullum crimen sine culpa*.

⁸⁶ GARCIA PABLOS, Antonio. **Derecho penal**. Introducción. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 292.

⁸⁷ BETTIOL, Giuseppe. **O Problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 55;56.

⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro. Parte geral**. 4. ed, p. 138 e 405, v. 1, 2004.

De acordo com a concepção normativa da culpabilidade, a culpa em sentido amplo resulta da atuação voluntária do sujeito ativo do crime, manifestada sob a modalidade de dolo ou culpa em sentido estrito e dirigida contra o dever jurídico exigido pelo preceito normativo⁸⁹. Resulta, segundo Aníbal Bruno, da “contradição entre a vontade do sujeito e a vontade da norma”⁹⁰.

A culpabilidade resulta, em última análise, da vontade que se dirige contra a realização dos bens jurídicos previstos normativamente. Constitui um sinal distintivo do Direito Penal, fundamentado na ordem constitucional. É parâmetro para a construção normativa dos tipos penais.

Finalmente, vejamos o princípio da proporcionalidade. É necessário que exista justo equilíbrio entre a gravidade do delito e a correspondente sanção a ser fixada pelo legislador. Este, como medida de justiça, deve ponderar, relativamente ao bem jurídico atingido pelo crime, a menor ou maior gravidade do fato antijurídico. O momento sancionador da norma penal deve prever conseqüências compatíveis com a gravidade do fato, configurado no momento preceptivo. Assinala Aníbal Bruno que a “sanção é formulada em referência à gravidade do próprio crime, segundo o valor que se atribui ao bem jurídico protegido”.

Deve, igualmente, o magistrado estabelecer idêntico juízo entre a gravidade do fato e a sanção a ser imposta ao transgressor da lei. A previsão do legislador é genérica. O caso julgado vem a exigir a necessária concretização. Compete ao magistrado dimensionar a pena concreta dentre os limites legais, construindo, prudencialmente, a norma individualizada. Deve atender, para tanto, as indicações da própria norma penal que especifica os pressupostos da concretização, a saber, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima (artigo 59 do Código Penal). O juiz deve fixar, para cada caso, a espécie

⁸⁹ Giuseppe Bettiol preleciona: “O dado psicológico, ou seja, o dado psíquico que une o sujeito ao fato é a culpabilidade: esta é dolo, se o agente previu e quis o evento lesivo como conseqüência de sua ação ou omissão; é preter-intenção, se o evento produzido é mais grave que o previsto e querido como conseqüência da própria atividade; e é negligência, se o evento ocasionado, ainda que previsto, é conseqüência involuntária de uma conduta contrária a regras e as disciplinas”. BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 124;125.

⁹⁰ Assim esclarece Aníbal Bruno: “A posição do agente perante a lei penal se define em três momentos: a imputabilidade, a culpabilidade e a responsabilidade penal. A imputabilidade, que é a capacidade de entender e de querer; a culpabilidade, que é aquele vínculo psíquico capaz de prender o agente imputável ao fato, como o seu autor, e a responsabilidade, que é o dever jurídico que incumbe ao imputável, culpado de determinado fato punível, de responder por ele perante a ordem jurídica” BRUNO, Aníbal. **Direito penal. Parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956, tomo 2 p. 410;411.

e a quantidade da pena. A individualização, assim concebida, é princípio normativo da própria Constituição Federal (artigo 15, LXVI).

O princípio da proporcionalidade significa que, entre a gravidade do ilícito penal e a sanção correspondente, deve existir o necessário equilíbrio. Este se manifesta, em abstrato, no momento legislativo e, em concreto, no momento judicial. O legislador, atendendo à hierarquia dos valores ético-sociais admitidos pela sociedade, deve configurar os fatos puníveis, de acordo com a sua maior ou menor gravidade, estabelecendo, ainda, entre o fato punível e a transgressão, equilíbrio conforme à sua gravidade. O juiz, ponderando as características que envolvem o fato concreto, deve estabelecer a penalidade justa para cada transgressor. Em ambos os casos, há uma estimativa de valor que preside a atuação legislativa e a judicial.

Nestas condições, é lícito concluir que o tipo abstrato é o que resulta da atividade legislativa, quando o legislador configura o fato punível e atribui a pena correspondente. É o momento da cominação legal. O tipo concreto é o que resulta da atividade judicial quando o juiz reconhece a ocorrência de um determinado crime e lhe atribui, sopesando as circunstâncias que envolveram o fato concreto, a pena correspondente. O juiz deve ter em linha de conta a gravidade objetiva do fato ilícito e as condições morais e subjetivas do autor. A fórmula do legislador é, no dizer de Aníbal Bruno, “necessariamente incompleta”, reclamando a concretização judicial⁹¹. É o momento da aplicação do preceito legal. Nele há um prolongamento da solução normativa.

Pelo exposto, o princípio da proporcionalidade se manifesta na configuração do tipo abstrato e na concretização efetuada pelo tipo concreto. Há, nestas hipóteses, mensuração legal⁹². Além da equivalência entre a sanção e o tipo em que se descreve a infração penal, deve sobrevir equivalência entre a sanção e o fato antijurídico realizado pela pessoa do agente. Nesta ordem de considerações, entendemos que tanto o legislador, na construção normativa dos preceitos penais, quanto o juiz, na composição da sentença revestida de equidade, assumem posição frente a valores incorporados ao sistema penal e, em última análise, prefigurados na ordem constitucional.

⁹¹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1962, tomo 3, p. 151.

⁹² Ver, a respeito a lição de BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1962, tomo 3, p. 151. No mesmo sentido, o pensamento de GRAF ZU DOHNA, Alexander. **La estructura de la teoría del delito**. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, p. 14;18. Conferir, ainda, o pronunciamento de Santiago MirPuig: **Introducción a las bases del derecho penal**. Concepto y método. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1982, p. 337..

6 Enunciados finais

O injusto penal, consoante ensinamento da doutrina, pode ser definido como o fato típico, antijurídico e culpável. A punibilidade é considerada consequência da violação do preceito penal contido na norma incriminadora.

Os tipos penais revelam um sentido valorativo. Subjazem à descrição normativa, acima referida, valores fundamentais de ordem social.

Esses valores supremos estão constitucionalmente consagrados, sendo missão do Direito Penal, como norma concretizadora, configurar esquemas normativos que venham a traduzir os princípios decorrentes da teleologia do Direito Constitucional.

A axiologia constitucional estabelece parâmetros para a configuração dos tipos penais. Realmente, a Constituição, consagrando os valores supremos da coexistência social, converte tais valores em bens jurídicos, os quais demarcam a atividade legislativa, na configuração dos tipos penais, e a atividade judicial, na construção da sentença.

No processo de tipificação, os bens jurídicos, provenientes dos preceitos constitucionais, constituem alicerce para o quadro dos tipos delitivos. Em consequência, há estrita vinculação entre os princípios constitucionais e a descrição do desvalor do injusto.

Como mencionamos ao longo do presente trabalho, há limitações relativas aos pressupostos e o substrato dos fatos puníveis. Os limites podem ser de ordem formal e de ordem material. Os primeiros são os que dizem respeito ao princípio da legalidade e seus corolários relativos à lei prévia, certa, estrita e escrita. Os segundo são os que concernem ao conteúdo da tipicidade penal, a saber, a exclusiva proteção de bens jurídicos e a intervenção mínima, subsidiária e fragmentária. A estes devem ser acrescidos os que decorrem imediatamente do Estado Democrático de Direito: o da dignidade da pessoa humana, o da culpabilidade e o da proporcionalidade.

Assim sendo, toda a atividade normativa está orientada pelos preceitos constitucionais, cujos parâmetros, acima assinalados, revelam as bases para a devida construção dos esquemas normativos do Direito Penal.

No Estado Democrático de Direito, os esquemas normativos, que descrevem lesões a bens jurídicos vitais, devem traduzir os princípios decorrentes da teleologia do sistema constitucional.

Referências

- AFTALION, Henrique; OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impressora, 1967.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. Tese. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1989.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**. 4. ed. Milão: Dott Giuffrè Editore, 1997.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco, livro V**. Tradução de Leonel Villandro e Gerd Borheim, da versão inglesa de WS. D. Rosá. São Paulo, Abril Cultural, 1970. v. IV. Coleção Os Pensadores.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios del derecho penal**. Parte general. Madrid, Ediciones Akal, 1990.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BAUMANN, Jürgen. **Derecho penal**. Conceptos Fundamentales y Sistema, Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.
- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale. Parte generale**. 7. ed. Pádua: Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1969.
- BETTIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: LZN, 2003.
- BRICOLA, Franco. **Novissimo Digesto Italiano**. Verbete Teoria Generale del Reato.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. tomo I.
- CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**. Parte general. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1981.
- COING, Helmut. **Fundamentos de filosofia del derecho**. Tradução de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1976.
- DOHNA, Alexander Graf Zu. **La estructura de teoria del delito**. Tradução de Carlos F. Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia. **Constituição como norma**. **Revista de Direito Público**, n. 78, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

- 122 FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988. In: **Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006.
- HENKEL, Heinrich. **Introducción a la filosofía del derecho**. Fundamentos del derecho. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus Ediciones, 1968.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1; 2.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofía del derecho**. Tradução de Luis Villar Borda e Ana Maria Montoya. Colombia: Universidad Externato de Colombia, 1997.
- MARQUES, José Frederico. **Curso de direito penal**. Da Infração Penal. São Paulo: Saraiva, 1956. v. II.
- MEZGER, Edmund. **Derecho penal**. Parte general. Libro de estudio. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- POUND, Roscoe. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Fernando Barrancos y Vedia. Buenos Aires: Editora Tipografica Argentina, 1972.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.0
- RECASENS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”**. México: Fondo de Cultura Económica, Univesidad Nacional Autónoma de México, 1971.
- SAUER, Guillermo. **Derecho penal**. Parte general. Tradução de Juan del Rosal e José Cerezzo Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1956.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman. Parte general**. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yañez Pérez. Chile: Editorial Juridica de Chile, 1997.