THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

PROPORCIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL: PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS TIPOS E PARA O EQUILÍBRIO ENTRE AS SANÇÕES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

PROPORCIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL: PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS TIPOS E PARA O EQUILÍBRIO ENTRE AS SANÇÕES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

De Filippo, Thiago Baldani Gomes
Proporcionalidade Legislativa penal: propostas para o aperfeiçoamento dos tipos e para o equilíbrio entre as sanções do direito penal brasileiro.
São Paulo: T. B. G. De Filippo, 2020.
302 f..; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2020.
Orientadora: Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia.

1. direito penal. 2. proporcionalidade. 3. bem jurídico. 4. ofensividade. 5. sanções penais abstratas. I. Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva. II. Título.

THIAGO BALDANI GOMES DE FILIPPO

PROPORCIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL: PROPOSTAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DOS TIPOS E PARA O EQUILÍBRIO ENTRE AS SANÇÕES DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a orientação da Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profª. Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

1º Examinador(a):_____

2º Examinador(a):_____

3º Examinador(a):_____

4º Examinador(a):_____

5º Examinador(a):_____

À Juliana, à Bia e ao Rafa, que são as melhores partes de mim.

AGRADECIMENTOS

À Professora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, por sua excelência e dedicação pela docência, profissional que muito admiro e por quem tive a honra de ser orientado durante este trabalho, um sincero agradecimento por acreditar em meu projeto de pesquisa e confiar nos seus frutos.

Aos Professores Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Viana, pelas imprescindíveis observações no Exame de Qualificação, que também serviram de grande estímulo para prosseguir.

Aos Professores Alamiro Velludo Salvador Netto, Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, Celso Fernandes Campilongo, Floriano de Azevedo Marques Neto, Helena Regina Lobo da Costa, Luciano Anderson de Souza, Mariângela Gama de Magalhães Gomes e Renato de Mello Jorge Silveira, pelo esmero com que ministraram as disciplinas cursadas, cujos ensinamentos foram essenciais para a elaboração da tese.

Aos funcionários da biblioteca da USP e do IBCCRIM, que sempre me atenderam gentilmente, dispondo-se com muita atenção a quaisquer solicitações.

Aos meus pais, Teodoro e Débora, à minha avó Gessy e a todos os demais familiares queridos, pelo constante afeto.

À Juliana, à Bia e ao Rafa, pelo grande amor e pela compreensão das horas que lhe foram subtraídas.

A Deus, pelo dom da vida.

“Mas a verdade é que não só nos países autocráticos, como naqueles supostamente livres – como a Inglaterra, a América, a França e outros – as leis não foram feitas para atender à vontade da maioria, mas sim à vontade daqueles que detêm o poder.”

Lev Tolstói

“As leis inúteis enfraquecem as leis necessárias.”

Luc de Clapiers Vauvenargues

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Proporcionalidade legislativa penal: propostas para o aperfeiçoamento dos tipos e para o equilíbrio entre as sanções do direito penal brasileiro.** 2020. 302 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer uma teoria da proporcionalidade legislativa penal a partir da integração à estrutura do princípio da proporcionalidade dos *standards* materiais do Direito dos Estados Unidos. Inicialmente, analisa-se as multifacetadas repercussões do fenômeno da pós-modernidade à legislação penal, a partir de questões espistemológicas, político-econômicas e sociológicas. Em seguida, a partir da constatação da hipertrofia da legislação penal brasileira, trata de analisar manifestações da tutela penal inadequada, da tutela penal desnecessária e da tutela penal estritamente desproporcional. Após, passa-se a tecer considerações sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observando-se algumas propostas de concretização da proporcionalidade no âmbito penal para se concluir, preliminarmente, acerca da viabilidade de integração dos elementos da proporcionalidade à ideia sujacente aos testes de constitucionalidade. Ao final, propõe-se uma teoria da proporcionalidade legislativa penal que congregue critérios de justiça material como a proteção de bens jurídicos, a ofensividade e equilíbrio entre as penas no interior da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e, ao mesmo tempo, seja apta a operar-lhes certa flexibilidade, a depender do interesse a ser protegido, da forma de proteção e dos patamares sancionatórios abstratos.

Palavras-chave: proporcionalidade legislativa – testes de constitucionalidade – bens jurídicos – ofensividade – equilíbrio entre penas.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Proportionality of the criminal statute-laws: proposals for the improvement of the criminal statutes and for the balance between the sanctions of the brazilian criminal law.** 2020. 302 f. Thesis (Doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

This present paperwork has as its objective establishing a theory of proportionality of the criminal statute-laws, starting from the integration between the principle of proportionality's structure and the material standards from the United States Law. Initially, it will be analyzed the multifaceted repercussions concerning the post-modernity phenomenon linked to the criminal statutes, from epistemological, political-economic and sociological issues. As it follows, from the finding of Brazilian criminal statutes' hypertrophy, it will discourse about the manifestations of the inadequate criminal protections, the unnecessary criminal protections and the strictly disproportionate criminal protections. After, there will be some considerations regarding the principles of proportionaly and reasonability, observing some proposals aiming is embodiment on the criminal field and preliminarily concluding for the viability of an integration between the proportionality elements and the idea underlying the constitutional tests. At the end, it proposes a theory of the proportionality of the criminal statute-laws, able to congregate material justices criteria as the protection of legal goods, harmfulness and statute sanctioning balances at the core of the adequacy, necessity and strict proportionality and, at the same time, be apt to operate relative flexibility, depending on the interest to be protected, how it is protected and the abstract sanctioning levels.

Keywords: legislative proportionality – constitutionality tests – legal goods – harmfulness – statute sanctioning balances.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Proporcionalidad legislativa penal: propuestas para la mejora de tipos y para el equilibrio entre las sanciones del derecho penal brasileño.** 2020. 302 f. Tesis (Doctorado). Facultad de Derecho, Universidad de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMEN

Este documento pretende establecer una teoría de la proporcionalidad legislativa penal a partir de la integración en la estructura del principio de proporcionalidad de las normas materiales de la ley de los Estados Unidos. Inicialmente, analizamos las repercusiones multifacéticas del fenómeno de la posmodernidad en la legislación penal, sobre la base de cuestiones espistemológicas, político-económicas y sociológicas. Luego, a partir de la observación de la hipertrofia del derecho penal brasileño, trata de analizar las manifestaciones de protección penal inadecuada, protección penal innecesaria y protección penal estrictamente desproporcionada. Posteriormente, se hacen consideraciones sobre los principios de proporcionalidad y razonabilidad, observando algunas propuestas para la realización de la proporcionalidad en el ámbito penal para concluir, preliminarmente, sobre la factibilidad de integrar los elementos de proporcionalidad con la idea subyacente a las pruebas de constitucionalidad. Al final, se propone una teoría de proporcionalidad legislativa penal que reúne criterios de justicia material como la protección de bienes jurídicos, la ofensividad y el equilibrio entre sanciones dentro de la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto y al mismo tiempo. Poder operar una cierta flexibilidad, dependiendo del interés a proteger, la forma de protección y los niveles de sanciones abstractas.

Palabras clave: proporcionalidad legislativa – pruebas de constitucionalidad – bienes jurídicos – ofensividad – niveles de sanciones abstractas.

SUMÁRIO

Introdução 11

1. Dilemas contemporâneos acerca da desproporcionalidade das leis penais e suas influências no cenário nacional 17

1.1. As transformações do Direito Penal brasileiro decorrentes do contexto pós-moderno 17

1.2. A pós-modernidade como paradigma 19

1.3. Base epistemológica: a opacidade das ciências sociais clássicas 23

1.3.1 A crise das ciências jurídicas 26

1.3.2. O desapego pela dogmática em busca da eficiência punitiva 29

1.4. Base político-econômica: esvaziamento da soberania estatal pela globalização 38

1.4.1. A internacionalização do Direito Penal 44

1.4.1.1. A tutela penal dos direitos humanos 44

1.4.1.2. O discurso hegemônico da insegurança social 49

1.4.1.3. A tutela penal de interesses econômicos 56

1.5. Base sociológica: sociedade do risco e Direito Penal 62

2. Manifestações de desproporcionalidades das leis penais brasileiras 77

2.1. A hipertrofia como marca da desproporcionalidade penal: a primazia da emergência e seus efeitos meramente simbólicos 77

2.2. Modalidades de desproporcionalidades da tutela penal 86

2.2.1. Da tutela penal inadequada 88

2.2.1.1. Inadequação da tutela penal de moralidades 97

2.2.1.2. Inadequação e tutela penal de interesses abstratos 103

2.2.2. Da tutela penal desnecessária 110

2.2.2.1. Tutela desnecessária e tipos de perigo abstrato 117

2.2.2.1.1. Crimes de ação concretamente perigosa 122

2.2.2.1.2. Crimes de acumulação 126

2.2.2.1.3. Delitos preparatórios 131

2.2.3. Da tutela penal estritamente desproporcional 138

2.2.3.1. Desproporcionalidades estritas e natureza de bens jurídicos 149

2.2.3.2. Desproporcionalidades estritas e desvalores abstratos das condutas 153

2.2.3.3. Desproporcionalidades estritas e desvalores abstratos dos resultados 155

3. Parâmetros para a aferição da proporcionalidade de tipos penais 159
3.1. Considerações acerca de uma necessária aproximação entre Direito Penal e Constituição 159
3.2. Princípio da proporcionalidade 169
3.2.1. Subprincípios da proporcionalidade 174
3.3. Princípio da razoabilidade 178
3.3.1. Os *standards* materiais do Direito Constitucional dos Estados Unidos 182
3.4. Questões acerca do rendimento da proporcionalidade como critério limitador da intervenção penal 186
3.5. Algumas propostas de concretização dos elementos da proporcionalidade no âmbito penal 194
3.6. A concretização dos elementos da proporcionalidade em matéria penal por meio de sua integração à ideia subjacente aos *standards* constitucionais 203

4. Por uma teoria da proporcionalidade legislativa penal: critérios densificadores para o conceito material de crimes e proporcionalidade das penas 207
4.1. Proporcionalidade e legislação penal: uma utopia? 207
4.2. Adequação 223
4.2.1. Proteção de bens jurídicos individuais sob escrutínio de mera racionalidade ... 224
4.2.2. Proteção de bens jurídicos coletivos sob escrutínio estrito 228
4.2.2.1. Critério democrático-constitucionalista 231
4.2.2.2. Subsidiariedade penal simples 235
4.3. Necessidade 238
4.3.1. Tipos de dano e de perigo concreto sob escrutínio de mera racionalidade 242
4.3.2. Tipos de perigo abstrato sob escrutínio estrito 244
4.3.2.1. Possibilidades não-fabricadas de dano 248
4.3.2.2. Subsidiariedade penal qualificada 251
4.4. Proporcionalidade em sentido estrito 253
4.4.1. Critério dos três *eaden* 256
4.4.1.1. Dimensão vertical sob escrutínio de mera racionalidade 257
4.4.1.2. Dimensão horizontal sob escrutínio estrito 261

Conclusões 265

Referências bibliográficas 273

Introdução

Assim como o ser humano é imperfeito e o mundo não é ideal, leis ilegítimas sempre acompanharam a história da humanidade. Sistemas jurídicos infalíveis são utópicos e apenas habitam o imaginário humano, o que não significa a defesa de sua aceitação resignada, mas, antes, avulta a necessidade de serem acusadas as diversas discrepâncias legislativas, acompanhadas das respectivas propostas de correção.

Atualmente, as injustiças observadas sob o plano legislativo são agudizadas pelos efeitos da pós-modernidade e seus impactos, provavelmente, são mais sensivelmente verificados na edição de leis penais incriminadoras. A busca desenfreada pela eficácia social das medidas punitivas desencadeia um constante desapego pela dogmática penal; a globalização esvazia a soberania estatal e internacionaliza o Direito Penal, principalmente em temas afetos à proteção de direitos humanos, insegurança social e interesses econômicos globalizados; e o aparecimento de riscos mundiais, decorrentes do avanço científico, tecnológico e das novas perspectivas econômicas, desemboca na antecipação da tutela penal, por meio da punição de comportamentos possivelmente arriscados.

A legislação penal brasileira não é indiferente a essa realidade. As suas disfuncionalidades, sempre verificadas, foram aprofundadas a partir do contato com questões que guardam sintonia direta com o multifacetado conceito da pós-modernidade. Com frequência, o resultado é, por um lado, um crescimento desordenado das normas penais incriminadoras e, por outro, um aumento assimétrico das sanções penais abstratas, consoante a cadência ditada pela normatividade de emergência.

No grande contexto das disfuncionalidades legislativas penais, em alguns casos o problema está no objeto de tutela penal, como ocorre na sua utilização para a proteção de meras imoralidades, como a defesa da *organização tradicional da família* pelo vestusto artigo 240 do Código Penal, que criminalizava o crime de adultério, e o caso da proteção de interesses abstratos que signficam a defesa de meras funções estatais, a exemplo do art. 22 da Lei Federal 7.492/1986, que se coloca à proteção da função de controle sobre a entrada e saída de dinheiro do país, não se identificando qualquer referência mediata ou indireta com a proteção de interesses individuais.

Para outras hipóteses, ainda que se vislumbre a adequação de se destinar proteção criminal a certo interesse, a questão está na estrutura utilizada para essa proteção, que pode

representar desnecessário sacrifício à liberdade individual. Por exemplo, muito embora possa se reconhecer a viabilidade da tutela penal do meio ambiente, pode-se enxergar a ilegitimidade de diversas estruturas típicas da Lei Federal 9.605/1998, como o seu art. 51, que criminaliza o comércio ou a utilização de motosserra em quaisquer formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente. E, sob outro prisma, pode-se reputar plausível a proteção penal da segurança pública, mas, ainda assim, entender desnecessária a criminalização da posse, dentro da resiência, de uma única munição de uso permitido, como estabelece o art. 12 da Lei Federal 10.826/2003.

Em outros casos, as disfuncionalidades não repousam sobre o objeto ou a forma de proteção penal. Elas recaem sobre as faixas sancionatórias estabelecidas abstratamente pelos preceitos penais secundários, observando-se a desproporcionalidade mediante a comparação entre dois ou mais patamares sancionatórios. Cogita-se, assim, do desequilíbrio entre as penas previstas para o tráfico de drogas (art. 33 da Lei Federal 11.343/2006: 5 a 10 anos de reclusão, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa) e aquelas do art. 273 do Código Penal, que estabelece penas de 10 a 15 anos de reclusão para quem, por exemplo, vende ou tem em depósito para vender produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Também pode se acusar a desproporcionalidade entre as penas contempladas para o comércio de CDs ou DVDs "piratas", 2 a 4 anos de reclusão e multa (art. 184, § 2º, Código Penal), e aquelas contempladas para o comércio de programas de computador ("softwares"), que variarão entre 1 e 4 anos de reclusão e multa (art. 12, § 1º, Lei Federal 9.609/1998).

Os dois capítulos iniciais do trabalho serão dedicados a essas questões. No primeiro deles, serão abordadas as questões que se colocam como pano de fundo das desproporcionalidades contemporâneas das leis penais. Elas serão divididas em três bases: a *base epistemológica*, que cuidará da crise das ciências jurídicas, a partir do embaciamento das próprias ciências sociais, e de como esse quadro desagua no desapego pela dogmática penal e na consequente exaltação da pura eficiência punitiva; a *base político-econômica*, que se fundamenta no enfraquecimento da soberania estatal pela globalização, o que redunda na internacionalização do Direito Penal, sensivelmente verificada na proteção de direitos humanos de grupos vulneráveis, na difusão de discursos mundiais de insegurança nacional e na defesa de certos interesses econômicos; e a *base sociológica*, com todas suas repercussões acerca do gerenciamento do risco por meio da intervenção penal.

A amplitude deste capítulo inicial e a ausência de conclusões preliminares são justificadas a partir da vocação de generalidade do próprio fenômeno da pós-modernidade, cuja análise não pode se restringir a qualquer área do conhecimento, ainda que esta seja a grande área das ciências jurídicas, sem que se considerem suas implicações políticas e sociais.

O segundo capítulo tratará de analisar as principais desproporcionalidades das leis penais brasileiras. Apesar da importância conferida aos reflexos da pós-modernidade, o exame não recairá exclusivamente sobre as disfuncionalidades penais causadas por esse fenômeno da contemporaneidade, também se examinando desequilíbrios entre diversos comandos normativos penais que com ele não apresentam relação evidente e direta. Além disso, a pesquisa recairá sobre as leis penais do Brasil, ainda que implique alusões a diplomas estrangeiros, de maneira que a teoria que será apresentada no último capítulo terá como referência o ordenamento jurídico pátrio, sendo necessária a sua adaptação caso se pretenda aplicá-la para o escrutínio de diplomas estrangeiros. Assim, considerados os corolários do princípio da proporcionalidade, serão examinadas as tutelas penais inadequadas, referindo-se ao objeto de proteção; as tutelas penais desnecessárias, em atenção à estrutura de proteção; e as tutelas penais estritamente desproporcionais, no que concerne ao *quantum* de proteção.

Constatadas as diversas desproporcionalidades penais brasileiras, o terceiro capítulo esboçará quais os parâmetros necessários para a criação de instrumentos corretivos desses desequilíbrios. Para tanto, as investigações recairão sobre aspectos da dogmática constitucional sobre a proporcionalidade e os seus subprincípios e, em seguida, ao princípio da razoabilidade e, em especial, como ele se apresenta a partir da construção da jurisprudência dos Estados Unidos da noção dos *standards* materiais.

Essa aproximação é necessária porque, ao se sugerir a proporcionalidade como critério limitador da intervenção penal, pretende-se aproveitar de sua estrutura, mas preenchê-la a partir dos paradigmas inerentes aos *standards* materiais, técnicas utilizadas pelo Direito dos Estados Unidos para a aferição da legitimidade das mais diversas restrições estatais a direitos. Esses mecanismos podem se revelar úteis à releitura do princípio da proporcionalidade como instrumento de contenção da intervenção penal, porque, ao mesmo tempo que permitem o agrupamento dos mais importantes critérios limitadores da dogmática penal no recôndito de cada um de seus subprincípio, autorizam-lhes certa flexibilidade, mediante uma maleabilidade que lhes é conceitualmente inerente, desde que, neste último caso, sejam acompanhados por critérios limitadores adicionais.

O quarto e último capítulo cuidará de apresentar esses critérios densificadores. A proposta é que a teoria da proteção de bens jurídicos seja acomodada pelo subprincípio da adequação, a ofensividade integre o subprincípio da necessidade e a igualdade interaja com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No bojo dos processos legislativos tendentes à edição de normas penais incriminadoras, caso as propostas legislativas penais prevejam a proteção de interesses individuais ou contemplem a edição de tipos de dano ou de perigo concreto, não haverá a necessidade de serem satisfeitos quaisquer critérios adicionais, de maneia que escrutínios de mera racionalidade devem ser o bastante para a aprovação dessas leis. No entanto, caso as propostas legislativas apartem-se dessas concepções clássicas e proponham a proteção de interesses coletivos ou a edição de tipos de perigo abstrato, sugere-se a existência de critérios limitadores adicionais, que devem ser cumpridos já durante o processo legislativo. Esses critérios, caracterizadores dos escrutínios estritos, no que toca à pretensão de proteção de interesses coletivos, implicarão obediência ao *critério democrático-constitucionalista* e à *subsidiariedade penal simples*. Já relativamente à pretensão de edição de tipos de perigo abstrato, tais deveres corresponderão à identificação de *possibilidades não-fabricadas de danos* e à *subsidiariedade penal qualificada*.

Por fim, no âmago da proporcionalidade em sentido estrito, em se tratando da análise do equilíbrio sistêmico das faixas penais abstratamente estabelecidas pelos tipos, sua análise considerará três *eaden*: natureza do bem jurídico, desvalor abstrato da conduta e desvalor abstrato do resultado jurídico. Considerando que carece à proporcionalidade em sentido estrito um princípio de justiça, tal qual a proteção de bens jurídicos para a adequação e a ofensividade para a necessidade, deve haver o cumprimento de critérios adicionais tanto para o escrutínio de mera racionalidade (*dimensão vertical*), quanto para o escrutínio estrito (*dimensão horizontal*).

Em todos os casos de cumprimento de deveres adicionais, propõe-se que os legisladores devam se socorrer de duas espécies de comitês e ampliar canais de participação popular. A primeira espécie de comitê deverá ser composta por especialistas das ciências penais e afins e emitir pareceres sobre dois dos três pontos relacionados ao critério democrático-constitucionalista (a fundamentalidade constitucional do interesse coletivo e a medida em que esse interesse coletivo se coloca à proteção de direitos fundamentais individuais. sobre o cumprimento das exigências relacionadas à subsidiariedade penal

simples e à subsidiariedade penal qualificada e sobre os três *eaden* referentes aos escrutínios de proporcionalidade em sentido estrito. A outra espécie de comitê, representada por cientistas de diversas áreas do conhecimento, exarará pareceres sobre variadas questões técnicas que eventualmente forem pertinentes para alguns tipos de perigo abstrato. Por fim, a ampliação dos canais de participação popular será útil para a aferição do grau de consenso social sobre o objeto a ser penalmente protegido, sendo esta uma das questões a serem travadas no contexto do critério democrático-constitucionalista.

Eis a contribuição singela que esta pesquisa pretende oferecer. A tônica é a utilização da proporcionalidade como instrumento útil à correção das proporcionalidades legislativas penais, a partir de sua colmatação por critérios relacionados aos *standards* materiais do Direito dos Estados Unidos. Por um lado, não haverá preocupações relativas a questões exclusivamente procedimentais. Por exemplo, não se cogitará sobre a maneira como se dará a abertura do processo legislativo à participação dos comitês; se deverá ser uma iniciativa das comissões de constituição e justiça, ao se constatar que a proposta visa a proteger penalmente um interesse coletivo por meio de um tipo de perigo abstrato. Tais questões fugiriam ao ponto central destas investigações, voltadas à dogmática penal.

Além disso, pode-se questionar a reduzida factibilidade de o legislador respeitar os pareceres dos comitês, porque ele é movido por interesses de diversas matizes, especialmente de ordem econômica e aqueles exercidos por grupos de pressão. Todavia, ainda que a teoria seja pensada para o processo legislativo, visando ao estabelecimento de procedimentos corretivos preventivos, nada impede que as pesquisas sejam úteis posteriormente, no exercício de eventuais controles de constitucionalidade das leis penais já em vigor, para o enriquecimento do contraditório e à ampliação da cognição judicial sobre o tema.

Com isso, estão enunciados a proposta e o modo em que se organiza este trabalho. Os desequilíbrios das leis penais é assunto abrangente e de alta complexidade e, bem por isso, suscita inquietações a respeito das tentativas de compreensão de seus desdobramentos contemporâneos. Apenas o aproveitamento da máxima possibilidade de rendimento de instituto com semelhante vocação à abrangência e à complexidade, como é o princípio da proporcionalidade, poderá fazer frente a esse fenômeno e se posicionar como instrumento útil à correção dos rumos da intervenção penal.

1. Dilemas contemporâneos acerca da desproporcionalidade das leis penais e suas influências no cenário nacional

SUMÁRIO: 1.1. As transformações do Direito Penal brasileiro decorrentes do contexto pós-moderno; 1.2. A pós-modernidade como paradigma; 1.3. Base epistemológica: a opacidade das ciências sociais clássicas; 1.3.1. A crise das ciências jurídicas; 1.3.2. O desapego pela dogmática em busca da eficiência punitiva; 1.4. Base político-econômica: esvaziamento da soberania estatal pela globalização; 1.4.1. A internacionalização do Direito Penal; 1.4.1.1. A tutela penal dos direitos humanos; 1.4.1.2. O discurso hegemônico da insegurança social; 1.4.1.3. A tutela penal de interesses econômicos; 1.5. Base sociológica: sociedade do risco e Direito Penal.

1.1. As transformações do Direito Penal brasileiro decorrentes do contexto pós-moderno

Como outra qualquer, a história da legislação penal brasileira nunca esteve completamente impermeável às influências internacionais. Basta observar o impacto causado pelas Ordenações do Reino nas práticas penais domésticas adotadas no período do Brasil colonial;[1] a abertura do Código Criminal do Império (1830) às influências do Código Francês (1810) e do Código Napolitano (1819);[2] o primeiro Código Penal republicano (1890), que sofreu forte inspiração do Código Italiano de 1889 ("Código Zanardelli");[3] e, por fim, o Código Penal de 1940, que bebeu das fontes também do italiano "Código Rocco" (1830).[4]

Além do mais, a história demonstra que as leis penais brasileiras sempre apresentaram avanços e retrocessos. É utópico pensar que houve alguma *época de ouro* da

---

[1] De certo modo, o impacto foi tímido. As Ordenações Afonsinas nunca chegaram a ser aplicadas no Brasil, ao passo que as Ordenações Manuelinas não passaram de mera referência burocrática, distante das práticas coloniais; tão somente as Ordenações Filipinas constituíram o "eixo do programa criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica" (BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 22).

[2] Sem contar as influências do Projeto Mello Freire para Portugal (1786), do Projeto de Edward Livingston para Louisiana (1825) e das ideias utilitaristas de Jeremy Bentam (D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Antecedentes históricos do Código Penal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 43, v. 10, pp. 117-134, 2011, p. 118). Digno de nota que o Código Criminal do Império, festejado pela doutrina por sua grande qualidade técnica, também acabou por influenciar a elaboração do Código Espanhol de 1848 e, consequentemente, inúmeras legislações da América Latina, que buscaram inspiração no modelo espanhol (*idem, ibidem,* p. 120).

[3] *Idem, ibidem*, p. 121.

[4] Houve outras influências, em menor escala, do Código Penal da Dinamarca (1930), do México (1931), de Cuba (1936), da Romênia (1936), o projeto francês de 1934 e o argentino de 1937 (*idem, ibidem*, p. 124).

legislação penal, composta somente por leis ideais. Leis imperfeitas e leis em demasia refletem a falibilidade humana e, quase que invariavelmente, ecoam a preponderância dos interesses políticos de cada Estado.[5]

Entretanto, as leis penais em geral, e as brasileiras, em especial, parecem nunca ter sofrido tantas transformações, aparentes ou latentes, por meio de fatores mundialmente verificados, que guardam referência ao que se convencionou chamar *pós-modernidade*. É o que já anunciava Manoel Pedro PIMENTEL, no início dos anos 1980, ao dizer que as velozes transformações sociais, acompanhadas do aumento dos índices de criminalidade, encetariam um clamor por redução de garantias e pela consequente efetividade das normas penais. Dizia o professor da Universidade de São Paulo que os espaços de vanguarda seriam cada vez mais ocupados por um *Direito Penal da periculosidade*, caracterizado por meio da antecipação da tutela penal, que se conformaria ao estabelecimento de diretrizes tecnocráticas, ao menoscabo do exercício do direito de defesa e à adoção de medidas de reabilitação, quadro que se chocaria com o conjunto de garantias penais conquistadas a duras penas, ao longo da história da humanidade.[6]

Na atualidade, tem-se constatado o cumprimento das profecias de PIMENTEL. Essas mutações legislativas estão basicamente vinculadas à busca por mais eficiência punitiva, maximizada pela proteção de novos interesses e pelo gerenciamento de riscos sociais, decorrentes do avanço tecnológico, de modo que novas concepções dogmáticas passam a compor o Direito Penal nacional, o que redunda em certa deturpação dos demais institutos clássicos, já consolidados, acarretando, ao final, uma juridicamente indesejada desproporcionalidade das leis penais.

Em outras palavras, a pós-modernidade tem ditado o ritmo de uma irrazoabilidade expansiva, também observada no Direito Penal brasileiro, que trouxe uma série de complexidades, riscos e inseguranças às relações sociais, em geral, e, no âmbito criminal, converge em um denominador comum de uma verdadeira *proposta securitária*.[7] Ao lado das regras penais codificadas, tem se multiplicado uma série de leis penais esparsas que se

---

[5] É certo que existe congruência entre os fins do Estado e os fins do Direito Penal, de maneira que o conhecimento dos primeiros é fundamental para a compreensão destes últimos (cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 22).

[6] PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 23-24.

[7] LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A moderna sociedade do risco e o uso politico do controle penal ou a alopoiesis do direito penal.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 95, v. 20, pp. 239-272, 2012, p. 241.

prestam a esse objetivo, por meio da proteção de novos interesses e a partir de uma forma toda própria, menos garantista, que acaba por abalar os modelos clássicos e a própria estrutura do Direito Penal, incrementando-se a desproporcionalidade legislativa penal brasileira.

Anteriormente à análise dos citados pressupostos pós-modernos, mostra-se necessária uma ponderação de cunho terminológico. Dá-se preferência à expressão *desproporcionalidade*, em detrimento de *irracionalidade*,[8] porque a proposta deste trabalho será o desenvolvimento de um instrumento corretivo dessas deformidades penais, com parâmetro no princípio da proporcionalidade.[9] Se o fundamento será, em última análise, de lastro constitucional, parece lógica a adoção de um termo mais familiar aos constitucionalistas. Além disso, afirmar que algo é *irracional* é dizer que se trata de objeto *incoerente* ou mesmo *ilógico.* Em muitos casos, as leis penais, apesar de injustas e desproporcionais, podem ser muito coerentes, por representarem uma lógica perversa de inobservância aos princípios penais constitucionais.

É nesse sentido que serão abordadas, em seguida, as características gerais do paradigma pós-moderno, que fornecerá as bases para as demais premissas extrajurídicas necessárias à compreensão da expansão desproporcional da intervenção penal no Brasil.

1.2. A pós-modernidade como paradigma

De maneira segura e incontestável, é penoso se definir pós-modernidade.[10] Sequer se pode assegurar que se trata de período autônomo e bem identificado ou, por outro lado, que

---

[8] Expressão utilizada, *e.g.*, por Díez Ripollés, que identifica a racionalidade legislativa penal como "o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas" (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 87).

[9] Cf. Capítulo 4, *infra.*

[10] Inexiste, inclusive, unanimidade quanto à nomenclatura. Fala-se em "sociedade de informação", "sociedade de consumo", "sociedade pós-industrial" etc., a depender da característica pós-moderna que se pretende enfatizar (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 11), ou mesmo, *transmodernidade* (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro: transmodernidade, direito e utopia.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 37). No entanto, não é adequada a utilização indistinta de *pós-modernismo*, porque esta expressão costuma ser empregada como uma forma de cultura contemporânea (EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo.* Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 7), referindo-se a estilos ou movimentos no interior das artes plásticas, da literatura e arquitetura, por dizer respeito a aspectos de *reflexão estética* sobre a natureza da modernidade (GIDDENS, Anthony, *op.cit.*, pp. 51-52).

se afigura como "uma compreensão mais plena da reflexividade inerente à própria modernidade".[11] Quando muito, podem ser indicadas suas características mais marcantes.

De modo geral, a pós-modernidade, como pensada por LYOTARD, foi um fenômeno corporificado a partir da segunda metade do século XX, que passou a contestar as principais ideias clássicas como razão, verdade, progresso e os paradigmas científicos dominantes,[12] solapando os valores modernos, tão caros à revolução burguesa, por uma ética discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem.[13]

No contexto da pós-modernidade,[14] a sociedade contemporânea passou a repudiar ontologias, hierarquias, verticalidades e limites inflexíveis, adquirindo os seus autovalores uma carga meramente contingencial.[15] Aceita-se o efêmero, o fragmentário, o descontínuo e o caos, porque já não há mais pretensões de definições de elementos eternos e imutáveis.[16] O pragmatismo tornou-se a única filosofia de ação possível[17] e as ideias positivistas de ordem, coordenação e progresso[18] cederam lugar a transformações velozes, que se harmonizam a noções fluidas, que desprezam o binômio correto/incorreto e enaltecem a necessidade de respostas mais ou menos adequadas para casos específicos, desde que

---

[11] GIDDENS, Anthony, *op.cit.*, p. 55. O autor recorda que Nietzsche e Heidegger já criticavam a ideia de "superação crítica" do conhecimento, muito antes de se cogitar da inauguração da era pós-moderna, o que demonstra que "as sementes do niilismo já estavam no pensamento iluminista desde o início", já que "nenhum conhecimento pode se basear sobre um fundamento inquestionado" (*Idem, ibidem*, p. 54). Criticamente, Habermas diz que denominar um fenômeno, como se faz com a pós-modernidade, significa distanciar-se dele e, inclusive, decretar o seu fim. Após ironizar a utilização frequente na literatura atual do prefixo "pós", acaba por reconhecer a importância desses pensadores como sensíveis indicadores do *Zeitgeist*, do pensamento atual a indicar mudanças (MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília, n. 6, v. 3, pp. 237-248, 1999, p. 239).

[12] EAGLETON, Terry, *op.cit.*, p. 7.

[13] MARQUES, Cláudia Lima, *op.cit.*, p. 240.

[14] É falacioso dizer que o mundo todo se encontra inserido na pós-modernidade. A heterogeneidade das sociedades, das cidades e dos grupos sociais implica reconhecer que sequer a modernidade - quanto mais a pós-modernidade – chegou para muitos. No Brasil, por exemplo, a horticultura ainda é a subsistência de muitas famílias em certas regiões do país; dos ritos católicos em algumas regiões de Minas Gerais, existentes desde a época do Brasil-colônia; e da insuficiência de informações e escolaridade nos mais afastados rincões nacionais (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 220).

[15] DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 229.

[16] HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17a ed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 49.

[17] *Idem, ibidem*, p. 55.

[18] O lema de *ordem e progresso*, esculpido na bandeira nacional, redunda na reafirmaçao positivista do modernismo, que ressalta a necessidade de conceitos rígidos e pretensamente corretos, que dirigiriam os rumos da nação, com sua capacidade (ilusória) de *"resistir à fluidez e à mobilidade da vida*" (HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 158).

momentaneamente eficazes para o fim a que se destinam. Conforme OST, "o transitório tornou-se habitual, a urgência tornou-se permanente".[19]

Por outro lado, a supressão das barreiras às informações, viabilizada pela internet,[20] implica na relativização do binômio tempo-espaço. Se não se pode referir a crescimento qualitativo das informações, certamente se observa sua multiplicação quantitativa, de modo que, como já havia sinalizado VIRILIO, ao lado da poluição do meio ambiente, já se pode cogitar de uma *poluição informacional*,[21] que modifica a configuração dos espaços pela criação de ambientes virtuais que, diferentemente dos ambientes reais, possuem a capacidade de disfarçar as mazelas do ser, por meio da seleção artificial de imagens.[22]

No plano internacional, observa-se a decadência do conceito clássico de soberania estatal, formulado por Jean BODIN no século XVI e cristalizado desde a Renascença, com o aparecimento do Estado Moderno, compreendido como "poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção".[23] A globalização econômica, que pode ser compreendida como a base material da pós-modernidade,[24] representa o "ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista".[25] Com isso, a ideia de poder sem limites foi relativizada para se conformar a diversos interesses econômicos internacionais, normalmente ditados por países centrais, o que contribui para o enfraquecimento dos Estados nacionais, quer seja por meio de delegação deliberada de competências a instâncias supranacionais, quer seja de modo involuntário, como consequência natural do próprio processo de globalização,[26] avultando-se o "desequilíbrio das relações de poder político e

---

[19] OST, François. *O tempo do direito.* Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999, p. 359.
[20] Desenvolvida a partir da uniformização da linguagem informática ("Protocolos TCP/IP"), que permitiu a intercomunicação entre aparatos e redes de aparatos tecnológicos, que passou a ocorrer em grande escala nos Estados Unidos em 1969, com o desenvolvimento militar da ARPANET (*Advance Research Agency Network)*, viabilizando o compartilhamento de informações com mais segurança, sem riscos de destruição dos dados por conta de um bombardeio (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999, pp. 82-83).
[21] VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Liberdade, 1996, p. 124.
[22] *Idem, ibidem,* p. 127.
[23] BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado.* 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 33.
[24] SANFELICE, José Luís. *Pós-modernidade, globalização e educação*. In: *Globalização, pós- modernidade e educação*. José Claudinei Lombardi (org.). Campinas: Autores Associados, 2001, pp. 3-12, p. 7.
[25] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 23.
[26] TORRES, Igor Gonçalves. *O enfraquecimento do estado nacional como entidade reguladora do comércio exterior*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 1997, p. 37.

econômico e o controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de fianças e comércio".[27]

Outra característica peculiar à pós-modernidade é a produção exacerbada de riscos que assumem feições globais, com a susceptibilidade de produção de seus efeitos em tempos e lugares bem distantes da ação,[28] viabilizando-se o denominado *efeito mariposa*, porque a existência de uma enorme cadeia de conexões pode fazer com que variações insignificantes, em princípio, gerem efeitos catastróficos na origem,[29] como podem ser lembradas diversas catástrofes, como a morte e afetação da saúde de diversas pessoas por substâncias químicas emitidas na fábrica da Union Caribe, na Índia, em 1984 e a explosão nuclear na Usina de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986. Esta realidade impõe às instituições estatais, em geral, e à própria sociedade uma missão hercúlea, já identificada por BAUMAN, qual seja, a de "encontrar soluções *locais* para problemas e dilemas *concebidos* globalmente."[30]

Deveras, conforme aduziu BECK, a intensificação da industrialização acarretou a passagem da modernidade simples ou ortodoxa para a modernidade reflexiva,[31] com a substituição da lógica da produção social de riquezas pela lógica da produção social de riscos, desencadeando-se estes, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, em medida até então desconhecida.[32]

Ainda no grande contexto da sociedade do risco, a frouxidão dos vínculos humanos dificulta o exercício da solidariedade e eleva o medo, não apenas das condutas potencialmente arriscadas, mas de certos grupos de pessoas *indesejadas*, pertencentes de *classes perigosas*,[33] apontados por BAUMAN como aquelas compostas por sujeitos

---

[27] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição.* 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 304.

[28] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 33, pp. 39-65, 2001, p. 44.

[29] LAMO DE ESPINOSA, Emilio. *De bruces con la postmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo*. Política exterior, vol. XV, n. 80, pp. 11-20, 2001, p. 13.

[30] BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 89.

[31] BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva.* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 11.

[32] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23.

[33] A suposta periculosidade de certas classes, compostas por pessoas indesejadas, varia no decorrer da história. Hoje se amoldam nesse encaixe os *terroristas*, cujos atos possam se subsumir às formas absolutamente porosas do art. 2º da Lei Federal 13.260/2016 que, visando ao atingimento de certa eficácia punitiva, acaba por provocar verdadeiro abalo na dogmática penal clássica, ao elencar uma série de crimes de perigo abstrato e delitos de posse (arts. 2º, 3º e 5º) e punir a prática de "atos preparatórios de terrorismo, com o propósito inequívoco de consumar tal delito" (art. 5º, *caput*). Mas a pecha da periculosidade foi atribuída a outras classes em outros

privados pelo desenvolvimento econômico do exercício de qualquer atividade considerada socialmente útil e referenciados como *socialmente desajustados, criminosos* ou *elementos antissociais*.[34]

Eis o panorama geral da sociedade pós-moderna. Em seguida, serão analisadas três de suas vertentes principais. Serão enfatizados os reflexos de cada um desses pontos ao Direito Penal brasileiro, mas o que se percebe é seu entrelaçamento, tornando-se difícil atribuir este ou aquele efeito com base exclusiva em um paradigma, como se fossem compartimentos estanques. Essas vertentes serão assim identificadas: a *base epistemológica*, que se confunde com a crise das ciências sociais, dentre as quais o Direito, porque se busca, a partir da ruptura de alicerces lógicos, uma *absolutização* da eficácia social das normas;[35] a *base político-econômica*, coincidente com a relativização do conceito de soberania estatal decorrente da globalização, que acaba por conferir caráter transnacional a uma série de direitos;[36] e, por fim, a *base sociológica*, na análise da sociedade do risco.[37]

1.3. Base epistemológica: a opacidade das ciências sociais clássicas

A revolução científica que ocorreu no século XVI por obra de COPÉRNICO, GALILEU e NEWTON possibilitou o início de um ciclo de hegemonia de certa ordem científica, que redundou, dois séculos mais tarde, na utilização da ciência moderna como fundamento para transformações técnicas e sociais sem precedentes.[38]

Aludida revolução não se circunscreveu ao campo das ciências naturais. No século XIX passou-se a apregoar, na seara das ciências sociais emergentes, um modelo global de racionalidade científica, que se esforçava para se distinguir de duas outras formas de

---

períodos, como os *comunistas*, inseridos na lógica do "direito penal do inimigo" na Era Vargas, segundo a lógica da Lei de Segurança Nacional, calcada na Criminologia Positivista de Lombroso, Ferri e Garofalo (BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga; LEONEL, Wilton Bisi; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Direito penal do inimigo e lei de segurança nacional de 1935, no Brasil.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 137, v. 25, pp. 17-62, 2017, pp. 34-37).

[34] Bauman esclareceu que as novas classes perigosas "são aquelas conhecidas como inadequadas à reintegração e programadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a 'reabilitação'. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de 'permanência' que a modernidade líquida não apenas permite, mas promove ativamente". (BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, pp. 74-75).

[35] Cf. item 1.3, *infra.*

[36] Cf. item 1.4, *infra.*

[37] Cf. item 1.5, *infra.*

[38] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7a ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 17.

conhecimento não-científicas e, portanto, irracionais: o senso comum e as humanidades, como os estudos da História, do Direito, da Teologia etc.[39]

Esse modelo de racionalidade atribuía à Filosofia um papel fundamental de reflexão sobre o conhecimento científico. Por isso que a epistemologia passou a ocupar um lugar central nas reflexões filosóficas,[40] o que acabou por ocasionar a dogmatização da ciência, representada pelo culto ao positivismo lógico. Esta era a tônica, aliás, das discussões do Círculo de Viena, já no século XX (1919-1936), onde se apregoava que a filosofia apenas se justificava enquanto servisse para a justificação das ciências positivas.[41]

Ocorre que, como professa Boaventura de Sousa SANTOS, verifica-se o fim do ciclo de citada hegemonia da ordem científica,[42] o que se deve a três vertentes teóricas, principalmente.[43] Uma delas refere-se ao próprio Círculo de Viena, quando os próprios filósofos que o compunham, com perplexidade, passaram a perceber a dificuldade extrema da dogmatização científica, em virtude de suas próprias contradições indissolúveis.[44]

A segunda, próxima da primeira, reside na constatação de que as tentativas fracassadas de serem encontrados os princípios fundadores das ciências impediram que fossem encontradas respostas seguras e definitivas aos problemas que passaram a surgir com o progresso vertiginoso das várias disciplinas científicas.[45] A pretensa racionalidade científica foi abalada, por exemplo, pela teoria de EINSTEIN acerca da relatividade da simultaneidade, que acabou por abrandar os rigores das leis de NEWTON no domínio da astrofísica; e pela mecânica quântica de HEINSENBERG, que demonstrou não ser possível observar ou medir um objeto sem interferir nele próprio.[46]

A terceira vertente, de cunho estritamente filosófico, indica que algumas virtudes das ciências, como a imaginação, a criatividade, a disponibilidade de se submeter a críticas e o

---

[39] *Idem, ibidem*, p. 21.
[40] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4a ed. São Paulo: Graal, 1989, p. 30.
[41] *Idem, ibidem*, p. 22.
[42] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso…*, p. 19.
[43] O autor também faz alusões a causas sociais dessa crise, como o fato de a industrialização da ciência ter acarretado o seu compromisso com centros de poder econômico, social e político, que passaram a ter um papel decisivo na definição das prioridades científicas, perdendo a ciência a sua capacidade de autorregulação (*Idem, ibidem*, pp. 56-57).
[44] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução…*, p. 23.
[45] *Idem, ibidem*, p. 24.
[46] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso…*, p. 41.

caráter comunicativo das investigações, são questões a serem cultivadas nos campos da moral e da política,[47] desvinculando-se da esperada isenção pura das ciências.

Destarte, o paradigma científico dominante é sucedido pelo paradigma emergente, que passa a ser alicerçado nas seguintes premissas: (1) *todo o conhecimento científico-natural é científico social*: a distinção entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido. O conhecimento deixa de ser dualista e os estudos humanistas readquirem o seu valor;[48] (2) *o conhecimento passa a ser local e total*: ao mesmo tempo em que o conhecimento se torna especializado, ele passa a abranger uma complexidade de ramos do saber; não é um conhecimento determinista, porque ele diz respeito às condições de possibilidade, a partir de uma pluralidade metodológica;[49] (3) *todo conhecimento é autoconhecimento*: o conhecimento é a continuação do sujeito por outros meios. Os pressupostos metafísicos, as crenças e os juízos de valor passam a compor a explicação científica,[50] ao mesmo tempo em que a incerteza do conhecimento transforma-se na chave de entendimento de um mundo que, antes de ser controlado, tem que ser contemplado;[51] e (4) *todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum*: a ciência pós-moderna dialoga com outras formas de conhecimento, deixando-se penetrar por elas.[52] Se a ciência moderna insurgiu-se contra o senso comum, a ciência pós-moderna nele reconhece virtudes que enriquecem a relação com o mundo, porque ele é prático, transparente e fiável, à medida que reproduz as experiências e trajetórias de dado grupo social.[53]

A par dessas constatações, pode-se dizer que a ciência pós-moderna é desdogmatizada e, sem pretensão de universalidade, abre-se ao influxo de uma variedade de fatores, que passam a conformá-la e adaptá-la a necessidades particulares, o que é visto, indubitavelmente, também no Direito.

---

[47] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução…*, p. 23.
[48] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso…*, p. 70.
[49] *Idem, ibidem*, p. 77.
[50] *Idem, ibidem*, p. 83.
[51] *Idem, ibidem*, p. 86.
[52] *Idem, ibidem*, p. 88.
[53] *Idem, ibidem*, p. 89.

1.3.1. A crise das ciências jurídicas

Crise, segundo GRAMSCI, "consiste, precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, surge uma grande variedade de sintomas mórbidos".[54] Sob essa perspectiva, o Direito, assim como as demais ciências sociais, encontra-se em crise, de modo que "a crise do paradigma da ciência moderna acarretou consigo a crise do paradigma do direito moderno".[55]

Decerto, desde o reconhecimento do Direito como ciência, passou-se a considerar que o conhecimento social científico ser-lhe-ia irrelevante, em uma tentativa de afirmação epistemológica pura.[56] Basta serem lembradas as lições de KELSEN, preocupadas com a necessidade de sanear o Direito dos demais elementos que lhe pareçam estranhos, com o fito de estabelecer uma fórmula de estudo baseada no sistema de Direito Positivo. Tratava-se de um positivista, preocupado com as ideias do *ser* e do *dever ser*, esta última a linguagem do jurista.[57]

Segundo a ótica do positivismo jurídico, a norma bastaria por si só, sendo estranhas ao Direito tanto as análises dos valores que antecederam a sua criação, quanto das consequências sociais de sua aplicação.[58] O positivismo representou, assim, o culto à razão por meio da edição de leis, editadas com a pretensão de abarcar todas as questões da vida juridicamente relevantes, passando-se a acreditar na existência de um sistema jurídico autossuficiente, porque independente de referências externas.[59]

---

[54] GRAMSCI, Antonio. *Cadernos-seleções de notas de prisão*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971, pp. 25-26.
[55] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 164.
[56] *Idem, ibidem*, p. 165.
[57] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 18. Digna de nota é a conhecida polêmica que foi travada entre Kelsen e Ehrlich, professor da Universidade de Viena e, em seguida, da Real-Imperial Universidade de Czernowitz. Para ele, "o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade" (EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986, prefácio). Portanto, Ehrlich sustentava que o Direito não se encontra exclusivamente nas leis e nos tribunais, mas na própria sociedade, entendendo possível se deduzir a norma jurídica do próprio fato, independentemente de sua descrição em um livro de leis. Para ele, a ênfase repousa sobre o *direito vivo,* aquele que brota da própria sociedade, já que o próprio direito extra-estatal ou social constitui de longe o componente mais vasto e mais importante do ordenamento jurídico (CARRINO, Agostino. *Hans Kelsen e Eugen Ehrlich. Scienza Giuridica e Sociologia del Diritto.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 5-33, 1992, p. 12).
[58] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *op. cit.*, pp. 182-184.
[59] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26.

Todavia, a pós-modernidade provocou certa *deslegalização* da sociedade e a aparente ruína do Direito enquanto sistema normativo, solapado pelo *desdogmatismo ideológico puro*.[60] E isso se dá pela busca obstinada pela eficácia do Direito. Pouco importa serem as normas formalmente válidas e logicamente sistematizadas, se elas não se revestirem de eficácia social, o que implica na perda da destacada pureza dessas normas, que se abrem para se impregnarem de outras cargas, advindas de sistemas culturais, sociais, políticos, éticos e outros, de modo que, ao final, o Direito, como um todo, acaba se tornando muito mais complexo e instável, por conta de sua contingência às dinâmicas sociais. [61]

Consoante o positivismo jurídico, ilegítimas eram as normas inválidas, nulas ou anuláveis, e a questão da eficácia social passava ao largo das preocupações técnico-jurídicas. Contemporaneamente, sob a roupagem do que se convencionou denominar *pós-positivismo*, [62] a ilegitimidade confunde-se com a ineficácia das normas, podendo-se, inclusive, admitir-se a produção de efeitos de leis formalmente nulas, segundo o princípio da *força normativa dos fatos*.[63]

Enquanto se assiste ao enaltecimento dos efeitos sociais produzidos pelas normas, simultaneamente passa a haver certo desapego a sistemas jurídicos, enquanto "conjunto de conhecimentos ordenados por princípios";[64] vale dizer, organismos racionais, devidamente calculados e coerentes, que parecem não fazer mais sentido diante de sociedades em constantes transformações, que clamam por resultados cada vez mais instantâneos.

---

[60] MARQUES, Cláudia Lima, *op.cit.*, 238.

[61] BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, *op. cit.*, p. 207.

[62] Segundo Barroso, "o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e naturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia." (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 270).

[63] Exemplo claro dessa constatação foi dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento que solicitava a nulidade de lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães-BA, por afronta aos requisitos estabelecidos pelo art. 18, § 4º, da Constituição. O STF acolheu o pedido, mas manteve hígida a criação do município, porque a realidade social já tinha sido alterada e o retorno ao *status quo* traria mais prejuízos sociais do que sua manutenção (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 2.240/BA, rel. Eros Grau, julgado em 09.05.2007).

[64] KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995, Preâmbulo, p. IV

Este quadro permite identificar, como já apontou IRTI, a *era da descodificação* do Direito: em virtude da complexidade dos fatos e da especialidade de questões diversas, que exigem conhecimentos cada vez mais particularizados, os códigos passam a ser substituídos por microssistemas legislativos.[65] A par disso, os princípios, com seus conteúdos estruturalmente indeterminados, adquirem o status de normas[66] e as regras passam a contar com termos cada vez mais vagos, demandando sua integração por outros atos administrativos. Interesses científicos, religiosos, culturais e econômicos passaram a ter algum ponto de apoio em algum poder público reconhecido, fazendo com que os aparatos administrativos do Estado assumam grandes proporções e passem a cuidar de interesses muito específicos, além de adquirirem poder decisório nessas matérias, retiradas do âmbito de competência do poder central, que já não mais reúne condições de se manter enclausurado.[67] Por conseguinte, impôs-se uma necessidade de regulação efetiva,[68] preservadas as autonomias dos demais subsistemas sociais (economia, saúde, educação, ciência etc.), acarretando a necessidade de setorização dos ordenamentos jurídicos, para que seja combatida a crise regulatória do Estado ("regulatory failures").[69]

Com isso, para que seja útil, o Direito torna-se fluido, muito mais flexível às contingências sociais, evidenciando-se sua *alopoiese*,[70] sua abertura ao diálogo com outros sistemas, como a Política e a Moral, para se deixar impregnar por seus valores, que lhe seriam inicialmente estranhos.

---

[65] IRTI, Natalino. *L´età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.
[66] GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideologia de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008, p. 74.
[67] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 10, 2007, p. 14. Disponível em file:///C:/Users/tfilippo/Downloads/ARAG%C3%83O%252c%20Alexandre%20Santos%20de%252c%20Ag%C3%AAncias%20Reguladoras%20e%20Triparti%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Poderes%20(1).pdf. Acesso em 24.01.2018.
[68] A regulação é elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea*. Revista de Direito Público da Economia, n. 33, 2011. Disponível em file:///C:/Users/tfilippo/Downloads/MARQUES%20NETO%252c%20Floriano%20A%252c%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20Autorregula%C3%A7%C3%A3o%20(2).pdf. Acesso em 24.01.2018
[69] *Idem, ibidem*, p. 3.
[70] Alopoiese é o contrário de autopoiese (NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 142). Para Luhmann, a sociedade e seus subsistemas (como o Direito) são concebidos como sistemas autopoieticos. Isso significa que eles são operativamente fechados, o que lhes garante estabilidade, mas devem estar abertos ao seu entorno. A estabilidade do Direito, assim, decorreria de seus elementos internos, de natureza jurídica, porém ele estaria aberto a influxos de outros subsistemas (LUHMANN, Niklas; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoria de sistemas:* lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Mexico: Antropos, 1999, pp. 67-68).

O pretexto teórico dessa interação consiste na atenção, em última análise, ao postulado da dignidade humana, conformador de legitimidade das normas jurídicas. Como sustenta BRITTO, a dignidade humana é a porção do humanismo que mais avulta, "de modo a ocupar uma posição de centralidade no âmbito mesmo dos direitos fundamentais de todo o sistema constitucional brasileiro."[71]

O problema é que sobredita abertura do sistema jurídico, em princípio positiva por aproximá-lo de ideais de Justiça, ao fazê-lo circundar a dignidade humana, seu núcleo central, franqueia influências absolutamente negativas advindas do poder econômico e do poder político, criando uma casta de cidadãos privilegiados, por um lado, e sub-cidadãos, por outro, principalmente no âmbito dos países periféricos.[72]

Daí que essa realidade deforma a aparente neutralidade do sistema jurídico e influencia na edição de leis. Este quadro, aliado à própria crise de legalidade, à desdogmatização do Direito e à busca por eficiência, acaba por abalar a própria dogmática, que se deixa conformar a ela, muitas vezes indevidamente, em vez de obstar o triunfo do pragmatismo na seara jurídica.

1.3.2. O desapego pela dogmática em busca da eficiência punitiva

A eficiência é uma característica positiva. Leis não são editadas para serem inócuas. Seus efeitos são esperados, na exata extensão de seus âmbitos de aplicabilidade. Na esfera penal, as normas incriminadoras não teriam razão de existir se não previssem penas para aqueles que infringem os respectivos comandos proibitivos. O que não se revela adequado, porém, é a maximização de uma ideia de eficiência por meio do recrudescimento do Direito Penal, acompanhado por uma visão cética sobre o valor dos direitos e garantias fundamentais, reputados como meros obstáculos à intervenção penal.[73]

O sistema penal pode ser fechado ou aberto. Na inauguração do período clássico do Direito Penal, segundo o modelo casualista formal de LIZST-BELING, calcado no

---

[71] BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como cateogoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 38.
[72] CAMARGO, José Aparecido. *Teoria dos sistemas: autopoiese e alopoiese.* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 3152-3191, 2009, p. 3160.
[73] APONTE CARDONA, Alejandro. *El derecho penal em una perspectiva de paz: de la tensión entre eficientismo y garantismo em el caso colombiano*. Sistemas judiciales, n. 1, v. 1, pp. 156-161, 2001, p. 158.

positivismo jurídico, bem como no finalismo de WELZEL, com sua tônica ontológica,[74] o sistema penal apresentava-se fechado, o que significa prevalecer a compreensão de que todos os enunciados penais podem ser extraídos da lógica dedutiva, a partir de fórmulas fundamentais inerentes ao próprio Direito Penal.[75]

O sistema penal fechado apresenta-se favorável às exigências de segurança jurídica. O pretendido hermetismo de suas formulações teóricas conformou-se à simplicidade metodológica e à organicidade sistemática, bastando que, a partir de uma relação de causalidade, fosse demonstrada a prática do fato.[76] Assim, problema central de um sistema fechado reside na infração às normas primárias, pouco importando as questões de imputação, sob a perspectiva das normas penais secundárias.

Por outro lado, o sistema penal será considerado aberto quando ele se desprende de um fechamento metodológico e sistemático próprio, reconhecendo que essa limitação apresenta-se incompatível com a "complexidade e a variação da vida social",[77] reverberando na mutabilidade de suas regras a respeito de diversos aspectos da vida e se destacando sua aptidão prática.[78]

Podem ser vislumbrados traços dessa abertura no final do período clássico do Direito Penal, com o neokantismo, com as variantes de RADBRUCH, MEZGER e SCHMIDT,[79]

---

[74] Na primeira metade do século XX, Hans WELZEL criticou a sistemática lógico-formal e a estrutura axiomática do neokantismo, ao afirmar que "o ordenamento jurídico determina por si mesmo quais elementos ontológicos quer valorar e lhes vincular consequências jurídicas. Mas não pode modificá-los (os elementos em si) se os configura nos tipos. Pode designá-los por intermédio de palavras, assinalar seus caracteres, mas eles próprios constituem o elemento individual, material, que é a base de toda valoração jurídica possível" (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. 4ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13).

[75] AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 37.

[76] CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25.

[77] AMARAL, Claudio do Prado, *op. cit.*, p. 38.

[78] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 111.

[79] Existia uma divergência conceitual entre Radbruch e Mezger acerca da possibilidade de se incluir ação e omissão no supraconceito de conduta. Enquanto o primeiro entendia inviável esse raciocínio, porque elas se comportariam de maneira antagônica como *posição* e *negação* (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 238), Mezger as considerava no conceito amplo de conduta, reputada esta como "aquilo que é comum aos fatos puníveis" (MEZGER, Edmund. *Decrecho penal*: *parte general*. Trad. Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: El foro, 1985, p. 87). De toda a forma, o ponto em comum entre eles é a necessidade de valoração dos comportamentos, marca do neokantismo. Esta tônica também foi referida no pensamento de Eberhard Schmidt, encarregado da revisão da obra de Liszt, muito embora sua ênfase repouse na análise da conduta enquanto fenômeno socialmente relevante, acabando por preconizar a primeira teoria social da ação (ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 244).

porque o causalismo deixa de ser meramente formal para se transformar em um causalismo valorativo, diante da constatação de que as ciências sociais não podem explicar adequadamente as ações humanas.[80] E, de maneira mais marcante, no período pós-finalista, a partir das construções funcionalistas, especialmente de HASSEMER, ROXIN e JAKOBS, cada qual com sua abordagem, todas, porém, tendo como ponto comum o notável apelo normativista.

A existência de um sistema penal aberto se impõe para que o Direito Penal guarde correspondência com a realidade e acompanhe a elasticidade das transformações sociais, desencadeando a elaboração de novas concepções epistemológicas e a atualização da dogmática, que não pode estar desapegada da realidade.[81] De fato, uma ligação estreita entre normas jurídicas e realidade social é imprescindível para a construção de um sistema penal elaborado sob uma lógica compreensível pelos destinatários, com perspectivas claras de praticabilidade e eficácia.[82]

Ocorre, no entanto, que, se por um lado essa conexão entre normas penais e realidade se revela imperiosa em busca do atendimento de necessidades práticas, por outro, não se pode adotar qualquer meio à sua consecução.[83] Em poucas palavras: eficiência é necessário, mas não a qualquer custo; em seu nome, não podem ser aviltadas garantias constitucionais e legais, conquistadas a duras penas no curso do penoso processo civilizatório da humanidade.

Por conseguinte, não se pode adotar uma visão meramente utilitarista do Direito Penal, segundo a qual os direitos individuais de uma minoria podem ser perfeitamente sacrificados pelo bem-estar da maioria.[84] Não se trata de se proclamar um *ontologismo fora*

---

[80] Contrariamente, Amaral enxerga que o Direito Penal era concebido como um sistema fechado também no período neokantista (AMARAL, Claudio do Prado, *op. cit.*, p. 37). Mas, ainda que o causalismo formal e o neokantismo estejam situados no que se convencionou denominar período clássico do Direito Penal, concorda-se com Greco, quando afirma haver "muito mais em comum entre o causalismo e o finalismo que entre aquele e o neokantismo". (GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 32, v. 8, pp. 307-362, 2000, p. 311).

[81] AMARAL, Claudio do Prado, *op. cit.*, p. 33.

[82] MOCCIA, Sergio. *A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade*. Trad. André Ribeiro Giamberardino. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antônio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.* Madrid: Marcial Pons, pp. 405-416, 2012, p. 409.

[83] *Idem, ibidem*, p. 411.

[84] Silva Sánchez aponta que a crítica que se faz à análise econômica do Direito Penal é justamente a sua incapacidade de integrar valores (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal.* Trad. Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2004, pp. 58-59). No mesmo sentido, mas mais voltado a questões processuais, com críticas ácidas ao instituto do *plea bargaining*, chamando-o o de *extorsão estrutural*, ou "uma luta de boxe entre um Klitschko e um natural de Liliput", que também destruiria a orientação preventivo-geral

de lugar, mas de se reconhecer às garantias a importante missão de imposição de limites à atuação estatal, tanto na edição de tipos penais, quanto na persecução, aplicação da pena e execução penal.[85]

A desconsideração de princípios e garantias penais como conformadores às decisões estatais, quer seja no plano abstrato da edição de leis, quer seja na concretude das decisões judiciais, redunda na contemplação de mero *eficientismo penal*, posicionando-se o Direito Penal como *prima ratio* da política social.[86]

Hodiernamente, assiste-se a uma invasão desmensurada da intervenção penal em esferas dantes ocupadas pelo Direito Administrativo, além de um incremento das sanções penais já existentes, sob o pretexto de maior eficiência do Direito Penal,[87] percebendo-se que a política criminal se transformou em verdadeira política de segurança.[88] Esta realidade acaba por materializar a hegemonia dos interesses de grupos de pressão sobre o poder público,[89] porque o Direito Penal "permite la subordinación a las elites capaces de inponerse".[90]

Com isso, desmaterializa-se o conceito de bem jurídico, que parece ter perdido a sua capacidade de rendimento na imposição de limites à intervenção penal, para se tornar um conceito simplesmente ideológico;[91] avultam-se os crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão), com a expansão da figura do garantidor;[92] sobressaltam tipos penais confusos e vagos, além da delegação da função legislativa penal, sob o pretexto das

---

do Direito Penal e imporia cálculos consequencialistas indevidos a direitos fundamentais, que se assentam sobre fundamentos deontológicos, SCHÜNEMANN, Bernd. *Do templo ao mercado. Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação.* Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 298-321, 2013, pp. 320-321.

[85] MOCCIA, Sergio, *op. cit.*, p. 413.

[86] *Idem, ibidem*, p. 406.

[87] Tavares diz não se surpreender com a enxurrada de novas leis penais e o incremento das já existentes, porque a intervenção penal em searas administrativas é política menos custosa aos cofres públicos (TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência.* Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, pp. 43-57, 1997, p. 55).

[88] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 17, 2008.

[89] *Idem, ibidem*, p. 17.

[90] LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2ª ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006, pp. 136-137.

[91] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo.* Revista Liberdades, São Paulo, v. 01, pp. 16-30, 2009, p. 26.

[92] CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal, política criminal y reforma penal*. In: *Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 925-938, 1993, p. 925.

"leis penais em branco";[93] estabelece-se a possibilidade de responsabilidade penal das pessoas jurídica, embasada na ideia de prevenção;[94] antecipa-se a tutela penal, com a edição de diversos tipos de perigo abstrato que, além de contornarem problemas processuais relativos à prova,[95] também podem servirpara a inocuização de indivíduos socialmente indesejáveis, destacando-se o caráter preventivo especial negativo da pena, já que se vive uma crise na confiança da capacidade intimidatória do Direito Penal (função preventiva geral negativa), na sua capacidade de reafirmar aos cidadãos os valores do ordenamento jurídico (função preventiva geral positiva) e no potencial ressocializador da pena (função preventiva especial positiva).[96]

No plano da aplicação das leis, como manifestações expressivas do eficientismo penal, também ocorre a relativização da tipicidade penal por meio da interpretação extensiva dos elementos do tipo, pela aplicação de analogias *in malam partem*, pela dispensa de prova do elemento subjetivo relativamente a certas agravantes e causas de aumento de pena e, em geral, pelo exercício de controle de constitucionalidade de leis penais que, de alguma forma, sejam benéficas aos acusados em geral, fundamentando-se as decisões na necessidade de se assegurar a ordem pública.

A busca pela absoluta eficiência punitiva não é exclusividade brasileira. Encontra-se a expressão máxima da busca desenfreada pela eficiência do Direito Penal, revelada na assunção de uma postura de "luta contra o crime",[97] ("war on crime") na legislação penal dos Estados Unidos que, sob o pretexto da eficiência da intervenção penal, acabou por estabelecer a responsabilidade penal objetiva para uma série de crimes.

Nos Estados Unidos, a conduta criminosa é estruturada por meio de dois elementos: *actus reus*, elemento material do crime, a conduta, em si; e *mens rea*, seu elemento

---

[93] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal.* 2a ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 15.

[94] CARVALHO, Érika Mendes de e CARVALHO, Gisele Mendes de. *Direito penal do risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.* In: PRADO, Luiz Regis e DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 253

[95] Normalmente tipos desse jaez são utilizados para punir indivíduos sobre os quais recaiam suspeitas de terem cometido delitos mais graves (PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática.* Barcelona: Atelier, 2005, p. 26). É expressiva a redação do art. 2º, parágrafo 1º, I, da Lei Federal 13.260/2016, que estabelece como atos de terrorismo "usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa".

[96] *Idem, ibidem,* p. 25.

[97] *Idem, ibidem,* p. 23. Não se trata de institutos absolutamente idênticos às configurações do dolo e culpa, mas a eles se assemelham.

psicológico, composto por *intent e knowledge* (figuras que se aproximam ao dolo), *recklesness* (elemento subjetivo intermediário) e *negligence* (equiparando-se à culpa).[98] Muito embora a regra, como se vê, seja a responsabilidade penal subjetiva, em vários estados é possível haver responsabilidade penal objetiva para certas modalidades de crimes, conhecidos como *strict liability crimes*, desde que sejam presentes dois requisitos cumulativos: a importância do interesse tutelado pela norma penal e a dificuldade de prova do elemento subjetivo.[99] Por exemplo, essa dispensa costuma ser verificada nos tipos de estupro de vulnerável, sob o fundamento de que a exigência de prova de que o agente conhecia a idade da vítima seria uma barreira que se chocaria com a especial proteção que a lei confere a crianças e adolescentes.[100] A responsabilidade penal objetiva normalmente também costuma ocorrer diante de tipos penais que tutelam interesses difusos (meio ambiente, consumidores, mercados financeiros etc.), as chamadas *public welfare offenses*. Ilustrativamente, calha destacar o caso de um cidadão do Estado de Kansas que foi condenado por trafegar acima do limite de velocidade, mesmo diante de prova de que o piloto automático indicava velocidade inferior à verdadeira.[101]

A realidade estadunidense, chancelada pela Suprema Corte daquele país,[102] parece distante da realidade brasileira. Mas apenas aparentemente isso se verifica, se observada a progressiva intromissão da tutela penal em searas que sempre lhe foram alheias,

---

[98] SINGER, Richard e LA FOND, John. *Criminal law.* 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004, p. 3.

[99] *Idem, ibidem,* pp. 102-103. Nos Estados Unidos, diante da vasta autonomia legislativa a cada estado-membro, marca de seu federalismo, cada um deles possui o seu próprio código penal, mas, visando certa standardização, em 1962, a *American Law Institute*, uma instituição privada de juristas, elaborou o denominado "Código Penal Modelo." Apesar de adoção facultativa, provocou um impacto assomboroso nas diversas unidades federativas, causando a revisão ou mesmo a substituição de trinta e quatro Códigos Penais estaduais (DRESSLER, Joshua. *Criminal law*. 7ª ed. São Francisco: LexisNexis, 2015, p. 31). De se recordar que seu texto não admite qualquer exceção à responsabilidade penal subjetiva e, por influência germânica, substitui a expressão *mens rea* por *culpability* (§ 2.05 do Código Penal Modelo). Disponível em http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf. Acesso em 26.01.2018.

[100] Conforme decidiu a Suprema Corte da California em People v. Olsen, 685 P.2d 52 (1984). Daqui por diante, os casos judiciais dos Estados Unidos da mesma forma que eles são citados naquele país: "People v. Olsen" são as partes envolvidas; "685" para o número do volume do periódico de relatório de jurisprudência da corte; "P.2d" (sigla da Suprema Corte da Califórnia. Cada Corte tem sua sigla; por exemplo, U.S. é o signo da Suprema Corte); "52" é o número da primeira página do periódico em que o caso é citado; e "1984" refere-se ao ano em que o caso foi julgado (THE BLUEBOOK*: a uniform system of citation.* Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2007, p. 79).

[101] State v. Baker, 571 P.2d 65 (Kan. 1977).

[102] A Suprema Corte dos Estados Unidos não admite a responsabilidade penal objetiva em se tratando de crimes naturais ("true crimes ou mala in se crimes"), consoante o senso predominante do *common law*: homicídios, roubos, estupros perpretados com violência real, entre outros. Para os tipos conhecidos como *mala prohibita crimes*, é absolutamente dispensável a prova do elemento subjetivo, desde que o tipo expressamente disponha nesse sentido (Staples v. United States, 511 U.S. 600 (1994)).

acompanhada da vulneração de garantias e princípios penais constitucionais, como o da própria responsabilidade penal subjetiva.[103]

No Brasil, são sensíveis os abalos sofridos pelos institutos penais clássicos.[104] Perde-se de vista a configuração tradicional de delitos, entendidos como comportamentos comissivos dolosos que causam um dano material, pulveriza-se a noção de Direito Penal como instrumento de defesa dos cidadãos contra a intervenção coativa do Estado e padece sua própria visão sistemática.[105] Para fazer frente a essa realidade, surge absolutamente imprescindível o papel da dogmática penal, como forma de conferir aos tipos penais uma lógica sistemática mínima, por um lado, e, por outro, permitir a intangibilidade de um feixe de princípios e garantias penais, por outro.

Com efeito, não cabe à dogmática simplesmente harmonizar-se às novas leis penais e tentar, a duras penas, acomodá-las estruturalmente, para lhes conferir certa organicidade artifical. Antes, é necessário que a dogmática exerça uma função absolutamente crítica frente ao legislador e à jurisprudência, obstando a tomada de decisões *ad hoc*.[106] A dogmática deve ser compreendida como meio de participação na criação do Direito,[107] de modo que o seu objeto deve ser o Direito sob um ponto de vista abstrato, e não puramente as leis positivadas.[108] Ela deve esmerar-se na elaboração de princípios e enunciados teóricos abstratos, criando-se um aparato teórico reduzido, ao qual se fiem as decisões concretas.[109]

Mas a dogmática não deve se encarregar apenas da sistematização, da estrutura do sistema. Esta é sua *dimensão analítica*, que deve cuidar do agrupamento de conceitos, problemas, grupos de casos etc.[110] Além disso, ela deve se preocupar com a elaboração de

---

[103] Por exemplo, no afamado julgamento da Ação Penal 470 (caso "Mensalão), o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar indevidamente a teoria alemã do domínio do fato, textualmente presumiu a responsabilidade criminal de alguns réus, *in verbis*: "Presumidamente, aos detentores do controle das atividades do Banco Rural, conforme dispõe o ato institucional da pessoa jurídica, há de se imputar a decisão (ação final) do crime. Nessa ação coletiva dos dirigentes é interessante a lição de CLAUS ROXIN sobre a configuração do domínio do fato…". Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13269230. Acesso em 26.01.2018.

[104] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119.

[105] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Os discursos....,* p. 17.

[106] ROBLES PLANAS, Ricardo. *A identidade da dogmática jurídico-penal*. Trad. Marília Bassetto. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 193-211, 2015, pp. 205 e 206.

[107] MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democratico de derecho.* Barcelona: Ariel, 1994, p. 19.

[108] ROBLES PLANAS, Ricardo, *op. cit.*, p. 210.

[109] *Idem, ibidem*, p. 199.

[110] Conforme Novoa, o objetivo da dogmática é "procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre éstos, descubrir las ideas, princípios e instituciones insitos en la ley y,

conceitos operativos, portadores de valores fundamentais, que auxiliem na aferição da correta atribuição de responsabilidade penal, cumprindo-se também sua *dimensão ético-normativa*.[111] Nesse contexto, deve procurar responder as questões acerca da legitimidade da intervenção penal, atentando-se tanto para a contingência do consenso social, quanto para as ideias abstratas de Justiça,[112] desenvolvendo bases teóricas adequadas para o estabelecimento de uma política criminal que corresponda aos anseios democráticos.[113]

Sob o espectro da dimensão ético-normativa, deve-se observar, portanto, a existência de um consenso cultural mínimo, ancorado na *cultura universal dos direitos humanos*,[114]-[115] mas que, ao mesmo tempo, atente-se para as vicissitudes de cada nação, observados os anseios democráticos.[116] Ao enaltecer a necessidade de se reconhecer tais anseios, Kai AMBOS critica a adoção acrítica da dogmática penal alemã por algumas nações, especialmente Portugal, Espanha, países da Europa oriental e os Balcãs, América Latina e parte da Ásia (China, Japão, Coreia e Turquia). Citando DONINI, anota que esses países têm em comum um modelo discursivo aristocrata e pouco democrático e afirma que não pode ser desprezado o desenvolvimento dogmático do Direito Penal anglo-americano, baseado no julgamento de casos.[117]

---

luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo" (NOVOA MONREAL, Eduardo. *La evolución del derecho penal en el presente siglo*. Caracas: Editorial Juridica Venezolana, 1977, p. 42).

[111] ROBLES PLANAS, Ricardo, *op. cit.*, p. 201.

[112] *Idem, ibidem*, p. 209.

[113] HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. *Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal*. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antônio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.* Madrid: Marcial Pons, pp. 417-436, 2012, p. 431.

[114] AMBOS, Kai. *Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso*. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 121, pp. 127-160, 2016, p. 144.

[115] Pode haver certa resistência ao reconhecimento do caráter universal aos direitos humanos. De fato, logo após a Segunda Guerra Mundial, muito países afro-asiáticos não aderiram à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), porque os reputavam como "direitos ocidentalizados". Mas, ao poucos, sua cultura foi impregnando todos os povos e aqueles países que inicialmente se opunham passaram a integrar maciçamente as grandes conferências internacionais de direitos humanos e denunciar os abusos cometidos em seus próprios territórios (ALVES, José Augusto Lindgreen. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 24).

[116] *Idem, ibidem,* p. 129. Ao enaltecer a necessidade de se reconhecer os anseios democráticos de cada povo, Kai Ambos critica a adoção acrítica da dogmática penal (AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 129). Decerto, é importante que construções científicas se comprazam a um consenso cultural, mas, como diz o próprio autor, esta é apenas uma das facetas da dimensão ético-normativa da dogmática, que também abarca, até de maneira preponderante, um feixe de ideias abstratas de Justiça, que se sobrepõem a qualquer conceito social.

[117] *Idem, ibidem*, p. 129.

Discorda-se de AMBOS, nesse particular. Não é o desprezo pela democracia que leva países como o Brasil a reverenciar a dogmática penal alemã.[118] Isso se deve às características do próprio *civil law*, por um lado, e a dificuldade extrema de penetração de institutos de *common law*, por outro, diante das peculiaridades deste sistema, marcado, ao menos como originalmente se apresentou, pelo estabelecimento das regras jurídicas a partir dos julgamentos de casos reais, que não foram organizadas sob a forma de códigos, impedindo-se que o *common law* fosse "produto para exportação".[119] Ainda que atualmente todas as normas penais nos Estados Unidos sejam obra do Parlamento, obstando-se normalmente a imposição de penas por meio das *judge-made laws*,[120] o protagonismo da jurisprudência daquele país impediu um desenvolvimento dogmático satisfatório, minando, em relativo grau, o refinamento da ciência jurídica em relação a diversos institutos penais. Não obstante, não se pode negar que, atualmente, como percebe SILVEIRA, o Direito Penal dos Estados Unidos têm influenciado os ordenamentos jurídicos de países de *civil law*, como o Brasil, especialmente na seara dos delitos econômicos.[121]

Além disso, a busca pelo consenso é importante, mas sua obtenção, por si só, obviamente não garante a justiça das normas penais, porque é apenas uma das faces da dimensão ético-normativa da dogmática, sua parte flexível e adaptável às necessidades sociais e sensível aos reclames internacionais. Em alguns momentos da história da humanidade, é certo que haverá clamores por mais intervenção penal e, consequentemente, por menos liberdade; em outras épocas, a maioria das vozes pedirá mais liberdade. A estes

---

[118] Aliás, tem razão Schünemann, ao dizer que a dogmática alemã não pode ser tachada de antidemocrática. Pelo contrário, ele enxerga perfeita harmonia entre ela e a democracia, formal e material, e adverte acerca do risco da visão de Ambos, chamada por Schünemann de "propaganda da regressão", de se entregar o Direito Penal ao arbítrio de quem detém o poder (SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional.* Adriano Teixeira (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018, pp. 52-56).

[119] FRIEDMAN, Lawrence. *Law in america: a short history*. Nova Iorque: A Modern Library, 2002, p. 8.

[120] Como lembra Dressler, originalmente, todas as normas penais inglesas eram produto de *common law*, ou seja, criadas pelos tribunais, prática que foi transmitida aos Estados Unidos, quando de sua colonização. Foi apenas com o movimento iluminista do século XVIII que o foco da produção legislativa centrou-se nos órgãos legislativos. Atualmente, muito embora o Código Penal Modelo não admita lei penal que não tenha sido editada pelo legislativo (cf. § 1.05(1)), alguns poucos Códigos Penais estaduais ainda hoje contêm o que se chama *reception statutes*, isso é, regras que autorizam a incorporação de leis penais de *common law*, desde que não haja tipos penais semelhantes nos próprios códigos, tornando-se tais normas partes não escritas do Direito Penal estadual. Mas é realmente raro que, mesmo diante dos *reception statutes*, existam persecuções penais por delitos não escritos. Pode ser citada, apenas como exemplo, uma decisão do Estado de Kentucky de 1933, que reconheceu a legitimidade do crime de *common law* de "plano nefasto para a exação habitual de usura bruta", (Commonwealth v. Donoghue, 63 S.W. 2d 3 (Ky. 1933)) (DRESSLER, Joshua, *op. cit.*, pp. 28-29). Não pode ser deixado de lado o registro da clarividente violação ao princípio da legalidade penal pela adoção dessas práticas, o que já foi reconhecido pelo próprio Código Penal Modelo.

[121] Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 58.

movimentos pendulares deve se atentar a dogmática penal, consoante sua primeira etapa de sua dimensão ético-normativa que, neste sentido, deve ser entendida sob o *prisma eficacial.* No entanto, na outra face desta dimensão reside um feixe irrenunciável de ideias abstratas de Justiça, impermeável às contingências e que, ao invés de se deixarem conformar por estas, impõem-nas limites,[122] sobrepondo-se a elas. Elas representam o núcleo de liberdade da pessoa humana, expressando-se, portanto, seu *prisma axiológico*, que se confunde com a observância de princípios constitucionais penais, explícitos ou implícitos, como a legalidade (e seus corolários da taxatividade e tipicidade), a proporcionalidade, a culpabilidade e a referência à ofensividade,[123] dentre outros, atentando-se à necessária concretização da natureza de *ultima ratio* do Direito Penal.

1.4. Base político-econômica: esvaziamento da soberania estatal pela globalização

O estabelecimento da ideia de soberania estatal confunde-se com o surgimento do absolutismo monárquico e do Estado Moderno, advindo após a superação do modelo feudalista da Idade Média. Reputava-se por ilimitada a autoridade do soberano, detentor de poder divino, mas logo a estrutura política absolutista não mais suportou as transformações econômicas da época e, após as revoluções burguesas, o absolutismo foi sucedido pelo Estado de Direito.[124]

O Estado de Direito, sob a forma embrionária da monarquia constitucional, apartou-se da Igreja no trato com a coisa pública. A soberania centra-se no monarca e, secundariamente, no povo, consagrando-se o princípio da liberdade formal e um grupo de direitos individuais, como a propriedade, a liberdade de contratar e a liberdade religiosa.[125]

A soberania consolida-se como atributo exclusivo do povo apenas no século XX: o exercício de todo o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por meio de representantes. Ela continua a ser uma expressão e manifestação do Estado, porém o

---

[122] O principal limite à criminalização é o próprio respeito aos direitos humanos (HORDER, Jeremy. *Ashworth's principles of criminal law*. 8ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016, p. 77).
[123] Conforme se verá (item 4.3.2., *infra*), a ofensividade permite grande modulação, a depender das exigências sociais, mas nunca poderá deixar de ser uma referência para a aferição da legimitidade dos tipos penais.
[124] MALISKA, Marcos Augusto. In: CANOTILHO, José Joaquim; MENDES, Gilmar Ferreira e STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.
[125] *Idem, ibidem*, p. 17.

reconhecimento de que sua fonte deita-se exclusivamente na vontade popular foi fundamental para a reafirmação do exercício do controle democrático do poder.[126]

Classicamente, entende-se a soberania como atributo fundamental do Estado[127] e o Tratado de Paz de Westphalia (1648) reconheceu-a como princípio fundamental do direito das gentes.[128] A longínqua constatação de BODIN de que se tratava de um poder absoluto e perpétuo; a proclamada independência de o Leviatã de impor sua vontade aos governados, notada por HOBBES; ou a teoria de ROUSSEAU, que reconheceu o povo como o verdadeiro detentor da soberania, poder inalienável e indivisível; [129] nenhum destes pensadores conseguiu imaginá-la para além das fronteiras estatais.

Ocorre que, na contemporaneidade, a concepção tradicional de soberania como poder incontrastável, ilimitado e inalienável foi reestruturada à luz da globalização, assim entendida como o "processo mundial pelo qual o espaço mundial adquire unidade". [130] Mas esta unidade é relativa, diante das abissais disparidades geradas pela imposição de interesses dos Estados economicamente mais poderosos sobre os demais.

De toda a forma, a globalização significa uma interconexão entre regiões, Estados nacionais e comunidades locais, acompanhada pela hegemonia do capital e do mercado e seguida, de maneira paradoxal, pela potencialização da demanda pela diferença e pelo localismo. Fala-se em *localismo globalizado*, quando o fenômeno local se globaliza, assim como em *globalismo localizado*, quando se evidenciam práticas globais em dado local.[131]

As relações entre Estados que se autoproclamam soberanos não é novidade. Desde as grandes navegações europeias dos séculos XV e XVI, quando os marinheiros objetivavam a colonização de novos territórios, ou mesmo com a Revolução Industrial do século XIX, em cujo período ocorreu o desenvolvimento das telecomunicações, úteis à colonização da África, Ásia e do extremo Oriente,[132] já se podia constatar a visão de um mundo global,

---

[126] *Idem, ibidem*, p. 17.
[127] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19a ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 93. No mesmo sentido, afirmando que a soberania é implícita à própria natureza do Estado, DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 39.
[128] ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 199.
[129] OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização.* Revista CEJ, Brasília, n. 32, v. 10, pp. 80-88, 2006, p. 83.
[130] MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: estado nacional e espaço mundial.* 9a ed. São Paulo: Moderna, 1997, p. 7.
[131] SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25.
[132] OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva, *op. cit.*, p. 84.

ainda que sob a ótica de imperialismo e dominação das potências de então, quadro não muito diverso do atual.

Na contemporaneidade, o encurtamento ou mesmo a destruição de fronteiras de tempo e de espaço, impulsionada por uma revolução tecnológica sem precedentes, faz potencializar a interdependência dos Estados. Os povos do mundo encontram-se hoje fortemente aproximados, dando-se conta da existência de uma rede global de comunicações, que gera certa unificação cultural.[133] As empresas expandem-se para além das divisas territoriais, tornam-se transnacionais e se esforçam para permanecer à margem das leis e dos tributos estatais, limitando-se a capacidade dos governos locais de controlar as empresas nacionais.[134] Os Estados, transformados em membros de blocos econômicos pelas configurações sociopolíticas da globalização,[135] têm suas integrações são cada vez em maior escala, enfraquecendo-se o poder decisório, fazendo com que a política e a própria democracia sejam reféns da economia liberalizada.[136]

Deveras, a globalização dramaticamente acelerada produz crescimentos assimétricos, existindo choques frequentes entre o poder soberano do Estado e alguns aspectos que estão diretamente abertos às pressões da padronização global, como a ciência, a tecnologia, a economia e as infraestruturas técnicas,[137] circunstâncias que acabam por vulnerar o conceito de soberania, ao mesmo como concebido classicamente, muito embora, ao menos no contexto da América Latina, a história revele que as decisões políticas internas nunca se revelaram absolutamente independentes, despidas de influências externas, de maneira que as soberanias dos países latino-americanos revelaram-se mera expressão formal.[138]

---

[133] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado no limiar do novo século.* Revista Jurídica da Universidade de Franca n. 3, vol. 2, pp. 153-164, 1999, p. 156.
[134] HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 41.
[135] SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico como pré-compreensão para o direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 147. Interessante que o agrupamento de Estados costuma ocorrer no plano econômico, mas logo se estende a outras esferas, como a política. O melhor exemplo ocorreu com a Europa, que primeiro passou a contar com uma integração econômica, a partir do Tratado de Paris (1951), que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e, na etapa seguinte, aprofundaram-se os vínculos, ainda econômicos, pelo Tratado de Roma (1957), que estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O estreitamento dos vínculos econômicos foi condição necessária à integração política, que ocorreu apenas com o Tratado de Maastricht (1992).
[136] MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.
[137] HOBSBAWN, Eric, *op. cit.*, p. 51.
[138] MALISKA, Eric. *Estado e século…*, p. 21.

Naturalmente, a edição de leis não fica infensa às influências da globalização. Antes, sofre os seus paradoxos porque, por vezes, tutelam-se direitos humanos, de maneira economicamente neutra. Em outros casos, evidencia-se a prevalência de interesses puramente econômicos dos Estados que ditam as regras no plano internacional, por meio das *soft laws*.

No que toca à reafirmação da proteção intransigente dos direitos humanos, assume destacado papel a Organização das Nações Unidas (ONU), organização internacional estabelecida após a 2ª Guerra Mundial, diante da destacada necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como "paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional".[139] Tanto é assim que, para sepultar de vez os horrores do nacional-socialismo alemão, logo após a citada guerra, a Carta das Nações Unidas (1945) destacou, já em seu preâmbulo, a crença "nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano" e, seguidamente, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) também estabeleceu em seu preâmbulo o seu embasamento na "dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis".

Sob esse paradigma, passaram a existir diversos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, tanto destinados à proteção de todos os seres humanos,[140] quanto voltados à tutela de grupos específicos, considerados vulneráveis,[141] refletindo-se o processo de *especificação dos sujeitos de direitos*, à medida que, segundo BOBBIO, "o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc."[142]

Não obstante as críticas que lhe possam ser endereçadas, a ONU tem se revelado importante palco para o debate mundial acerca das principais questões que afetam a humanidade,[143] com o objetivo de estabelecimento de uma nova ordem mundial, mais justa,

---

[139] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 46.
[140] Merecem destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental (1950) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), dentre outros textos.
[141] São expressivas a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), dentre outros.
[142] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992, p. 69.
[143] MALISKA, Eric. *Estado e século…*, p. 21.

centrada no reconhecimento da dignidade humana como núcleo e na concretização deste postulado por meio da declaração de diversos direitos específicos, que lhe são correlatos.

Se, no cenário global, a proteção dos direitos humanos revela-se característica marcante, não menos acentuada se mostra a influência de outras organizações internacionais que, em suas respectivas áreas de atuação, acabam por uniformizar as regras de condutas a serem adotadas no âmbito interno de cada Estado, influenciando, por consequência, a política e as leis de cada país. Destacam-se o Fundo Monetário Internacional (FMI), com o objetivo de promover a estabilidade financeira global, incluindo a disponibilização de recursos financeiros para ajudar no equilíbrio de suas balanças de pagamentos a qualquer um dos 29 países-membros; a Organização Mundial do Comércio (OMC), que incorporou o extinto Acordo Geral de Tarifas e Comércio ("General Agreement on Tariffs and Trades" – GATT), com sua capacidade de negociação para a implementação da política internacional de comércio e a supervisão de cumprimento de suas normas; e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), entidade composta por países de elevada economia, com a finalidade de coordenar as políticas domésticas e internacionais.

Sob esse prisma, pode ser observada a multiplicação de diretivas de *soft law*, ou seja, instrumentos elaborados pelo Estado e também por entidades não estatais que, apesar de não serem formalmente vinculantes, acabam por influenciar a política dos Estados, as atividades de organizações internacionais e as condutas dos próprio indivíduos.[144]

À luz de uma ótica jurídico-positivista, justamente pela ausência de coercibilidade formal, é bastante questionável o enquadramento de *soft laws* como normas jurídicas. Não se pode ignorar, em que pese a sua falta de eficácia formal, a sua sensível eficácia real, às vezes mais operante do que as normas jurídicas, propriamente ditas ("hard laws"). Certamente, elas são mais pragmáticos, lidam melhor com a diversidade e se compatibilizam ao fenômeno da globalização, campo extremamente fértil ao pluralismo jurídico e ao desenvolvimento do conceito de *transnormatividade*,[145] consubstanciado na ideia de interação normativa entre os planos internacionais e domésticos, que passam a buscar a harmonização possível,[146] superando-se, com isso, a simplicidade do binômio monismo-

[144] MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004, p. 45.
[145] JESSUP, Philip. *Transational law*. New Haven: Yale University Press, 1965, p. 124.
[146] Segundo Delmas-Marty, o processo de internacionalização dos direitos pode ocorrer por meio da *unificação*, quando normas internacionais substituem as nacionais; pela *uniformização*, nos casos em que as normas nacionais devem ser adaptadas às internacionais; e pela *harmonização*, segundo a qual ambos os

dualismo das regras de Direito Internacional.[147] Parece ressurgir, com vigor, a teoria dos ordenamentos setoriais de Santi ROMANO, segundo a qual as organizações sociais afiguram-se verdadeiros centros de produção normativa, independentemente de seu formal reconhecimento pelo Estado, o que indica que a sociedade é capaz de regular a si própria, demonstrando-se autossuficiente.[148]

Com isso, o âmbito da soberania estatal é fortemente iluminado pelas integrações entre Estados no âmbito de organismos internacionais,[149] que passam a coordenar ditas relações, não apenas em atenção ao inegável escopo ético de proteção e promoção dos direitos humanos, mas também diante da preservação de certos interesses econômicos de grupos hegemônicos, em especial dos Estados Unidos,[150] interesses tais que muitas vezes acabam por conflitar com aludida proteção dos direitos básicos do indivíduo, marcando-se, também por isso, o paradoxo da pós-modernidade.

---

sistemas coexistem, privilegiando-se o pluralismo (DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998, p. 118). Quando se referiu à busca da harmonização possível, não se pensou na adoção da terceira forma, em detrimento às demais. A par de divergências, tem-se que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos devem possuir status de norma constitucional e, com isso, prevalecer sobre a legislação infraconstitucional, ainda que não ocorra o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, desde que melhor protejam os direitos da pessoa humana. Nesta direção, PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 73.

[147] Para os dualistas, o Direito Internacional é rigorosamente independente e distinto dos ordenamentos jurídicos internos. Os monistas, por seu turno, subdividem-se entre aqueles que compreendem que todas as normas internas devam se ajustar aos preceitos internacionais e aqueles que defendem o primado da ordem nacional de cada Estado, sob cuja ótica repousaria uma faculdade discricionária à adoção de preceitos de Direito Internacional, cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 4.

[148] ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico.* Trad. De Arno Del Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 82.

[149] Em atenção à nova realidade, Ferrajoli passou a propor uma reconstrução do Direito Internacional, não mais fundamentado na soberania dos Estados, mas na própria autonomia dos povos (FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. Trad. Carlo Corccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52).

[150] Hobsbawn destacou que, após o fatídico 11 de setembro de 2001, houve destruição quase completa das bases político-ideológicas da influência hegemônica dos Estados Unidos, que se viram isolados no cenário internacional, tornando-se impopulares para grande parte dos governos. Então, um grupo de políticos alienados que, para por em prática o seu plano de reafirmação da supremacia mundial, acabou por mobilizar os "verdadeiros americanos" contra alguma força externa malévola e contra um mundo que "não reconhece a singularidade, a superioridade e o destino manifesto dos Estados Unidos" (HOBSBAWN, Eric, *op. cit.*, p. 52). No mesmo sentido, para uma abordagem analítica acerca das consequências globais após a perda da hegemonia dos Estados Unidos, v. STAROBIN, Paul. *After america: narratives for the next global age*. Nova Iorque: Viking, 2001, p. 127 e ss. No entanto, ainda que se constate relativa perda da hegemonia dos Estados Unidos, não se pode ignorar que eles continuam uma superpotência e ditam o ritmo da economia global, com repercussões diretas para as normas jurídicas, incluindo as leis penais.

1.4.1. A internacionalização do Direito Penal

O berço da globalização é a economia, porém o fenômeno se estende muito além da desta, superando-se as fronteiras sociais e culturais.[151] Rapidamente os seus efeitos se expandem para os campos da Política e do Direito, reverberando, no interior deste último âmbito, na constatação do pluralismo jurídico, porque as regras não mais são editadas por uma única autoridade central ou Parlamento, mas são oriundas de diversos níveis infranacionais, nacionais e supranacionais. A consequência do pluralismo é a *interlegalidade*, ou seja, a existência de redes de ordenamentos jurídicos que compelem os atores sociais a constantes transações e transferências. Passam a existir ordenamentos locais ou regionais, que se estendem regional ou globalmente, ao lado de ordenamentos transnacionais que influenciam os nacionais, acompanhados de projetos de ordenamentos supranacionais ou universais.[152]

Uma das formas de interlegalidade é a internacionalização do Direito Penal,[153] cujas manifestações mais evidentes desaguam na identificação de três vertentes principais: (1) a tutela penal dos direitos humanos, especialmente dos vulneráveis; (2) o discurso hegemônico da insegurança social; e (3) a tutela penal de interesses econômicos, condizentes à globalização.

1.4.1.1. A tutela penal dos direitos humanos

Os documentos internacionais de proteção de direitos humanos, notadamente os tratados e convenções, trazem em seu bojo a necessidade de estabelecimento de sanções penais como símbolo da eficácia e do respeito aos seus comandos, para que se agudize, no interior das ordens jurídicas nacionais, o sentimento de respeito ao feixe de direitos que se objetiva tutelar.[154] Tanto é assim que o critério mais utilizado para se conferir tratamento

---

[151] HÖFFE, Otfried *¿Existe un derecho penal intercultural? Um ensayo filosófico*. Trad. Maximiliano Vaccalluzzo e Florencia Ham. Revista de Derecho Penal, n. 1, pp. 257-272, 2010, p. 257.
[152] VOGEL, Joachim. *La internacionalizacion del derecho penal y el proceso penal*. Trad. Alfonso Galán Muñoz. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 22, pp. 160-167, 2008, p. 160.
[153] *Idem, ibidem*, p. 161. Ao estudo da internacionalização do Direito Penal também interessam os temas da cooperação internacional, como as regras da extradição e as competências internacionais em matéria criminal, Mas esses assuntos não serão analisadas no presente trabalho, que se restringe à análise dos impactos da globalização nas leis penais nacionais. Extensamente, a respeito de cooperações internacionais, v. CERVINI, Raul. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
[154] TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 72.

internacional a dada atividade delitiva é o da gravidade do crime, associado a um *sentimento de repulsa que inspira a comunidade internacional em seu conjunto*, conforme indicam os preâmbulos de textos internacionais.[155] Além disso, no plano constitucional brasileiro, o modo analítico que os direitos fundamentais vêm distribuídos pela Constituição[156] e a construção doutrinária em torno da necessidade de busca de sua máxima efetividade favorecem o reproche penal e sua severidade.

Conforme aduz Ana Elisa BECHARA, a relação entre Direito Penal e direitos humanos sempre foi ambígua: por essência, o *jus puniendi*, ao mesmo tempo que atinge direitos fundamentais do indivíduo, em especial sua liberdade, serve para a proteção de direitos fundamentais por meio da incriminação de comportamentos. Por isso, a busca do ponto de equilíbrio entre segurança social e direitos individuais aponta-se como um dos maiores desafios à aferição da legitimidade das normas penais.[157]

A proteção dos direitos humanos afigura-se critério político-criminal básico, anunciando-se um modelo social personalista, voltado ao indivíduo, que posiciona o Estado a serviço da pessoa, e não o contrário.[158] Um sistema penal que prima pela proteção de direitos humanos, em especial os de primeira dimensão, relacionados à liberdade, apresenta inegável vocação ética, por não se compatibilizar a incriminação de questões meramente morais e ideológicas, apartando-se do paternalismo penal.[159]

Todavia, o problema reside na constatação de que, muitas vezes, a reafirmação de direitos humanos, que se travestem de direitos fundamentais nas ordens jurídicas nacionais, traz consigo um apelo simbólico e fundamentalmente prático de garantia de respeito aos

---

[155] MACHADO, Maíra Rocha, *op. cit.*, p. 21.

[156] Vislumbra-se a clássica distinção entre direitos de primeira, segunda e terceira *gerações*, no plano do constitucionalismo interno. Os primeiros são coincidentes com a *liberdade*, os segundos com a *igualdade* e os terceiros com a *fraternidade*. Mas há quem sustente a quarta dimensão desses direitos, decorrente da globalização política e relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 525).

[157] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz e PACELLI, Eugenio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, pp. 153-194, 2011, p. 153. Em sentido semelhante, Helena Regina Lobo da Costa observa que ao mesmo tempo em que o Direito Penal revela-se o instrumento mais poderoso para a tutela da dignidade humana, ele também é sua maior ameaça. Dessa contradição surgem duas questões principais, quais sejam, como se proteger a dignidade humana *por meio* do Direito Penal e como se proteger a dignidade humana *do* Direito Penal (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59).

[158] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e CEPEDA, Ana Pérez. *Derechos humanos y derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*. Revista Penal Mexico, n. 1, pp. 30-64, 2011, p. 40.

[159] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Direitos humanos…*, pp. 159-160.

direitos por meio da ameaça de sanções penais,[160] quadro que acaba por gerar o recrudescimento penal para tutelas específicas, restringindo-se garantias materiais e processuais que normalmente conformariam a intervenção jurídico-penal.

Certo grau de recrudescimento, sem que sejam vulnerados os núcleos dos princípios penais constitucionais, é admissível e justificado pela proteção de certos grupos de vítimas consideradas vulneráveis, como crianças e mulheres, ou de interesses sociais erigidos pela Constituição ao status de direitos fundamentais de terceira e quarta dimensões, como o meio ambiente, a proteção dos consumidores e do patrimônio genético de cada indivíduo, interesses que, por sua envergadura e impacto mundial, preenchem as pautas de discussão de diversas organizações internacionais.

Por exemplo, parece não haver qualquer déficit de legitimidade jurídico-penal no que toca à redação do tipo de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), determinada pela Lei Federal 12.015/2009, que suprimiu qualquer referência textual expressa relativa à presunção de violência,[161] prevista no revogado art. 224 do mesmo código. Destaca-se a envergadura do bem jurídico-penal tutelado, consistente na proteção da proteção do desenvolvimento sexual sadio de crianças e adolescentes,[162] que não reúnem plena capacidade de autodeterminação e para os quais a Constituição assegurou a mais ampla proteção de seus interesses, com *absoluta prioridade*, a teor de seu artigo 227,[163] que se

---

[160] Com referências às transformações que a globalização acarretou ao Direito Penal, Silva Sánchez identifica, dentre outras causas, a exigência por demandas fundamentalmente práticas, com maior eficácia contra a criminalidade, e o clamor por respostas punitivistas, com a apresentação de uma reação jurídico-penal frente a modelos de delinquência que causam forte sensação de insegurança aos indivíduos, em geral, e ao próprio Estado (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, pp. 65-78, 1998, pp. 66-67).

[161] Os questionamentos acerca da legitimidade do tipo podem surgir não na dispensa da presunção de violência, mas na eleiçao de uma idade (14 anos), que sequer representa algum significado para o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei Federal 8.069/90), cujo art. 2º estabelece a idade de 12 anos como marco divisório entre crianças e adolescentes. Nesse sentido, apontava Renato de Mello Jorge Silveira, sob a égide da redação original do tipo, que a "escolha aleatória de uma idade como marco fronteiriço entre a possibilidade de consenso e a presunção de inocência é algo por demais arbitrário, nunca podendo ser tido de forma absoluta" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 219).

[162] Acertadamente, o tipo do art. 217-A do CP não consta do Capítulo I ("Dos crimes contra a liberdade individual"), porque não importa a vontade da vítima e sua autodeterminação sexual, que são em princípio confiscadas por conta do critério etário. Nesse sentido: CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

[163] A constatação de que a redação do tipo é adequada não obsta a análise do julgador acerca da *periculosidade* da conduta, afastando-se a punição em casos em que inexista risco ao bem jurídico-penal, à medida que a fixação abstrata dos patamares de risco pelo legislador de maneira alguma pode impedir "a apreciação dos riscos no caso concreto, a avaliação de sua relevância e a decisão sobre a incidência ou não do direito penal" (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 189).

harmoniza a *ratio* da Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), promulgada no Brasil pelo Decreto 99.710/90.

Outra hipótese marcante de conformação das leis brasileiras a documentos internacionais, relacionada à proteção penal de direitos fundamentais de segunda dimensão, notadamente a igualdade,[164] denota-se na Lei Federal 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito doméstico. Ela foi editada por força de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) que, após analisar o conhecido caso "Maria da Penha", por meio do Relatório 54/2001, dentre outras providências, recomendou a "adoção de medidas no âmbito nacional para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres".[165]

Não é por outro motivo que referida lei expressamente deita seus fundamentos não apenas no art. 226, parágrafo 8º, da Constituição, mas, sobretudo, na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994). No que toca aos seus aspectos penais, ela criou alguns mecanismos de endurecimento penal, com destaques para a vedação da aplicação das penas de cesta básica ou outras prestações pecuniárias, impedindo-se o pagamento isolado da pena de multa (art. 17); a impossibilidade de aplicação da Lei Federal 9.099/95 (art. 41), afastando-se, com isso, a incidência de institutos despenalizadores relativos à necessidade de representação como condição de procedibilidade da ação penal nos casos de lesão corporal de natureza leve,[166] a transação penal e a suspensão condicional do processo;[167] o estabelecimento de circunstância agravante genérica relacionada à violência doméstica contra a mulher (art. 43); e a criação do tipo de lesão corporal qualificada pelo contexto da violência doméstica (art. 44).

---

[164] Maria Berenice Dias enxerga que a violência doméstica contra a mulher afronta as três primeiras dimensões de direitos fundamentais: a liberdade, quando o homem submete a mulher ao seu domínio; a igualdade, porque os poderes físico, econômicos, psicológicos, sociais e emocionais continuam centrados no homem; e a solidariedade, porque as questões de gênero são marcadas pela verticalização (DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 45).

[165] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

[166] Cuja constitucionalidade foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424-DF, rel. Min. Marco Aurelio, julgada em 09.02.2012.

[167] É o que textualmente estabelece a Súmula 536 do Superior Tribunal de Justiça: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".

Em princípio, nada há de ilegítimo no *discrimen* provocado pela Lei Federal11.340/2006, ao recrudescer o tratamento penal quando a vítima for mulher em situação de violência doméstica, justificada a adoção dessa política criminal por conta da necessidade de superação da vulnerabilidade fática das mulheres diante da supremacia historicamente exercida pelo gênero masculino no contexto doméstico ou familiar.[168]

No entanto, por mais legítimos que sejam tais objetivos, a busca da *punição exemplar* deve se conformar à intangibilidade de uma série de garantias, muitas delas igualmente caras perante o sistema internacional de direitos humanos, que conferem um mínimo de legitimidade democrática à intervenção jurídico-penal, tal como o princípio da presunção de inocência,[169] que também ostenta o status de garantia constitucional fundamental,[170] previsto em grande parcela das Constituições ocidentais[171] e amplamente prestigiado no âmbito internacional.[172] Com isso, a necessidade de proteção especial aos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica não chega ao ponto de flexibilizar os princípios do *in dubio pro reo*, ao contrário do que aparentemente entende parcela da jurisprudência que, a par da necessidade de repressão das condutas de violência doméstica, acaba por diminuir as exigências para a prova do fato.[173]

---

[168] DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, pp. 31-32.

[169] Ou presunção de não culpabilidade, como preferem alguns. Mas não há diferenças substanciais entre as expressões, tratando-se de mera opção terminológica. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 282.

[170] Art. 5º, LVII, da Constituição: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

[171] Como preveem a Constituição de Portugal (art. 32,2), da Espanha (art. 24,1) e da França (com remissão à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu preâmbulo). A Constituição dos Estados Unidos não prevê expressamente a garantia da presunção de inocência, mas ele é inferida a partir da interpretação conjugada das 5ª, 6ª e 14ª Emendas, como já se manifestou a Suprema Corte daquele país em Coffin v. United States, 156 U.S. 432 (1895) e, mais recentemente, em In re Winship, 397 U.S. 358 (1970).

[172] Art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa"); pelo art. 6.2 da Convenção Europeia para a Tutela dos Direitos do Homem e da Liberdade Fundamental ("toda pessoa acusada de um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada"); art. 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ("parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até prova de sua culpabilidade"); e pelo art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos ("toda pessoa acusada de praticar um delito é presumivelmente inocente até quando sua culpabilidade não seja legalmente apurada").

[173] Por exemplo, quando, em se tratando de imputação de crime de ameaça, sem testemunhas presenciais, restando a palavra da ofendida contra a palavra do réu, parcela da jurisprudência confere preponderância à primeira, porque se trata de crime cometido no contexto doméstico. Neste sentido, *e.g.*, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar" (STJ, AgRg no AREsp 423707-RJ, 6ª Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 21.10.2014).

1.4.1.2. O discurso hegemônico da insegurança social

A internacionalização do Direito Penal também implica na canalização para o interior do ordenamento jurídico nacional das ideias predominantemente difundidas pelo discurso global de que se faz imperiosa a adoção de diversas medidas de proteção da sociedade, que vivencia um clima de mais absoluta insegurança, estabelecido em grande medida pela influência dos meios de comunicação de massa na formação da opinião pública, conduzida a elevar o clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva.[174]

A aspiração por segurança obviamente é legítima. O problema, conforme lembra SILVA SÁNCHEZ, é potencializá-la por meio do Direito Penal, por meio de demandas por ampliação da tutela penal que visem a conter a *angústia social* dela derivada.[175] Este quadro naturalmente provoca uma indevida expansão da intervenção jurídico-penal, desvirtuando-a de seu verdadeiro papel, enquanto plasmado por um modelo de constitucionalismo democrático, ainda que sujeito a constantes mutações,[176] qual seja, a proteção de bens jurídico-penais, a fim de que sejam evitados comportamentos lesivos à manutenção e evolução de determinado sistema social.[177]

A contemporânea crise mundial do modelo do Estado do bem-estar ("welfare state"), gerada pela intensificação da competitividade própria às sociedades pós-industriais, incrementa os bolsões de desemprego, pobreza e marginalização, gerando episódios frequentes de violência, amplamente divulgados pelos mais diversos meios de comunicação, potencializando-se, com isso, o sentimento social de insegurança e medo do *outro*,[178] que

---

[174] CALLEGARI, André Luis e WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 24, pp. 93-120, 2012, p. 96.

[175] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3a ed. Madrid: Edisofer, 2011, p. 32.

[176] As mutações constitucionais não são necessariamente formais, por meio de emendas, podendo ser também informais, consoante a noção de Constituição *viva*, assim entendida como aquela que se modifica com o tempo, de acordo com as novas interpretações judiciais de seus termos e proposições já existentes, sem a necessidade de emendas formais (STRAUSS, David. *The living constitution*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010, p. 5).

[177] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e CEPEDA, Ana Pérez, *op. cit.*, p. 39.

[178] Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión…*, pp. 18-19. Nesse sentido, ele identifica a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança como uma das causas da expensão do Direito Penal (*Idem, ibidem*, pp. 15-33).

por ser economicamente inútil e às vezes culturalmente diferente,[179] passa a ser socialmente indesejado.

Essa conhecida criminalidade massificada de rua foi o alvo do movimento político-criminal conhecido por *law and order*, iniciado nos Estados Unidos na década de 1960, que apregoava uma reação legal, policial e judicial mais contundente contra esta criminalidade.[180] Décadas mais tarde, essa ideologia deu ensejo às leis do *three strikes you're out*, ideia originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola ("three strikes"), ele seria eliminado do jogo ("you're out"). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que todo aquele que, ostentando duas condenações por crimes considerados graves, comete a terceira infração, ainda que, por si, não seja considerada grave,[181] deve ser colocado à margem do convívio social, ao receber penas muito prolongadas, ou mesmo a prisão perpétua.[182]

Referido movimento foi encetado nos Estados Unidos pouco antes da intensificação dos efeitos da globalização e foi elaborado para atender às necessidades próprias daquele país, não tendo sido inicialmente, ao menos de modo expresso, vocacionado para influenciar o exterior. No entanto, a necessidade das demais nações de enfretamento dos problemas oriundos da criminalidade de massa, aliada à influência dos valores apregoados pelos

---

[179] Problema especialmente sensível na Europa, por causa dos movimentos migratórios. Lembra Silva Sánchez dos casos tendenciosos noticiados pelas instituições de repressão à criminalidade, relativos às publicações de estatísticas do número de crimes cometidos por filhos de imigrantes na Alemanha (*Idem, ibidem*, p. 30).

[180] *Idem, ibidem*, p. 9. Referida política-criminal, uma dos lemas da campanha de Barry Goldwater para o cargo de Presidente dos Estados Unidos em 1964, ganhou embasamento teórico com a obra de James Wilson, *Thikning about crime*, lançada em 1975, e posteriormente com o livro *Fixing broken windows*, de George Kelling e Catherine Coles. O primeiro trabalho discorre sobre o pensamento dominante à época, tendente à identificação das causas da tomada de posição pelo recrudescimento penal, dizendo que nos anos 1960 o aumento dos índices de criminalidade foi inversamente proporcional ao número de prisões, ao passo que as penas ficavam muito aquém do número de apreensões. Se o valor das oportunidades legítimas (empregos) estava em declínio ao mesmo tempo em que se verificava uma diminuição das *consequências* das atividades ilegítimas (multas e duração das penas tornavam-se mais brandas e menores), um adolescente racional da época poderia concluir que faria mais sentido roubar um carro do que lavá-lo (WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova Iorque: Basic Books, 2003, p. 14).

[181] Dentre diversos casos emblemáticos, podem ser lembradas as condenações do Judiciário californiano de Gary Ewing e Leandro Andrade que, por conta de seus históricos criminais, foram-lhe impostas penas de prisão perpétua, com cumprimento obrigatório mínimo de 25 anos de prisão, por terem furtado, respectivamente, tacos de beisebol e fitas de video cassete. Ambas as condenações foram mantidas em julgamento conjunto pela Suprema Corte no ano de 2003 (Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003) e Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003)).

[182] CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón. *Three strikes: el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Revista de Derecho Penal y Criminologia, Madrid, n. 14, pp. 58-85, 2004, p. 61. Os autores também constatam que referidas leis pertencem a um catálogo de excessos do sistema jurídico dos Estados Unidos, ao lado de outros exemplos, como os registros dos autores de crimes sexuais, das penas embaraçosas, da privatização do sistema carcerário e da manutenção da pena de morte em muitos Estados (*idem, ibidem*, p. 83).

Estados Unidos em praticamente todos os setores da sociedade, acabou por influenciar o Direito[183] e, em particular, o Direito Penal, que absorveu esse discurso, de modo que decisões políticas acabaram por enxergar no recrudescimento das leis penais uma resposta barata, de propaganda fácil e simbolicamente eficaz.[184] Como adverte SHECAIRA, "é mais barato excluir e encarcerar as pessoas do que incluí-las no processo produtivo, transformá-las em ativas consumidoras, através da provisão de trabalho e permitir-lhe uma qualidade de vida que cumpra a condição de dignidade constitucionalmente prevista."[185]

Por esse motivo, em que pese certa corrente pretender situar essa ideologia na sociedade do risco,[186] mediante a compreensão de que este argumento tem sido utilizado para justificar um perigoso processo de expansão que se apresenta sob o rótulo de um *Direito Penal do inimigo*,[187] deve-se dar razão a DÍEZ RIPOLLÉS, que exclui o denominado *modelo penal da segurança cidadã* daquele contexto, sob a pena de, por uma ânsia de coerência, conferir-lhe um substrato fático que não merece.[188]

Deveras, o discurso da segurança cidadã, ao promover o desvirtuamento de uma adequada política-criminal democrática, realiza uma série de disfuncionalidades no interior de um sistema penal que se deseja legítimo e razoável. Segundo essa perspectiva, reposiciona-se a análise do *fato* à periferia, abrindo-se caminho ao Direito Penal do autor,

---

[183] No que toca ao Direito Constitucional, o modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo segue, em linhas gerais, o padrão dos Estados Unidos estabelecido ao longo dos anos, fundamentado na supremacia da Constituição, no controle de constitucionalidade, no protagonismo do judiciário e na proteção ativa dos direitos fundamentais (BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 309-345, 2009, p. 309).

[184] Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, pp. 13-23, 1997, p. 19.

[185] SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

[186] Analisado no item 1.5, *infra*.

[187] Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo*. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Cintra. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, pp. 31-45, 2004, p. 31.

[188] Díez Ripollés pretende, com isso, depurar os limites da sociedade do risco, cujos pressupostos mereceriam uma análise profundamente diversa da postura condizente ao modelo da segurança cidadã, cuja ilegitimidade soaria mais flagrante (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 4, vol. 17, pp. 547-599, 2007, p. 561).

este travestido de inimigo do Estado,[189] por conta da perigosidade que lhe é inerente,[190] uma constante ameaça aos *cidadãos de bem*. Como lembra REALE JÚNIOR, a periculosidade sempre foi o recurso dos sistemas políticos totalitários, como o nazismo e o comunismo, que criminalizavam predisposições de ofensas ao *são sentimento do povo alemão*, ou mesmo aos *interesses da coletividade socialista*.[191]

Diante desse quadro, compatibilizam-se as punições de meros comportamentos ("crimes de status"), resgatando-se a chamada *culpabilidade pela condução de vida*.[192] Como exemplos de crimes de comportamento, tem-se o artigo 11721 do Código de Saúde e Segurança da Califórnia, que criminalizava todo aquele que fosse viciado em drogas ilícitas, independentemente da posse ou porte de substâncias,[193] ou mesmo o artigo 21.06(a)(b) do Código Penal texano, que criminalizava a sodomia.[194]

No ordenamento jurídico nacional, inserem-se nessa mesma lógica as contravenções penais de vadiagem[195] e mendicância,[196] cujas condenações têm o condão de estabelecer uma *presunção legal de perigosidade*.[197] Também deve ser destacado, pelo valor simbólico evidentemente negativo, a figura do criminoso por tendência do natimorto Código Penal de

---

[189] Nesse sentido, criticamente Zaffaroni observa que o único critério para a medição da periculosidade e do dano do infrator só pode ser a periculosidade e o dano (real e concreto) de seus próprios *atos*. E acrescenta que à medida que "esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do *individualizador do inimigo*, que sempre invoca uma necessidade que não tem limites" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo...*, p. 25).

[190] Díez Ripollés anota que a reconstrução do direito da perigosidade, ao lado do direito penal do inimigo e do direito penal de terceira velocidade são as principais propostas doutrinárias embasadas no Direito Penal da segurança cidadã (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Da sociedade...*, p. 590).

[191] REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral.* 4ª ed. São Paulo: Forense, 2012, p. 33.

[192] MEZGER, Edmund, *op.cit.*, p. 251.

[193] A questão foi levada à Suprema Corte, que reconheceu a inconstitucionalidade da regra incriminadora, porque ela punia simplesmente um comportamento ou condição, sem referência a qualquer conduta específica (Robinson v. California, 370 U.S. 660, 1992).

[194] O artigo criminalizava a sodomia nos seguintes termos: "A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex". E o texto definia *relação sexual desviante* como: (a) "any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or (b) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object". A Suprema Corte, por maioria, declarou a inconstitucionalidade desse tipo penal no julgamento do célebre caso Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 2003.

[195] Art. 59 do Decreto-lei 3.688/41: "Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena".

[196] Art. 60 do Decreto-lei 3.688/41: "Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A pena aumenta de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento; b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos". Este artigo foi revogado pela Lei Federal 11.983/2009.

[197] Art. 14 do Decreto-lei 3.688/41: "Presumem-se perigosos (...): I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez; II – o condenado por vadiagem ou mendicância; (...)."

1969, cujo art. 63, § 3º, impunha pena indeterminada àquele que revelasse inclinação para o crime em face da malvadez ou perversão do crime praticado, adquirindo relevo a punição do tipo criminológico ou normativo de autor.[198]

Sob outro espeque, é digno de nota o tratamento absolutamente paradoxal que se emprega à aplicação do princípio da insignificância, vetor utilizado para se afastar a tipicidade do fato, quando o bem jurídico-penal tutelado restou minimamente violado, de modo que a conduta resulta materialmente irrelevante ao Direito Penal, ainda que se subsuma formalmente ao tipo penal incriminador, [199] segundo um paradigma de "interpretação restritiva de direito penal, mais humanista e garantista."[200]

Ora, em se tratando de crimes contra a ordem tributária, existe uma construção jurisprudencial laxista, amplamente favorável ao reconhecimento da insignificância da conduta, diante de dívidas iguais ou inferiores a R$ 20.000,00, independentemente de considerações acerca de outras circunstâncias objetivas do fato ou circunstâncias pessoais do agente.[201]

Por outro giro, jungindo-se às infrações afetas à criminalidade massificada de rua, especialmente o furto, a jurisprudência, também dos Tribunais Superiores, costuma ser muito rigorosa para afastar a punição com base no mesmo princípio, deixando-se de considerar como único critério o valor da *res*, agregando-se a ele outros, como a presença

---

[198] REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, p. 34.

[199] Embora haja divergências acerca do campo de incidência do princípio da insignificância, se na tipicidade ou na ilicitude, sublinha-se a lição de Carlos Vico Mañas de quem, em verdade, não se perfaz a tipicidade material. Para ele, a "tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal. O juízo de tipicidade, para que tenha significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal Constitucional, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve atender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo." (MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 113-114).

[200] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do princípio da insignificância*. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas Relevantes de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, pp. 237-252, 2012, p. 242.

[201] A justificativa está no art. 2º das Portarias do Ministério da Fazenda 75 e 130, ambas de 2012. Nesse sentido, têm se posicionado o STJ, ao revisar o Tema 157 dos recursos repetitivos (REsp 1.688.878-SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28.02.2016 e REsp 1.709.029-MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 28.02.2016) e o STF (*e.g.*: HC 136.843-MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08.08.2017 e HC 136.984-SP, Rela. Mina. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 15.03.2017). Bitencourt e Monteiro explicam: "uma vez que o Direito Penal é concebido como *ultima ratio* do sistema, não se pode admitir uma hipotética inversão de prioridades, isso é, não cabe exercer o direito de punir quando o próprio Estado dispensa *a priori* o uso de outras formas menos gravosas para garantir a satisfação de seus interesses". (BITENCOURT, Cezar Roberto e MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96).

de qualificadoras ou causas de aumento de pena, a reincidência e a reiteração criminosa,[202] desvirtuando-se a própria natureza do princípio da insignificância enquanto excludente da tipicidade material,[203] por questões de política criminal, porque, se a atipia volta-se ao *fato* praticado, afigura-se incongruente que, diante de dois acontecimentos idênticos, um seja típico e outro não, a depender de *condições pessoais* do agente.

No fundo, tais questões evidenciam o puro interesse arrecadatório do Estado, por um lado, em se tratando dos crimes contra a ordem tributária, e o reproche reclamado pelo modelo penal da segurança cidadã, por outro.

Por último, o correspondente brasileiro à regra do *three strikes you're out*, que sequer exige uma pluralidade de anotações criminais, é encontrado no art. 33 da Lei Federal 11.343/2006. [204] Uma única condenação criminal definitiva, considerada como mau antecedente ou reincidência, possui o condão de operar uma diferença absissal no reproche penal, como em nenhum outro caso na legislação brasileira.[205] Diante das frações de um sexto a dois terços existentes no parágrafo 4º de citado dispositivo, ela afasta a natureza

---

[202] Por exemplo, no STF: AgRg no HC 146.328-MS, Primeira Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 10.11.2017 ("a habitualidade delitiva revela reprovabilidade suficiente a afastar a aplicação do princípio da insignificância"); HC 122.167-DF, Segunda Turma, rel Min. Ricardo Lewandowisk, j. 17.10.2014 ("a paciente tem em curso ações penais pelo mesmo fato (…). Revelada a periculosidade da paciente, não há falar na aplicação do princípio da insignificância, em razão do alto grau de reprovabilidade de seu comportamento"); e HC 123.108-MG, Tribunal Plano, rel. Min. Luis Barroso, j. 03.08.2015 (entendendo que os registros criminais impedem a insignificância, mas permitem a substiuição da privativa de liberdade por penas alternativas). No STJ: HC 420.284-SC, Quinta Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 05.12.2017 ("o furto de que tratam os autos é qualificado pelo concurso de pessoas, o que confirma a incompatibilidade da conduta com o princípio da insignificância, porque atesta sua marior reprovabilidade); e AgRg no HC 405446-MS, Quinta Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 10.11.2017 ("a circunstância do furto ter sido perpetrado durante o repouso noturno, o que demonstra maior reprovabilidade e afasta o reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância").

[203] Sem serem desconsideradas decisões que, inclusive, ignoram sua existência e todas as construções doutrinárias a seu respeito, sob o argumento de ausência de previsão legal. No Tribunal de Justiça de São Paulo: Quarta Câmara de Direito Criminal, Ap. 0024257-16.2014.8.2.6.0482, rel. Des. Edson Brandão, j. 30.01.2018 ("o entendimento desta 4ª Câmara é no sentido da impossibilidade de aplicação de tal princípio, ante a ausência de previsão legal positivada neste sentido").

[204] O tráfico de drogas é relacionado à macrocriminalidade organizada, mas, na prática, a apreensão de quantias de droga destinadas à entrega a terceiros, na posse de indivíduos de baixa renda, normalmente feita a partir de rondas e campanas policiais, sem que tenha havido qualquer trabalho de inteligência, pode ser encaixada como criminalidade massificada de rua, conformando-se ao presente modelo de segurança cidadã.

[205] A reincidência, em geral, deve provocar a elevação da pena com parcimônia. Diferentemente dos diplomas anteriores, o Código Penal de 1940 conferiu grande porção de liberdade ao juiz, ao deixar de utilizar frações legais para as circunstâncias judiciais do art. 59, como os antecedentes, e para as circunstâncias agravantes, como a reincidência, e atenuantes. No entanto, a elevação em 1/6 tem sido o parâmetro utilizado pelos tribunais (BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, pp. 182-190). Além de elevar a pena, a reincidência provoca outros efeitos prejudiciais ao réu, relativos ao regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, CP), impedimento de conversão da pena privativa de liberdade em penas alternativas (art. 44, II, CP), impedimento de *sursis* (art. 77, I, CP), entre outros.

privilegiada do tráfico de drogas e pode ensejar um salto extraordinário: de 1 ano e 8 meses de reclusão (pena mínima do tráfico privilegiado), a sanção passa ao patamar do tipo fundamental, 5 anos, o que faz com que a condenação criminal anterior passe a ser o elemento mais importante na individualização da pena e assuma o protagonismo, inclusive, sobre o fato e suas circunstâncias,[206] o que revela a prevalência da finalidade preventiva especial negativa da pena, com seu notável escopo inocuizador ("selective incapacitation"),[207] ou seja, com o objetivo de se restringir o cometimento de novos delitos pelo fechamento ao carece por longos períodos.[208]

Além disso, será esse registro criminal que conferirá ao fato a natureza de crime hediondo por equiparação, trazendo sérias repercussões quanto à possibilidade de progressão de regime, por força do art. 2º, § 2º, da Lei Federal 8.072/90,[209] à medida que se firmou jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que o tráfico privilegiado não pode

---

[206] A elevação da pena por conta dos maus antecedentes e da reincidência, embora legítima, deve ocorrer com cuidado e ponderação. Nessa direção, esclarece Tatjana Hörnle: "Com o princípio da proporcionalidade, o papel tão dominante dos antecedentes pode ser desafiado. Se o delinquente foi condenado previamente, isso pode ser tido em conta (principalmente podem dar-se castigos mais leves aos delinquentes principiantes ou aqueles que o fazem pela segunda vez) mas não conduzirá aumentos drásticos no castigo" (*apud* STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108).

[207] Finalidade que acaba por ser chancelada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, que houveram por bem afastar o caráter da hediondez por equiparação aos tráficos privilegiados (STF, HC 118.533-MS, Tribunal Pleno, rel. Min. Carmen Lucia, j. 23.06.2016; e STJ, que fixou essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogou a sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário). O quadro gera grande perplexidade, porque quando se diz que o crime é hediondo, quer se referir ao *fato praticado*, se é, ou não contemplado pela lei especial. O rol do art. 1º da Lei Federal 8.072/90 contempla uma série de *tipos* como crimes hediondos, inexistindo lógica para se condicionar essa natureza a questões pessoais, vinculadas ao seu autor, como a reincidência e os maus antecedentes, desigualando condutas objetivamente iguais.

[208] Entende-se que não apenas com o cárcere, mas por qualquer meio de impedimentos físicos, como detenções domiciliares ou sistemas de vigilância eletrônica (QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Trad. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 57-58). No mesmo sentido, ao analisar o Direito dos Estados Unidos, Dubber observa que a *war on crime* vale-se da arma da incapacitação, desacretidando que o efeito dissuasório da pena (*deterrence*) produza efeitos "àquelas classes" destinadas ao cometimento de crimes violentos. E, bem antes de uma condenação criminal, passa a submetê-las a permanente vigilância policial, prevenindo-se o cometimento de crimes (*preventive function*), para que as vítimas potenciais (*insiders*), efetivos membros da comunidade, sejam protegidas dos criminosos potenciais (*outsiders*), indivíduos que estão à margem dos valores comunitários (*comunitarian function*) e, por sua presumida perigosidade, encontram-se na mira do Estado, que acaba por se intitular como a verdadeira vítima daqueles que infringem os seus comandos normativos e, por isso, deve zelar pela preservação de sua autoridade (*authoritarian function*) (DUBBER, Markus D. *Policing possession: the war on crime and the end of criminal law.* Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, v. 91, pp. 831-994, 2001, pp. 841 e 846).

[209] Que estabelece regras especiais para a progressão de regime em se tratando de crimes hediondos e assemelhados, ao exigir 2/5 do cumprimento da pena para sentenciados primários e 3/5 para reincidentes. Observamos que, segundo a regra geral, prevista no art. 112 da Lei Federal 7.210/84, o requisito objetivo é satisfeito pelo cumprimento de apenas 1/6 da pena.

ser equiparado a crime hediondo,[210] o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando se diz que um *crime* é hediondo, quer-se referir ao *fato* praticado e sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º da Lei Federal 8.072/90 atribui a natureza hedionda a uma série de *tipos*, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, esse *discrimen* faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela preponderância que confere ao *passado criminoso* do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes,* só que, guardadas as devidas proporções, o escopo inocuizador já se evidencia na prática da segunda infração.

1.4.1.3. A tutela penal de interesses econômicos

A criminalidade massificada de rua é a que mais incomoda o cidadão comum. O *crime palpável*, violento ou não, por vezes cruento, cometido por estranhos nos espaços públicos, ocupa vastamente os espaços da mídia e as conversas informais. Os delitos contra o patrimônio e o tráfico de pequenas porções de drogas compõem a vasta maioria dos processos judicias brasileiros, em especial das Justiças Estaduais.[211]

Ocorre que parcela de referidos delitos de rua ("crimes of the powerless") relaciona-se, ainda que indiretamente e sem a plena consciência de seus autores, a uma perspectiva mais abrangente, a da macrocriminalidade econômica organizada ("crimes of the powerful").[212]

SILVA SÁNCHEZ observa que o interesse do cidadão de combater a criminalidade de rua e o interesse estatal de combater a criminalidade organizada estabelecem o verdadeiro caldo de cultivo da expansão do Direito Penal.[213] Porém, se, por um lado, a criminalidade

---

[210] STF, HC 118.533/MS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.

[211] Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) para o ano de 2016, as prisões provisórias de tráfico de drogas correspondiam a 28% da população carcerária, ao passo que furtos e roubos somavam 37% e homicídios representavam 11%, o que indica que grande parte da persecução penal que se mostra inicialmente mais recrudescida (76%) é voltada a estas três modalidades de crimes. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 08.02.2018.

[212] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión...*, pp. 85-86.

[213] *Idem, ibidem*, p. 86.

econômica não é fenômeno novo,[214] por outro, o interesse em seu combate, na contemporaneidade, parece não estar jungido aos limites estatais, à medida que os Estados tornaram-se pequenos demais para controlar as consequências da mundialização das questões econômicas.[215] É inevitável se compreender que a supremacia dos entes estatais para diversas questões internas, como a própria escolha dos comportamentos puníveis, encontra-se pulverizada, porque submetida à satisfação de interesses transnacionais.

Grande medida do processo de expansão do Direito Penal deve-se à necessidade de satisfação dos interesses econômicos das grandes potências mundiais, com destaque ao papel dos Estados Unidos, que fazem ecoar sua voz por meio de organismos internacionais como a OCDE, OMC, Banco Mundial, Câmara de Comércio Internacional, os quais, por meio de acordos, convenções ou recomendações, universalizam os modelos penais norte-americanos.[216] Estes contam com a sensível colaboração de empresas multinacionais, que por desejarem um mercado global organizado, movido por uma ética negocial mais ou menos uniforme, passam a encabeçar os pedidos por normas mais estritas de controle, normalmente de cunho penal.[217] Deveras, alguns tipos penais de lavagem de dinheiro e do *insider trading*[218] são evidentes concretizações de imposições do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), instituição permanente junto à OCDE, que refletem tentativas ingerenciais de controle dos mercados imobiliários,[219] ao passo que as legislações

---

[214] Em meados dos anos 1970, Tiedemann já destacava que, em todo o tempo, Estados têm ameaçado com pena certos comportamentos lesivos à economia e os abusos econômicos (TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico.* Trad. Leopoldo H. Schiffrin. Revista de Derecho y Ciencias Penales n. 5-8, pp. 461-475, 1975, p. 461).

[215] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 163.

[216] Muito mais raramente, entretanto, os mesmos interesses econômicos não acarretam a *expansão* do Direito Penal, mas, inversamente, a sua *retração*. É o que ocorreu com a edição da Lei Federal 13.254/2016 (e com a subsequente Lei Federal 13.428/2017, que lhe fixou novos prazos) que, grosso modo, permitiu a regularização de recursos, bens ou direitos que se encontrem no exterior, desde que, como regra, tenham origem lícita. A declaração dos ativos ("disclosure") e o pagamento integral do imposto de renda e da multa acarretarão a extinção da punibilidade, nos termos do art. 5º, § 1º, de referida lei, o que, como discorre Silveira, revela a lógica inadequada de um Direito Penal arrecadatório, além de gerar sérias dúvidas a respeito da violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (criticamente: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação...*, pp. 182-188).

[217] NIETO MARTÍN, Adán. *Americanización o europeización del derecho penal económico.* Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 19, pp. 120-136, 2007, p. 124.

[218] O crime de *insider trading*, também conhecido como "uso indevido de informação privilegiada", inspirado no Direito dos Estados Unidos, está previsto no art. 27-D da Lei Federal 6.386/76 (com redação determinada pela Lei Federal 10.303/2001), que estabelece: "Utilizar informação relevante ainda não divulgada no mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime".

[219] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 127-131.

anticorrupção mundo afora têm por claro modelo a *Foreign Corrupt Practice Act* (1977), lei norte-americana, por recomendação da OCDE.[220]

A lógica de proteção de interesses econômicos transnacionais é bem percebida pela edição da Lei Federal 12.663/2012, que espelhou o *hosting agreement* entre a *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) e o Brasil, enquanto país-sede da Copa do Mundo de 2014. A FIFA, entidade privada transnacional, indicou uma série de medidas que deviam ser atendidas como condição para a realização do evento, as quais, no fundo, atendiam aos interesses das empresas que a sustentam, em troca de exclusividade no fornecimento de produtos e serviços. Isso se evidencia pela própria análise de seus tipos penais, que criminalizavam, até 31 de dezembro de 2014 (art. 36), a utilização indevida de símbolos oficiais de titularidade da FIFA (artigos 30 e 31), o marketing de emboscada por associação (art. 32) e o marketing de emboscada por intrusão (art. 33). Todas essas normas penais tinham por objetivo imediato a proteção dos interesses patrimoniais da FIFA, valor de duvidosa dignidade penal.

Malgrado tenha se tratado de lei penal temporária, a Lei Federal 12.663/2012 é um bom exemplo para se demonstrar a universalização de proteção dos interesses econômicos por meio de organismos internacionais, possibilitada pela adoção de *soft laws* no âmbito do Direito Penal, prática indevida, já que este ramo deveria ser a expressão máxima de *hard law*. No entanto, o notável pragmatismo daquelas fontes atípicas, cuja edição independe da burocracia estatal, harmoniza-se perfeitamente à satisfação de interesses econômicos no contexto da globalização. Decerto, as *soft laws* fazem ruir o princípio da reserva legal; colaboram para o desbotamento da determinabilidade dos preceitos penais, deformando-se as respectivas estruturas típicas; contribuem para a progressiva setorização do Direito Penal, atenuando-se o caráter de heteronomia de suas normas; propiciam certo grau de erosão do caráter cogente das leis, à medida que várias delas passam a ser dotadas de efeitos meramente simbólicos, insuscetíveis de aplicabilidade prática; ajudam na desnacionalização do Direito Penal e, por fim, na perda de sua estabilidade.[221]

Delineia-se uma *economização* do Direito Penal[222] que, antes de ser governada pela horizontalidade entre as nações, característica de princípios diplomáticos, é marcada por

---

[220] *Idem, ibidem*, pp. 51-52.
[221] BERNARDI, Alessandro. *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, v. 54, pp.536-583, 2011, pp. 547-555.
[222] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance…,* p. 38.

ingerências econômicas de matizes imperialistas, com vistas à obtenção de uma standardização de comportamentos puníveis em matéria de criminalidade econômica organizada, que redunda na constatação de um *processo de americanização do Direito Penal dos negócios*, porque a origem das normativas comuns encontra-se exatamente nos Estados Unidos.[223]

Entretanto, certa uniformização global de alguns tipos penais não é algo necessariamente ruim. Ela pode apresentar suas vantagens, como a segurança para investidores estrangeiros, que já estarão relativamente adaptados às normas, tornando o mercado interno mais atrativo pela diminuição dos riscos, o que se revela conveniente diante de uma economia globalizada.[224]

Contudo, o cerne do problema reside no fato de que indicada uniformização das normas penais econômicas torna os ordenamentos jurídicos cada vez menos garantistas, à medida que se flexibilizam regras de imputação, relativizando-se as garantias materiais e processuais,[225] contribuindo para que do Direito Penal da pós-modernidade, no contexto da globalização, distancie-se cada vez mais do Direito Penal da Ilustração,[226] coincidente com a reafirmação dessas garantias básicas.

Sem embargo, tal constatação pode transmitir a falsa impressão de que o Direito Penal dos Estados Unidos,[227] bem como suas regras processuais, sejam invariavelmente mais punitivistas e menos garantistas do que o Direito Penal Europeu. Esta ideia inexata é justificada pelo teor das regras anglo-americanas que passaram a ditar o ritmo do Direito Penal econômico mundial, porque quase a sua totalidade diz respeito à edição de tipos penais ("insider trading, money laundering"), à flexibilização da imputação subjetiva, equiparando-se o dolo à *desconsideração consciente de um risco substancial e injustificável*,[228] ("willful

---

[223] NIETO MARTÍN, Adán, *op. cit.*, p. 120.
[224] No mesmo sentido, Nieto Martín reconhece que por vezes há pressões dos Estados Unidos para que a comunidade internacional adote certo modelo normativo, mas, em outros casos, a adoção das normas anglo-americanas indicam, simplesmente, que elas são mais apropriadas do que outras. O autor ainda pondera que a frequência cada vez maior de juristas que passam a estudar em universidades norte-americanas também é um fator a contribuir para esse fenômeno (*Idem, ibidem,* p. 120).
[225] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *El derecho penal…*, p. 66.
[226] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance…*, p. 46.
[227] Cada estado-membro possui o seu código penal, de modo que o mais correto é se cogitar dos vários "direitos penais dos Estados Unidos". Mas, quando se refere ao Direito Penal dos Estados Unidos, reportamo-nos, basicamente, às regras do Código Penal Modelo (v. nota de rodapé 99, *supra*).
[228] É o estabelece o Código Penal Modelo em sua Seção 2.02(7)(c), ao se referir ao agente que *consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct*. Ver também MARCUS, Jonathan. *Model Penal Code Section 2.02(7) and Wilfull Blindness.* The Yale Law Journal, v. 102, n. 8, pp. 2231-2257, 1993.

blindness") e às diversas maneiras de negociação de penas entre o órgão acusatório e a defesa ("plea bargaining"), além do crescente estímulo por meio de programas de *compliances* para que terceiros ("whistleblowers") informem às autoridades acerca da existência de práticas criminosas empresariais que tiverem conhecimento.[229]

Portanto, em atenção aos seus interesses econômicos, os Estados Unidos acabam por exportar, em geral, regras penais que redundam na maximização de punições no campo penal e redução de garantias na seara processual, ofuscando-se, consequentemente, diversas regras garantistas, que poderiam contribuir acentuadamente para os sistemas penais de *civil law*.

Em se tratando de regras materiais, um exemplo muito expressivo está na contemplação, no próprio texto do Código Penal Modelo, do princípio do *nontrivial harm or evil*,[230] que representa a concretização de diversos critérios de imputação objetiva, ao menos como pensada por Claus ROXIN, à luz sistemas penais de *civil law*.[231] Segundo o código, não se justifica a incidência do Direito Penal quando a conduta não provocou dano, ou o fez em extensão muito irrisória ("de minimis");[232] nas hipóteses em que o agente causou um dano menor do que podia evitar ("lesser evil");[233] e diante do consentimento da vítima, desde que o dano não seja *sério*.[234]

No âmbito do processual, sem embargo das críticas de SCHÜNEMANN, que acidamente denomina o modelo dos Estados Unidos de *simulacro* de processo penal,[235] e com razão, se observada tão somente sua ênfase na eficácia punitiva, preciosas lições podem ser extraídas, por exemplo, da inviolabilidade contra buscas irrazoáveis, garantia prevista pela 4ª Emenda à Constituição,[236] que foi concretizada pela jurisprudência da Suprema

---

[229] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 20.
[230] HUSAK, Doulgas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford, 2008, p. 95.
[231] Consistente na necessidade de realização de um risco não permitido, na efetivação deste risco no resultado e a compreensão deste no âmbito de proteção da norma (ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, pp. 365-402).
[232] Código Penal Modelo, seção 2.12(2). Disponível em http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf. Acesso em 15.02.2018.
[233] *Idem, ibidem*, seção 3.02(1)(a).
[234] *Idem,* seções 2.11(1) e 2.11(2)(a).
[235] SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual norte-americano.* Trad. Danielle Soares Delgado Campos. In: GRECO, Luís (coord). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 240-261, 2013, p. 243.
[236] Ela estabelece o seguinte: "O direito do povo de ser inviolável em seus corpos, casas, papeis e propriedades contra buscas e apreensões irrazoáveis não deve ser desrespeitado, e nenhum mandado deve ser expedido se não houver causa provável, embasada em juramento ou afirmação, com descrições particularizadas do lugar em que haverá a busca e indicação de pessoas ou coisas a serem apreendidas" (tradução livre. No original: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches

Corte, por meio da *exclusionary rule*, que impede a utilização de provas obtidas em violação à citada emenda,[237] bem como aquelas que delas diretamente derivem ("fruit of the poisonous tree doctrine"),[238] segundo a regra da *efetiva causalidade* ("actual causation test"), [239] que parece ter influenciado, com os seus temperamentos, a alteração promovida pela Lei Federal 11.690/2008 ao artigo 157 do Código de Processo Penal.[240]

Também merece menção a maneira pela qual se modula o princípio da presunção de inocência naquele país, por meio da regra da *beyond a reasonable doubt*, que exige que os vereditos condenatórios demandem sempre unanimidade dos votos dos jurados, diferentemente dos casos cíveis, cujas condenações contentam-se com a maioria simples, diante da regra da *preponderance of evidence*.[241]

De todo o modo, ainda que, infelizmente, a influência dos Estados Unidos seja destacada pelo incremento de normas penais punitivistas e de regras processuais pragmáticas, a riqueza de seu ordenamento jurídico pode fornecer bases valiosas para a aferição da razoabilidade legislativa penal, muito embora não seja esta a tônica da atualidade,

---

and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.").

[237] No julgamento de Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914), a Suprema Corte estendeu ao nível federal a regra que já era adotada por 16 legislações estaduais e, anos mais tarde, no julgamento do conhecido caso Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1968) disse que a emenda teria autoaplicação a todos os demais estados (HUBBART, Phillip. *Making sense of search and seizure law: a fourth ammendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005, pp. 334-335).

[238] Estabelecida pela Suprema Corte em Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

[239] HUBBART, Phillip, *op. cit.*, p. 341.

[240] Cf. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 353-356.

[241] VARAT, Jonathan; AMAR, Vikram e COHEN, William. *Constitutional law cases and materials*. 13a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009, p. 356. Calha destacar, contudo, que na prática jurisprudencial dos Estados Unidos a própria garantia do tribunal do júri e a consequente exigência de unanimidade para condenações criminais têm sido reduzidas a apelos meramente retóricos, por conta da proeminência da justiça penal negociada ("plea bargain") que, em síntese, abrange as diversas maneiras pelas quais a acusação e a defesa negociam as penas a serem aplicadas. Nos Estados Unidos, esses acordos podem ser celebados irrestritamente e, como regra, vinculam a corte, que não poderá deixar de homologá-los, conforme dispõe a Seção 11(c)(1)(C) do *Federal Rules of Criminal Procedure* (Disponível em: http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em 30.04.2009). As regras vigoram apenas para a cortes federais, mas as legislações estaduais possuem disposições semelhantes. Essa prática atende satisfatoriamente a interesses utilitaristas, comprazendo-se, inclusive, aos reclames de eficiência econômica, à medida que questões de justiça material deixam de ocupar a centralidade do sistema jurídico-penal e cedem lugar a interesses relativos à economia de gastos (*diminuição dos custos econômicos do processo*) e à maximização dos benefícios trazidos pela celeridade processual, quer seja pela necessidade de serem identificados, o mais rápido possível, os supostos *culpados* pela prática de crimes, quer seja em atenção à melhoria das estatísticas voltadas à diminuição do número de processos judiciais pendentes de sentenças, ambas circunstâncias que, inclusive, afiguram-se duplamente benéficas ao judiciário porque, além de melhorarem sua imagem perante a sociedade e a mídia, acarretam a diminuição de trabalho de seus próprios integrantes. No Brasil, por exemplo, tais interesses utilitaristas são encampados pelo denominado "Pacote Anticrime", no que tange às propostas de introdução de soluções negociadas no Código de Processo Penal (Disponível em: https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/02/MJSP-Projeto-de-Lei-Anticrime.pdf. Acesso em 30.04.2019).

marcada pela preponderância da defesa de interesses econômicos, em detrimento das garantias individuais.

1.5. Base sociológica: sociedade do risco e Direito Penal

Os riscos não constituem uma invenção da contemporaneidade. Na longínqua época das grandes navegações, COLOMBO, ao sair em busca de novas terras, já foi evidentemente exposto a diversos riscos. Tratava-se, no entanto, de riscos *pessoais*, aos quais pessoas ou grupos eram expostos, com dimensões locais ou regionais.[242]

Filosoficamente, o pensamento aristotélico já relacionava o conceito de perigo[243] ao de *medo* e, na seara jurídica, sua teorização já se encontrava presente na primeira etapa dos trabalhos dos jurisconsultos romanos ("gramaticus"), mesmo antes do *Corpus Juris Civilis*, onde se vinculava a noção de perigo a um *mal que se aproxima*, cujo afastamento seria a postura naturalmente esperada de um bom pai de família ("bonus pater familiae"), associado à figura do homem prudente.[244]

Até a sociedade liberal do século XIX, o risco ainda assumia a forma de um acidente, um acaso individual e, no apogeu do positivismo científico,[245] emergiu-se a noção da

---

[242] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, pp. 25-26.

[243] Trata-se o *risco* e o *perigo* como expressões sinônimas, muito embora não se desconheçam construções que as diferenciem. A mais conhecida seja aquela formulada por Luhmann, segundo a qual somente se pode falar em riscos quando os possíveis danos futuros sejam *consequências da própria decisão*, ao passo que o perigo estaria relacionado a situações que fogem ao controle do agente afetado (LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesgo*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Guadalaraja: Universidad de Guadalaraja, 1992, p. 48). Por exemplo, a atividade de fumar seria arriscada para quem fuma, além de representar um perigo à saúde de terceiros. Para alguns, essa distinção teria alguma relevância para o campo do Direito Penal. Por exemplo, Brandão e Siqueira, a par das ponderações luhmannianas, criticam a estrutura do tipo de embriaguez ao volante, dizendo que a exigência apenas de certa concentração para a configuração do delito poderia representar uma ação arriscada, e não necessariamente perigosa. Sugerem, portanto, que outros elementos sejam agregados à estrutura típica, como, por exemplo, a exigência de velocidade incompatível com a via (BRANDÃO, Cláudio e SIQUEIRA, Leonardo. *Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 61, v. 15, 2016, pp. 43-65, p. 60). Referida proposta revela-se questionável, porque parece que seja mais perigosa (a terceiros) a conduta de quem apresenta uma extraordinária concentração de álcool e dirija dentro dos limites de velocidade, do que daquele que dirige em alta velocidade, mas com discreta concentração, porque este teria os seus reflexos mais hígidos e em, tese, melhores condições de evitar um dano. Sublinha-se, contudo, que a distinção entre risco e perigo não se faz absolutamente necessária para o âmbito penal, porque as exigências apontadas pelos autores podem ser satisfeitas por outros critérios, como o princípio da transcendência, que obsta a punição de condutas que não sejam, sequer potencialmente, arriscadas (ou perigosas) a terceiros. Portanto, ambas as expressões serão utilizadas indistintamente, como é tradição da doutrina penal (MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado.*Madrid: Edersa, 1992, p. 51).

[244] BRANDÃO, Cláudio e SIQUEIRA, Leonardo, *op. cit.*. pp. 46-48.

[245] Cf. item 1.2, *supra*.

possibilidade de sua *prevenção*, a partir de cálculos probabilísticos.[246] Constatada a utopia científica, adveio a aceitação resignada da imprevisibilidade dos riscos, de enormes proporções ou catastróficos, que "frustram nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes".[247]

Trata-se de riscos decorrentes do avanço científico, tecnológico e das novas perspectivas econômicas globais, que impactam todos os setores da sociedade, ainda que escapem, de maneira imediata, à capacidade perceptiva humana, como frequentemente ocorre com as contaminações químicas ou nucleares, a impregnação de toxinas nos alimentos, o risco diário de acidentes automobilísticos, as enfermidades próprias do meio urbano, entre outros riscos, cujos efeitos nocivos são normalmente imprevisíveis e incalculáveis.[248]

Os riscos atuais são, portanto, marcados pela globalidade de seu alcance e pela modernidade de suas causas, passando a assumir a feição de *produtos de série* do maquinário industrial do progresso, notando-se o seu constante agravamento, em extensão e intensidade, diante do desenvolvimento incessante de recursos tecnológicos e científicos.[249] O buraco na camada de ozônio, as mudanças climáticas, o aquecimento solar e o desmatamento de florestas são exemplos de situações generalizadas de perigos para a humanidade, cujas causas e efeitos somente podem ser adequadamente compreendidos se considerados globalmente.[250]

Os riscos da modernização não permitem a bipartição entre causadores e vítimas. A par de seu *efeito mariposa*,[251] deles se dessume o *efeito bumerangue*, porque aqueles que o causam, cedo ou tarde, podem ser vítimas dos seus próprios efeitos,[252] já que todo e qualquer indivíduo está a eles exposto, independentemente de sua capacidade econômica ou classe social.

---

[246] OST, François, *op. cit.,* p. 344.
[247] *Idem, ibidem*, p. 345.
[248] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, pp. 32-33.
[249] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, p. 26.
[250] HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro*. Trad. Elena Larrauri Puoan e Fernando Pérez Álvarez. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n. 1, v. 46, pp. 317-327, 1993, p. 318.
[251] Cf. item 1.2., *supra*.
[252] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, p. 27. No mesmo sentido, Dubber destaca que, para o Estado, criminosos e vítimas passam a ser vistos como "incômodos irrelevantes, grãos de areia na grande máquina do gerenciamento do risco (DUBBER, Markus D., *op. cit.*, p. 849).

Diante dessas constatações, em 1986 BECK inaugurou a temática do risco no interior das ciências sociais.[253] Ele observou que a produção social de riquezas é sistematicamente acompanhada pela produção social de riscos, de modo que a *sociedade de classes* passa a ser ceder lugar para a *sociedade de riscos*,[254] porque estes desconhecem limites que lhe poderiam ser impostos por fronteiras ou níveis sociais.

NIÑO aponta um suposto equívoco de BECK, porque a sociedade do risco não teria sucedido a sociedade de classes, já que as situações de maior perigo ainda continuam ligadas a desigualdades estruturais, o que permite concluir que a lógica da repartição de riquezas convive amigavelmente com a lógica de repartição de riscos.[255] Parece, contudo, não haver imprecisão alguma no pensamento do sociólogo alemão, que admite que algumas dimensões centrais do risco são distribuídas desigualmente, a depender da classe social, porque há espaços de segurança e liberdade em relação ao risco que podem ser comprados (alimentação, moradia, saúde etc.) Além disso, BECK também reconhece que existe uma distribuição disforme do risco, a depender da atividade profissional exercida.[256] O que não pode ser negado, contudo, é que há um leque enorme de riscos que estão escondidos em "todos os rincões do tecido social",[257] que ameaçam todos, indistintamente e, com relação a estes, parece calhar a afirmação de BECK acerca do *efeito equalizador* dos riscos, ao observar que a miséria é hierárquica, mas o *smog* é democrático.[258]

No contexto da sociedade do risco, as ameaças contra a flora, a fauna, o ar, a vida e a saúde dos homens e dos animais, ocupam uma posição central na luta de todos contra todos no estabelecimento das fronteiras entre os riscos permitidos e os riscos proibidos,[259] o que deve ser embasado na provável causação de danos, na extensão destes e na relação custo/benefício de sua aceitação. O paradoxo do risco é palpável: busca-se mais segurança, mas a insegurança parece ser indissociável ao necessário desenvolvimento científico; e

---

[253] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes…*, p. 22.
[254] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, p. 23.
[255] NIÑO, Luis Fernando. *Políticas criminales y penales regresivas en el marco de la denominada "sociedad del riesgo".* Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, n. 3, v. 21, pp. 25-40, 2013, pp. 36-37.
[256] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, p. 41.
[257] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e CEPEDA, Ana Pérez, *op. cit.*, p. 50.
[258] BECK, Ulrich. *Sociedade…*, p. 43.
[259] *Idem, ibidem*, p. 37.

almeja-se estabilidade, sem que exista um total desapego à indeterminação e à instabilidade, ideias ínsitas à liquidez e às transformações sociais da vida atual.[260]

Com isso, o gerenciamento do risco passa a assumir especial envergadura na organização e regulamentação das *fontes de perigo*, tanto na esfera pública, pelo legislador, em primeiro plano, e pelo juiz, posteriormente, quanto no âmbito privado, na negociação de títulos e bens futuros e no desenvolvimento de setores de *compliance*. Essas atividades têm como ponto em comum a minimização de riscos,[261] que passam a ser geridos por diversos atores sociais.

O manejo do risco é uma opção política,[262] que deveria levar em conta uma gama considerável de dados, estudos e resultados probabilísticos, submetidos às mais amplas discussões políticas. Porém, isso normalmente não ocorre, contentando-se, no mais das vezes, com o atendimento de interesses relacionados à perspectiva lucrativa ou à evitabilidade de perdas de mercado. Desse modo, a política econômica e o poder de grupos de pressão passam a repercutir no Direito.[263] A Política descarrega sobre ele a responsabilidade de controlar o risco, de maneira disfuncional, desaguando-se na criação de modalidades legislativas que, por vezes, sobrecarregam e deformam os conceitos jurídicos, fragilizando-se figuradas dogmáticas estabilizadas,[264] diante da necessidade, muitas vezes economicamente dirigida, de controlar o risco.

Normas voltadas à precaução ou prevenção do risco[265] encontram-se espalhadas pelos mais diversos ramos do ordenamento jurídico brasileiro. O Direito Ambiental, por exemplo, é amplamente guiado pelo vetor de antecipação ao dano, com base na ideia de

---

[260] DE GIORGI, Raffaele. *O risco na sociedade contemporânea*. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrwolski. Revista Sequência, Florianópolis, n. 28, 1994, pp. 47-48.
[261] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes…*, pp. 39-40.
[262] MACHADO, Fabio Guedes de Paula. *Reflexos da pós-modernidade no direito penal.* Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, pp. 49-74, 2012, p. 60.
[263] No âmbito exclusivo do Direito Penal, Herzog constata que tais fatores passam a decompor o princípio da legalidade, concluindo que o Direito Penal do risco afigura-se incompatível com a tradição liberal do Direito Penal (HERZOG, Felix, *op. cit.*, pp. 320-321).
[264] DE GIORGI, Raffaele. *Direito…*, p. 235.
[265] Em linhas gerais, o princípio da precaução relaciona-se ao conjunto de decisões de controle de riscos, sobre os quais ainda não exista conhecimento científico de seus efeitos, diferentemente do princípio da prevenção, que orienta medidas de gerenciamento nas hipóteses em que os efeitos do risco sejam cientificamente conhecidos (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes…*, p. 50).

preservação ambiental, conforme claramente se extrai da própria Constituição Federal,[266] de modo que o paradigma da prevenção/precaução revela a sua própria essência.

No Direito Tributário também há normas vocacionadas à antecipação de danos, como as obrigações acessórias, que não estão voltadas ao pagamento de tributos, propriamente, mas ao cumprimento de medidas secundárias, que interessem à arrecadação ou mesmo à fiscalização dos tributos.[267] Trata-se de deveres instrumentais, tais como as obrigações de emissão de documentos fiscais, de escrituração de livros próprios, de entrega de certas declarações, entre outros; todos eles relacionados às finalidades de controle e fiscalização no pagamento de tributos,[268] de onde advém o seu escopo preventivo.

No Direito Administrativo, há uma série de atos com aspectos preventivos evidentes, normalmente vinculados ao exercício do poder de polícia, cujo conceito já remete à noção de evitabilidade de danos, como expõe o conceito clássico de CAETANO: "É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir".[269] De toda a sorte, o poder de polícia, exercido de maneira discricionária, nos limites da lei, ora impõe limitações à liberdade e à propriedade, ora concede licença ou autorização para a prática de certos, por meio de alvarás, sempre no pretenso interesse da coletividade.[270]

O próprio Direito Civil, no âmbito de sua responsabilidade extracontratual, classicamente calcada na noção de indenização condicionada à prática de uma conduta

---

[266] Basta uma leitura atenta do art. 225 da Constituição para se chegar à conclusão de que a essência das normas de Direito Ambiental está na antecipação ao dano, como a imposição da preservação de processos ecológicos; a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético; a proteção de espaços territoriais predeterminados; a exigência de estudo prévio de impacto ambiental, como antecedente à instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente; o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos ou substâncias que comportem risco à vida, à qualidade de vida e ao meio ambiente; a promoção da educação ambiental; e a proteção da fauna e da flora. No que tange ao princípio da precaução, a "Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento", texto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, claramente estabelece como Princípio 15: "Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observados pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental". Disponível em "http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf.". Acesso em 26.02.2018.

[267] Cf. art. 113, par. 2o, Código Tributário Nacional.

[268] AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 243.

[269] CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 339.

[270] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 136-139.

dolosa ou culposa que produzisse um dano (responsabilidade aquiliana),[271] no contexto do gerenciamento dos riscos, distanciou-se de suas formulações clássicas para, por um lado, flexibilizar o elemento subjetivo, ao enaltecer formas de responsabilidade objetiva[272] e, por outro, admitir que se imponham obrigações de fazer e de não-fazer, com notável viés preventivo.[273]

Harmonizando-se ao caráter preventivo, o Direito Processual Civil enfatiza as tutelas de urgência, que expressamente pressupõem a existência de *perigo de dano* ou *risco* ao resultado útil do processo.[274] A doutrina especializada defende que referida técnica processual revela-se imprescindível para a tutela dos novos direitos, que não podem ser adequadamente protegidos pela velha forma do equivalente pecuniário,[275] com referência direta aos interesses coletivos, que adquirem destaque na contemporaneidade, consoante o contexto amplo do gerenciamento jurisdicional dos riscos sociais.

Pois bem. Alguns ramos jurídicos, como o Direito Ambiental, são essencialmente vocacionados à função de precaução e prevenção de danos, de maneira que não há se falar, em geral, que suas regras que enfatizem tais aspectos produzam quaisquer disfuncionalidades ou deturpações dogmáticas. Outros ramos, como o Direito Civil, tradicionalmente valem-se de critérios para a *reparação* de danos já ocorridos, enfatizando-se o restabelecimento do *status quo*. No entanto, como compartimentos tradicionais do

---

[271] Bem expressada no art. 159 do revogado Código Civil de 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

[272] É o que estabelece o parágrafo único do art. 927, do atual Código Civil, *in verbis*: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". E a legislação está repleta de exemplos nos quais não se indaga acerca da culpa para a aferição da responsabilidade civil, como a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição), certas previsões contidas nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (o que encontra eco no art. 931 do Código Civil), em matéria de responsabilidade civil ambiental (art. 14, parágrafo 1o, da Lei Federal 6.938/81) e responsabilidade por dano nuclear (art. 4o da Lei Federal 6.453/97). O próprio Código Civil prevê hipóteses de dispensa de prova de culpa sobre atos de terceiro (arts. 932 e 933), pelo fato ou guarda de animais (art. 936) e pelo fato da coisa (art. 938). Todas as situações, em regra, estão ligadas à noção de risco ou perigo, como adverte Carlos Roberto Gonçalves: "na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade." (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8).

[273] Por exemplo, na tutela dos direitos da personalidade, o art. 12 do Código Civil textualmente admite que seja coibida a *ameaça* de lesão, evitando-se a produção de danos futuros (SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 181).

[274] O artigo 300 do Código de Processo Civil estabelece: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo".

[275] Em alusão à tutela inibitória, do sistema processual civil já revogado, MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 439.

Direito, eles vêm passando por um processo de modernização para o atendimento das exigências da sociedade contemporânea, calcadas na ideia de efetividade,[276] relativamente uniformes, porque próprias de discurso hegemônicos do mundo globalizado [277] e fundamentadas na necessidade de prevenção de riscos.

Por um lado, o processo de modernização por que passam os tradicionais ramos jurídicos se faz necessário, para que eles não se descontextualizem das verdadeiras demandas da sociedade e realizem, com plenitude, as aspirações do Estado de Direito. Por outro lado, não podem ser deturpados princípios clássicos, vinculados a um leque de direitos intimamente vinculados à proteção da pessoa humana que, para além de adjetivarem o Estado de Direito, devem condicioná-lo, conferindo-lhe legitimidade.

A formulação do perigo em Direito Penal remete a BINDING (1841-1920), muito anteriormente, portanto, à noção de sociedade do risco. É também deste jurista alemão a criação da expressão *bem jurídico* ("Rechtsgut") e a consequente divisão entre crimes de lesão e crimes de perigo.[278] Mas, mesmo após o desenvolvimento do conceito de tipicidade como elemento analítico do crime por BELING, falava-se apenas em *ações de dano* e *ações de perigo*, porque a conduta não era compreendida no âmbito da tipicidade, construção realizada posteriormente por MAYER, sob a perspectiva neokantista,[279] que enxergou a conduta no núcleo do tipo. Portanto, somente após os estudos de MAYER é que passaram a ser compreendidos os arquétipos penais de *tipos de dano* e *tipos de perigo*.[280]

É de se observar que os tipos penais de perigo não necessariamente se voltam contra um risco da contemporaneidade. Os crimes de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal), de omissão de socorro (art. 135), de invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola (art. 202) e de falso testemunho (art. 342), entre tantos outros, visam à proteção de valores diversos, que não guardam qualquer relação direta com os riscos decorrentes do avanço tecnológico, tecnológico e da globalização econômica.[281]

---

[276] Cf. item 1.3.2, *supra.*
[277] Cf. item 1.4, *supra.*
[278] BRANDÃO, Cláudio e SIQUEIRA, Leonardo, *op. cit.,* p. 49. No mesmo sentido: SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, pp. 6-7, 2012.
[279] Cf. item 1.3.2, *supra.*
[280] BRANDÃO, Cláudio e SIQUEIRA, Leonardo, *op. cit.,* pp. 50-51.
[281] Como lembra Silveira, o Direito Penal Econômico, inclusive, é anterior à constatação da sociedade do risco, porque seus primeiros tipos foram editados no século XIX e ganharam destaque após a 1a Guerra Mundial, porém seu destaque ocorreu apenas recentemente (SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *A busca…*, p. 60).

No entanto, a celeuma da atualidade recai sobre o tratamento penal conferido a fenômenos com dimensões estruturais, globais e sistêmicas. A tônica de diversos tipos incriminadores deixou de ser a existência de fatos lesivos individualmente considerados, para recair sobre certa pretensão de *gestão punitiva de riscos gerais*, o que revela verdadeira *administrativização* do Direito Penal, ao menos sob esse enfoque.[282]

Referida mudança de perspectiva foi possibilitada pelo discurso político, fortemente aceito pelos mais diversos setores da sociedade, de que a intervenção penal precisa inaugurar novas formas de criminalidade, arrostando os desafiadores problemas da contemporaneidade.[283] Para tanto, o caminho normalmente escolhido é a edição de mais tipos penais, abusando-se do simbolismo penal.[284]

Segundo essa perspectiva, passa a haver múltiplas figuras típicas novas, incluindo, por vezes, setores inteiros de regulação, acompanhada por uma flexibilização de outras já existentes, práticas que compõem a compreensão do Direito Penal do risco, que consubstancia uma das facetas da problemática expansão da intervenção penal.[285] A contemplação desta realidade, acompanhada de críticas severas, remonta ao início dos anos 1990, a partir dos estudos de Cornelius PRITTWITZ.[286]

O Direito Penal moderno afasta-se das balizas clássicas, estabelecidas pelo ideal da Ilustração,[287] passando a gerenciar, por meio da edição de tipos de perigo abstrato,[288] diversos valores condizentes aos novos riscos aos bens de caráter difuso ou coletivo, como o meio ambiente e interesses econômicos, relativos à tecnologia atômica e nuclear, à informática, à genética e ao fornecimento de produtos, dentro outros. Esta realidade acarreta uma multiplicação dos tipos penais,[289] acompanhada de uma visível a ampliação das fronteiras do injusto punível, à medida que a consumação desses delitos independe de dano

---

[282] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión…*, p. 134.
[283] CALLEGARI, André Luis e WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi, *op. cit.*, p. 95.
[284] SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização.* São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 154.
[285] CANCIO MELIÁ, Manuel. *"Direito penal" do inimigo?* Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. In: CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLI, Nereu José. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 76-77.
[286] Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação…*, p. 53.
[287] MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001, p. 67.
[288] Nos tipos de perigo abstrato, o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, ao passo que o dano é substituído pela possibilidade, absolutamente hipotética, de afetação de bens ou interesses (GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infración de un deber: ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?* In: *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, pp. 489-505, 2000, p. 503).
[289] BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopes. *El moderno derecho penal para una sociedad de riesgo.* Madrid: Poder Judicial, 1997, p. 296.

ou perigo concreto, flexibilizando-se as regras de imputação objetiva e subjetiva, compreendidas as eliminações entre consumação e formas imperfeitas de execução.[290] A pena passa a significar a eliminação de um perigo, antecipando-se a punibilidade ao âmbito da preparação, a fim de que sejam evitados fatos futuros indesejáveis.[291]

Neste diapasão, no contexto da proteção de interesses coletivos, observa-se, no âmbito da proteção da fé pública, o crime de petrechos de falsificação (art. 294 do Código Penal)[292] e, visando à proteção da saúde pública, o tipo do art. 34 da Lei Federal 11.343/2006, que pune, em síntese, o fato da posse de qualquer instrumento destinado à produção de drogas.[293] Tais construções relevam-se ainda mais problemáticas que os demais tipos de perigo abstrato, porque sequer descrevem condutas, assumindo as especificidades dos crimes de posse, que exigem tão somente a posse de algum objeto aliada a uma intenção ilícita,[294] circunstância que ensejaria, em tese, violação à vedação da incriminação de pensamentos e ânimos do agente.

Como esclareceu SAYRE, ao debruçar-se sobre a celeuma em torno das *public welfare offenses* do Direito dos Estados Unidos, muitos tipos penais da atualidade prescindem daquele intuito criminoso, tão bem identificada por BLACKSTONE ao sintetizar o conceito clássico de crime como um fato ilegal deflagrado por uma vontade perversa. Assim, segundo o professor da Universidade de Harvard, o conceito moderno de criminalidade parece ter migrado da necessidade de culpa individual para uma ideia de contenção de perigo social.[295]

O quadro aponta para a subversão do princípio da intervenção mínima, transmudando-se para *intervenção máxima*, ao serem tuteladas meras funções, modelos ou

---

[290] CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito de derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, n. 10, pp. 47-72, 2002, p. 55.
[291] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Periculosidade no direito penal contemporâneo*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz e PACELLI, Eugenio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, pp. 237-253, 2011, p. 246.
[292] "Art. 294 – Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis descritos no artigo anterior: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa".
[293] "Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa."
[294] STRUENSEE, Eberhard. *Os crimes de posse*. Trad. José Danilo Tavares Lobato. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, pp. 56-69, 2013, p. 57.
[295] SAYRE, Francis Bowes. *Public welfare offenses*. Columbia Law Review, v. 33, n. 1, pp. 55-88, 1993, p. 55.

objetivos de organização política, econômica e social.[296] A intervenção penal desapega-se de seu caráter fragmentário, deixando de ser *ultima ratio* para se tornar *prima* ou *sola ratio* da tutela de objetivos estatais,[297] que não guardam referência, ao menos diretamente, com os bens individuais tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal clássico.

No fundo, deposita-se sobre as normas incriminadoras uma desarrazoada expectativa de transformação social, como se elas, isoladamente, tivessem força suficiente para a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*, tal como professa a Constituição da República, como um de seus objetivos fundamentais.[298]-[299] O Direito Penal, ao assumir tal função, realiza promessas inconsequentes, porque não poderá cumpri-las. Além de perverter sua missão nuclear, engana a opinião pública, oferecendo-se perspectivas de solução de problemas que não correspondem à realidade.[300]

Em verdade, adquirem relevo dois pensamentos antagônicos a respeito desse denominado processo de modernização do Direito Penal. Por um lado, o mais veemente discurso da resistência é proveniente da conhecida Escola da Frankfurt.[301] Ela defende que a tutela penal deve se voltar com exclusividade ao seu núcleo tradicional, jungindo-se à proteção de bens jurídicos individuais, o que não nega, em princípio, a possibilidade de proteção de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, porém desde que eles sejam funcionalizados a partir da pessoa humana, ou seja, somente pode ser aceita a proteção desses valores coletivos se tiverem condição de servir ao atendimento dos anseios dos seres humanos.[302] HASSEMER, por exemplo, sem negar os novos paradigmas da sociedade do risco, propôs que a proteção dos demais bens jurídicos deveria ocorrer por um novo ramo jurídico, denominado "Direito de Intervenção", de natureza extrapenal.[303] HERZOG, por seu turno, com base na teoria do *trilema regulatório* desenvolvido por TEUBNER a partir

---

[296] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e CEPEDA, Ana Pérez, *op. cit.*, p. 51.
[297] CEREZO MIR, José, *op. cit.*, p. 55.
[298] "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".
[299] Como bem lembrou Prittwitz, no contexto do Direito Penal do risco, um comportamento não é penalmente tipificado porque é socialmente inadequado, mas a fim de que seja visto como tal, consoante uma revitalização da crença no poder formador de costumes da intervenção penal, já acusada por Mayer em 1962 (PRITTWITZ, Cornelius, *op. cit.*, p. 39).
[300] PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007, p. 337.
[301] Destacando-se os trabalhos de Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz e Felix Herzog.
[302] HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95.
[303] HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal.* Trad. Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: safE, 2005.

de ideias luhmannianas,[304] constata três níveis de disfuncionalidades da intervenção penal alicerçada na noção de risco, concluindo ser ela absolutamente incompatível com a tradição liberal do Direito Penal.[305]

De outra banda, os diversos defensores da transformação do Direito Penal, à luz das necessidades ditadas pelos novos riscos sociais, não costumam vislumbrar grandes problemas quanto à proteção de bens coletivos, posicionando-os no mesmo patamar dos bens individuais, como fazem, *e.g.*, SCHÜNEMANN e HEFENDEHL.[306] Conforme aduz enfaticamente o primeiro, a despeito de não guardarem referência a um bem jurídico individual, o Direito Penal não pode ser indiferente a condutas potencialmente lesivas, considerado o grau de desenvolvimento tecnológico atual.[307] De maneira ainda mais incisiva, STRATENWERTH defende que a missão do Direito Penal consiste na defesa do meio ambiente e das gerações futuras, independentemente da identificação de qualquer bem jurídico a ser tutelado.[308] Em defesa da modernização das modalidades de intervenção penal, na doutrina espanhola, por exemplo, manifesta-se GRACIA MARTÍN, porém sob o enfoque

---

[304] Em linhas gerais, o modelo do trilema regulatório procura identificar as disfunções sistêmicas entre Direito, Política e Sociedade, apontando falhas regulatórias. São constatadas três disfuncionalidades: (1) *a indiferença recíproca entre Direito e Sociedade*: o sistema jurídico, devido ao seu alto grau de sofisticação, tende a perder contato com os reclames da sociedade, perdendo, com isso, autoridade institucional; (b) *a desintegração social pelo Direito*: as relações básicas dos sistemas sociais ("Lebenswelt") sofrem ameaças da ordem jurídica, que parecem tentar destruir sua autenticidade e sua identidade; e (c) *a desintegração do Direito pelas expectativas excessivas da sociedade*: diante da crescente incapacidade de implementação dos programas jurídicos em relação a outros sistemas sociais, políticos etc. (TEUBNER, Gunther. *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: De Gruyter, pp. 299-325, 1996). Com base nessa teoria, Herzog passa a criticar os paradigmas do Direito Penal do risco. Quanto à primeira disfuncionalidade, defende que a conversão de políticas regulatórias controversas em tipos penais revela completo desprezo por conteúdos materiais de injusto, abalando-se os princípios penais de imputação. Relativamente ao segundo nível, repele a tentativa de o Direito pretender *colonizar o mundo da vida*, por meio da destruição de normas e procedimentos de autorregulação social, de modo leis mais severas acabam por diminuir a potencialidade de tomada de posições pela própria sociedade. E, por fim, no que se refere ao terceiro nível, obtempera Herzog que as massivas demandas sociais por regularização, por vezes contraditórias, sobrecarregam o Direito com o clamor por normas orientadas às consequências, em desapreço à legalidade (HERZOG, Felix, *op. cit.*, p. 320).

[305] *Idem, ibidem*, p. 321.

[306] Enquanto os adeptos da teoria monista-individual, como o caso dos seguidores da Escola de Frankfurt, conferem primazia à proteção de bens jurídicos individuais, reputando legitimada a proteção de bens coletivos apenas quando eles sejam funcionalizados a partir de interesses de pessoas humanas, os adeptos da concepção dualista situam os bens coletivos no mesmo patamar dos individuais. Para um aprofundamento, v. BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 150-160.

[307] SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998, p. 23.

[308] STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: parte general I. El hecho punible.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson/Civitas, 2005, p. 57.

do alcance da criminalidade global econômica e empresarial das classes poderosas, como forma de realização efetiva das garantias do Estado de Direito social e democrático.[309]

De fato, ao lado de posições extremadas, detratores ferrenhos e defensores entusiastas da intervenção penal no contexto da sociedade do risco, há pensamentos intermediários que buscam aferir critérios para o balanceamento e aferição da legitimidade da intervenção jurídico-penal. Sem que seja abandonada a identificação de proteção de um bem jurídico-penal como critério legitimador da incriminação,[310] grandes questões parecem redundar na identificação de um valor que seja digno de receber a tutela penal e, em um segundo plano, a maneira pela qual esse bem seria protegido, a partir da própria estrutura linguística do tipo.

No que toca ao primeiro ponto, a dificuldade inicial reside na possibilidade de se estabelecer um conceito de bem jurídico-penal, que realmente forneça critérios limitadores do *jus puniendi* estatal. Ao longo do tempo, as tentativas de definição revelaram-se complexas e infrutíferas,[311] de modo que o dinamismo e a complexidade das relações sociais impedem que se estabeleça um catálogo definitivo de bens jurídico-penais. Alguns bens jurídicos individuais básicos, como a vida, a integridade física e a liberdade individual serão sempre objeto de proteção. Mas haverá sempre novos valores que, a partir das reais necessidades sociais e do dinamismo da vida, poderão ser submetidos à proteção penal. Nesse âmbito inserem-se, por exemplo, a *integridade do patrimônio genético*, por meio de tipos da Lei de Biossegurança (Lei Federal 11.105/2005)[312] e a *segurança informática* como

---

[309] GRACIA MARTÍN, Luis. *A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático).* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 88, pp. 95-142, 2011, p. 107. Em direção semelhante, Martínez-Buján Pérez pontua que a criminalidade econômica deve ser combatida, atendendo-se aos reclames da contemporaneidade, por conta da multivitimização e da aparência externa de licitude, de modo que o risco objetivo é superior à sensação subjetiva de insegurança (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoria del "Big Crunch"en la seleción de bienes jurídico-penales.* In: Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, pp. 953-985, 2003, p. 967).

[310] Cf. item 4.2, *infra.*

[311] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 352.

[312] Nesse sentido, ao analisar especificamente os artigos 25 e 26 da Lei Federal 11.105/2005, Ana Elisa Bechara aponta as dificuldades quanto à identificação do bem jurídico-penal. No que tange ao primeiro tipo, relativamente à criminalização de intervenções genéticas em células germinais humanas, observa que, ainda que possa ser identificada a proteção da *integridade do patrimônio genético e, assim, da própria natureza humana, como parte essencial da dignidade humana*, não é razoável supor-se que qualquer terapia genética humana em linha germinal, ainda que acarrete concretamente a cura de uma grave enfermidade genética, implica ofensa a esse valor. E, no que toca ao segundo tipo, concernente à criminalização da clonagem humana, a professora da Universidade de São Paulo obtempera inexistir clareza quanto ao valor protegido pela norma, porém, admitindo-se a tutela da *irrepetibilidade do patrimônio genético humano*, deve-se compreender tratar-se de um bem coletivo, à medida que essa proteção não parece fazer muito sentido na esfera individual, até

valor protegido por diversos tipos que criminalizam condutas praticadas por meio da internet.[313]

Inviabiliza-se, diante desse quadro, a utilização de um método meramente descritivo, por meio do estabelecimento de um *catálogo de bens jurídico-penais*, com aspirações de delimitar e conformar definitivamente o trabalho do legislador. Em vez de um ontologismo puro, com base em pontos de partida normativistas, deve-se buscar, com a consciência de que a valoração nunca existe por si mesma, a mescla de juízos de valor com dados empíricos da realidade, com o fim de, a partir da leitura contextualizada do tipo, chegar-se à adequada delimitação do conceito de um bem jurídico específico.[314] Contudo, essa porção de liberdade conferida ao legislador na identificação de um valor passível de tutela penal de maneira alguma deve ser confundida com arbitrariedade absoluta, observando-se, além de sua compatibilidade às diretrizes constitucionais,[315] as reais necessidades sociais de cada época, com referibilidade à proteção, ainda que mediata ou indireta, dos diretos humanos de cada um na sociedade.[316]

Identificada a dignidade penal de um interesse, em um segundo plano, a atenção deverá recair sobre a maneira pela qual ele é protegido, partindo-se da análise de um ou mais tipos penais. Basta se recordar do indiscutível valor da *vida humana*, por um lado, e as discussões acerca da legitimidade da criminalização do aborto, por outro;[317] e a relativa plausibilidade de tutela do bem coletivo da segurança pública e a evidente inocuidade

---

porque gêmeos univitelinos apresentam idêntico patrimônio genético (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Genética e direito penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 238, pp. 8-9, 2012).

[313] SYDOW, Spencer Toth. *O bem jurídico nos crimes informáticos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 113, pp. 193-212, 2015, p. 204.

[314] Na mesma direção, Bechara esclarece: "no discurso jurídico-penal, os argumentos normativos e empíricos estão vinculados uns aos outros e se entrelaçam, sem que isso implique conflitos ou contradições". (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Siva. *Bem…*, p. 351).

[315] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 97-98.

[316] Em referência ao conceito de bem jurídico-penal formulado por Roxin, como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento do sistema estatal que se baseia nesses objetivos". (ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli (org. e trad.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 18-19.

[317] Em torno das discussões contemporâneas sobre o crime de aborto, v. DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Aborto: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado*. São Paulo: IPAM, 2015, pp. 87-97.

daquele que guarda em sua residência uma única munição de uso permitido, conforme permite uma interpretação literal[318] do art. 12 da Lei Federal 10.826/2003.[319]

Já na identificação de respostas ao modo de se punir,[320] parece haver a necessidade, em atenção ao princípio da ofensividade, de serem privilegiados, na medida do possível, tipos de dano, valendo-se o legislador de tipos de perigo abstrato apenas quando aquelas estruturas se revelarem insuficientes para a proteção do interesse penal.

Essas balizas revelam-se importantes para que se busque um ponto de equilíbrio entre a modernização dos preceitos jurídicos, que é inevitável, e o respeito a um núcleo irrenunciável de garantias assumem relevância ímpar para o Direito Penal,[321] porque ele, como nenhum outro ramo, invade mais agressivamente os direitos fundamentais, pela possibilidade de cerceamento da liberdade de ir e vir, denotando-se, com isso, sua capacidade simbólico-comunicativa e seu inevitável potencial de estigmatização social.[322]

---

[318] Silveira lamenta que no Brasil, genericamente, parece exisitir uma aceitação de uma leitura positivista simplista da norma penal, como se ela se autolegitimasse e garantisse a efetivação da proteção suposta, o que se revela inaceitável. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A busca de…*, p. 7).

[319] "Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

[320] Cf. item 4.3, *infra.*

[321] Sobre a dimensão ético-normativa da dogmática e seus prismas eficacial e axiológico, v. item 1.3.2, *supra.*

[322] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión…*, p. 178.

2. Manifestações de desproporcionalidades das leis penais brasileiras

SUMÁRIO: 2.1. A hipertrofia como marca da desproporcionalidade penal: a primazia da emergência e seus efeitos meramente simbólicos; 2.2. Modalidades de desproporcionalidades da tutela penal; 2.2.1. Da tutela penal inadequada; 2.2.1.1. Inadequação da tutela penal de moralidades; 2.2.1.2. Inadequação e tutela penal de interesses abstratos; 2.2.2. Da tutela penal desnecessária; 2.2.2.1. Tutela desnecessária e tipos de perigo abstrato; 2.2.2.1.1. Crimes de ação concretamente perigosa; 2.2.2.1.2. Crimes de acumulação; 2.2.2.1.3. Delitos preparatórios; 2.2.3. Da tutela penal estritamente desproporcional; 2.2.3.1. Desproporcionalidades estritas e natureza de bens jurídicos; 2.2.3.2. Desproporcionalidades estritas e desvalores abstratos das condutas; 2.2.3.3. Desproporcionalidades estritas e desvalores abstratos dos resultados.

2.1. A hipertrofia como marca da desproporcionalidade penal: a primazia da emergência e seus efeitos meramente simbólicos

Costuma-se se associar o crescimento desordenado da intervenção penal aos reclames da pós-modernidade. Debate-se sua expansão a partir de sua antecipação para a punição de condutas arriscadas, aliada aos efeitos de sua internacionalização, que impõe a criminalização das mais diversas condutas lesivas aos direitos humanos, por um lado, e a proteção de interesses econômicos, por outro, temperados por um discurso hegemônico de insegurança social. O resultado é a produção de dois grandes efeitos quantitativos, no contexto da busca pela eficácia punitiva: eleva-se desordenadamente o número de tipos penais e incrementa-se de maneira assistemática a quantidade de penas. O resultado desse amálgama desvela um crescimento hipertrófico, uma expansão disfuncional do Direito Penal, que não leva em consideração, como deveria, sua finalidade maior, mediata, de pacificação social, por meio da proteção de bens jurídico-penais, função imediata da intervenção.[323] Esta constatação relaciona-se claramente ao discurso da emergência e os efeitos simbólicos dela decorrentes.

Inicialmente, contudo, deve ser observado que nem todo crescimento desordenado do Direito Penal vincula-se aos citados aspectos da contemporaneidade. Sempre houve leis

[323] Essa visão aparta-se claramente da concepção hegeliana de que a pena teria a função de reafirmar a ordem jurídica violada e, consequentemente, do pensamento de JAKOBS, um dos maiores expoentes dessa vertente funcionalista. Para ele, o crime constitui uma frustração da expectativa de fidelidade ao Direito, de modo que a pena serviria para se resgatar a confiança na norma (JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general.* Trad. Joaquin Contreras e José Luis S. Gonzales de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 18).

penais mal redigidas, com tessituras muito abertas, que acabam por abranger âmbitos de proteção indesejados pelo próprio espírito da proibição.[324] Nesse ponto, são elucidativas as críticas de Alessandro BARATTA, relativas ao emprego de conceitos legais indeterminados e de cláusulas gerais, técnicas que, segundo ele, favorecem a expansão da discricionariedade judicial, cujas decisões tendem a assumir um caráter pragmático e político como as leis, dando ensejo a um indesejado *Direito Penal jurisprudencial*.[325] Por outro lado, mesmo as leis consideradas *fechadas* podem dar margem a resultados não recepcionados por princípios penais. Por exemplo, uma interpretação literal do tipo de furto não enseja o afastamento de punição pela subtração de valor insignificante, assim como a mesma interpretação literal do tipo de homicídio seria inapta a conduzir à atipicidade de alguns casos de eutanásia passiva. [326] Portanto, revela-se imprescindível a utilização de instrumentos corretivo-hermenêuticos do tipo, não apenas para a realização da *justiça do caso concreto*, mas também para, sob um espectro mais ampliado, realinhar-se o Direito Penal à sua verdadeira função de proteção de bens jurídico-penais.

Em conformidade com o pensamento de FERRAJOLI, o chamado *Direito Penal da Emergência* teve origem na Itália, referindo-se às modificações estruturais ocorridas após 1970, com o intuito de combate ao crime organizado e ao terrorismo, com o escopo de serem encontradas respostas estatais imediata à nova realidade emergente.[327] Para tanto, além da explosão de novos tipos penais, incluindo novos tipos de associação criminosa, e do incremento das penas, passou a ser tomada uma série de medidas no âmbito processual, como o uso indiscriminado de medidas de prevenção, o automatismo das prisões cautelares, uma maior liberdade na produção de provas, a valorização das delações ("pentitismo") e, na

---

[324] Em sentido semelhante, esclarecendo que técnicas legislativas inadequadas nem sempre guardam relação com efeitos simbólicos ou emergenciais, vide BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, pp. 411-436, 2008, p. 425.

[325] BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal.* Trad. Mauricio Martínez Sánchez. Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado, Barcelona, n. 1, pp. 37-55, 1991, p. 44.

[326] A eutanásia passiva ocorre quando há a interrupção das medidas prolongadoras da vida do paciente, que podem contar com a vontade deste, ou não. No primeiro caso, parece ser inquestionável a atipicidade da conduta, cf. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 202. No Brasil, a questão foi objeto de regulamentação pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, que assim dispõe: "É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

[327] *Apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos…*, p. 422.

seara da execução penal, a previsão de formas mais rigorosas de cumprimento de pena, com o isolamento de indivíduos considerados perigosos, vinculados a associações criminosas.[328]

Ocorre que a excepcionalidade se protraiu no tempo e referidas medidas punitivas incorporaram-se ao sistema jurídico-penal, expandindo-o de maneira extensiva e intensiva a diversas outras searas, de maneira que, na contemporaneidade, as disfuncionalidades da intervenção penal são normalmente relacionadas à utilização de uma *normatividade de emergência*, com todos os problemas que se ligam a esse tipo de medida: antecipação da tutela penal, caos, rigor punitivista, redução de garantias e simbolismo. Tal constatação vai de encontro a qualquer técnica legislativa inspirada em uma política criminal eficiente e racional, tratando-se de provimentos improvisados e assistemáticos.[329] O efeito está na criação de um simbolismo estéril, imperfeições técnicas e impotência quanto aos resultados pretendidos pela norma.[330]

Sob a roupagem da emergência, as normas penais parecem se transformar em instrumentos de administração de situações particulares, de riscos considerados excepcionais, como ferramentas para respostas contingentes e pontuais.[331] Seguindo essa tendência, atentando-se à realidade brasileira, o legislador parece agir por *espasmos*:[332] a cada caso rumoroso destacado pela mídia, principalmente se envolver alguma celebridade,

---

[328] MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale.* 2ª ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997, p. 53.
[329] *Idem, ibidem*, p. 53.
[330] *Idem, ibidem*, p. 254.
[331] BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, p. 44.
[332] É o que observa Cristiano Maronna, que cita as constatações de uma reportagem do jornal "O Estado de São Paulo", em 18.05.2008: "depois das extorsões mediante sequestro de que foram vítimas empresários endinheirados na virada dos anos 1990, surgiu a Lei 8.072/90; depois do brutal assassínio de conhecida atriz de telenovelas em 1994, o homicídio doloso [*rectius:* qualificado] foi incluído no rol dos crimes hediondos; depois do caso de violência policial na Favela Naval em Diadema em 1997, foi aprovada a Lei de Tortura (Lei 9.455/97); depois do caso da pílula anticoncepcional que continha farinha e do remédio usado no tratamento do câncer que continha placebo em 1998, surgiu a Lei 9.677/98, que alterou sensivelmente a redação do art. 273 do Código Penal; depois dos ataques de facção criminosa a policiais civis e militares, a delegacias de polícia e a batalhões da PM, e outros prédios públicos em 2006, surgiu a Lei 10.792/2003, que instituiu o RDD, e assim por diante" (MARONNA, Cristiano Avila. *O crime do art. 273 do Código Penal e o caso dos medicamentos fitoterápicos*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo e SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito penal na pós-modernidade*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 137-149, 2015, p. 137). Como exemplo mais recente, pode ser rememorada a Lei 12.737/2012, conhecida como "Lei Carolina Dieckmann", porque referida atriz teve copiadas de seu computador pessoal certas fotografias íntimas e conversas, que foram divulgadas na internet sem sua autorização. Foram inseridos no Código Penal os artigos 154-A ("Invasão de dispositivo informático") e o 266 ("Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública"). O projeto de lei tramitou em regime de urgência e foi aprovado em tempo recorde, se comparado a outros projetos sobre delitos informáticos (Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_Carolina_Dieckmann. Acesso em 13.03.2018).

parece surgir uma nova lei penal. A mídia revela-se, portanto, o próprio combustível do populismo penal.[333]

Segundo MOCCIA, muitos tipos penais da atualidade, em especial aqueles que visam à proteção da ordem econômica, ao pretenderem expressar o pragmatismo da pós-modernidade, removem as garantias da modernidade e, no fundo, remetem a parâmetros repressivos pré-modernos, fomentadores de um realismo jurídico estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficaz.[334]

O que sucede é que, diante de assuntos reputados emergenciais, busca-se uma ilusória eficácia punitiva, por meio de normas que apenas simbolizarão uma tomada de providências pelo Estado, sem muita repercussão prática para a contenção de suposta atividade, que nem sempre traz consigo um ameaça verdadeira. Por vezes, há tão somente a representação de riscos econômicos para certos grupos, que pressionam o Parlamento para a edição de tipos que contribuam para arrefecer o sentimento de medo de situações indesejadas, desvirtuando-se o próprio Direito Penal, que passa a ser empregado como mero instrumento político de promoção de certos interesses econômicos.

Sob outro enfoque, a sociedade do risco também aguça a sensibilidade ao perigo para além da própria existência deste,[335] agudizada pelos meios de comunicação, que se encarregam de transmitir o terror como algo absolutamente próximo e, por conta de seu crescimento exponencial, fora do controle estatal, alimentando os mais primitivos sentimentos de vingança dos cidadãos contra os *indesejados inimigos*, que, de tão perigosos à sociedade,[336] precisam ser eliminados, segundo visão puramente maniqueísta de bem e mal.

A tutela penal da emergência desvela o assentamento dos pressupostos da intervenção penal em razões de Estado, de índole puramente política, e não, como deveria

---

[333] MENDES, André Pacheco Teixeira. *Por que o legislador quer aumentar penas?: populismo legislativo na Câmara dos Deputados. Análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014.* Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 73.

[334] MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n. 25. pp. 58-91, 1999, p. 88.

[335] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Discursos...*, p. 411.

[336] Nenhuma espécie de temor que os cidadãos possam ter dos pretensos inimigos da sociedade pode legitimar o uso da violência estatal desmedida e desproporcional, como se eles, antes de pessoas titulares de direitos e garantias, assumissem forma de *fontes de perigo ambulantes* e, por isso, devessem ser inocuizados antes de causarem algum dano. No mesmo sentido, EL HIRECHE, Gamil Föppel e FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no projeto de código penal e na lei 12.850/2003.* In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal.* Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 427-474, 2015, p. 439.

ser, em razões jurídicas,[337] com legitimidade intrinsecamente vinculada ao modelo do Estado Democrático de Direito.[338] Além do mais, a intervenção penal esquematizada a partir de pressupostos políticos acaba se tornando poderoso instrumento de aniquilação de direitos e garantias individuais, como se percebe na América Latina desde as matizes forjadas pela Segurança Nacional até a onda crescente do neoliberalismo, com fulcro na efetividade da repressão penal contra os perturbadores da ordem econômica e de suas metas culturais.[339]

Por outro lado, o discurso da emergência, plasmado pelo fenômeno expansivo, também contribui para a intensificação dos efeitos simbólicos da intervenção penal,[340] ou seja, da utilização desta como mera *arma política*, como "meio de resposta aos anseios midiáticos e de boa parte da população".[341]

Evidencia-se a utilização de simbolismos em Direito quando as ações jurídicas, em sentido amplo, compreendendo-se não apenas as leis e demais atos normativos, mas também as posturas de diversos agentes estatais, não produzem com exclusividade um direcionamento teleológico das condutas, com absoluta despretensão de despertar mudanças de estados anímicos; antes, privilegiam justamente esse *caráter conotativo*, agindo sobre a percepção da conduta por parte da sociedade.[342]

O simbolismo parece sempre ter acompanhado o Direito e não se pode dizer que seja ele de todo negativo.[343] Aliás, justamente por conta dos signos inerentes a todo o tipo de linguagem, e o sistema jurídico, sob certo ângulo, nada mais é do que um sistema de

---

[337] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 649-650.

[338] É absolutamente inviável se discutir a razoabilidade ou mesmo as disfuncionalidades da intervenção penal de maneira descolada do modelo de Estado, já que diversos tipos que poderiam se compatibilizar com um Estado totalitário ou arbitrário seriam flagrantemente ilegítimos se contrastados com os reclames de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, um modelo de Estado ilegítimo fornece substrato formal e material para tipos ilegítimos, inviabilizando-se a expulsão de normas penais irrazoáveis do ordenamento, ou mesmo a correção dos elementos do tipo. Por outro lado, o modelo de um Estado Democrático de Direito é aquele que está em melhores condições de fornecer os instrumentos e as técnicas necessários para o saneamento das normas incriminadoras à luz de princípios penais constitucionais. Segundo Mariângela Gama de Magalhães Gomes, "no Estado Democrático de Direito há que ser relembrado, uma vez mais, que o indivíduo encontra-se no centro do direito penal, sendo um fim, e não meio ou coisa. Assim, a pena não pode ser cruel ou desumana, e a dignidade da pessoa humana impõe uma limitação fundamental à quantidade e à qualidade da pena." (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio...*, p. 181).

[339] TAVARES, Juarez. *A crescente...*, pp. 44-45.

[340] Cancio Meliá anota que os fenômenos expansivos atuais estão basicamente ligados a duas ideias: ao Direito Penal simbólico e ao ressurgir do punitivismo (CANCIO MELIÁ, Manuel, *op. cit.*, p. 77).

[341] LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco.* Curitiba: Juruá, 2015, p. 108.

[342] FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico.* Curitiba: Juruá, 2015, p. 38.

[343] *Idem, ibidem*, p. 151, referindo-se especificamente ao Direito Penal.

linguagem e de comunicação, a Semiótica[344] revela-se disciplina auxiliar de destacada importância à realização de uma adequada hermenêutica jurídica; atenta aos signos de certo enunciado jurídico, contribuirá para o exame de seu alcance e dos fatos que lhe possam ser subjacentes, sob as dimensões sintática, semântica e pragmática.[345]

Se Direito é linguagem e esta não pode se dissociar de signos, parece ser pouco realista sustentar que o sistema jurídico-criminal, como um todo, principalmente na atual sociedade comunicativa, não pudesse se valer de simbolismos.[346] E, de fato, há inúmeros exemplos deste fenômeno, desde perspectivas bens distintas, como a corrente criminológica do *labelling approach*, que reconhece a aposição de uma etiqueta social sobre aquillo pode ser tachado como crimes ou sobre os próprios criminosos, que passam a sofrer o estigma da institucionalização,[347] sem contar a proliferação de tipos de perigo abstrato, que se escoram no símbolo do perigo presumido, puramente normatizado.[348]

Todavia se, por um lado, a existência de simbolismos nas leis penais é considerada absolutamente natural, critica-se a existência de um *Direito Penal simbólico*, indesejado fenômeno que adquire redobrado fôlego a partir da primazia da emergência, que encerra um dos principais fatores da hipertrofia penal e, consequentemente, da desproporcionalidade de suas leis, por meio da criação de uma série de disfuncionalidades em seus âmagos. Decerto, ele é caracterizado pelo predomínio da função simbólica da lei, em detrimento de sua função jurídico-instrumental,[349] desvelada na proteção de bens jurídicos, estampada no tipo e apreendida por métodos hermenêuticos próprios.

Segundo HASSEMER, muito embora não haja um conceito preciso de legislação simbólica, existe concordância que se trata da constatação da oposição entre *realidade* e *aparência*, entre *manifesto* e *latente*, ou mesmo entre aquilo que é *verdadeiramente querido*

---

[344] A Semiótica pode ser compreendida como "a ciência que tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno, como fenômeno de produção de significação e se sentido" (SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica?* São Paulo: Brasiliense, 2009, p. 13).

[345] VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Considerações iniciais sobre semiótica jurídica*. Revista CEJ, Brasília, v. 14, n. 51, pp. 115-124, 2010, p. 120.

[346] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *O direito penal simbólico e os efeitos da pena*. Trad. Luciana Caetano da Silva. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, v. 1, n. 1, pp. 24-49, 2004, p. 48.

[347] SHECAIRA, Sérgio Salomão, *op. cit.*, pp. 254-272.

[348] TAVARES, Juarez. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência.* Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, v. 17, pp. 89-99, 2012, p. 94.

[349] Nessa direção, referindo-se, genericamente, à existência de uma legislação simbólica, NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

e o que é *aplicado*.[350] Consoante o penalista, esta constatação demonstra o cumprimento excessivo de reclames meramente pedagógicas pelo Direito Penal, tais como a necessidade de criação de uma *consciência ecológica* ou da *valorização da mulher em sociedade*, por meio de tipos penais que, com a ajuda da intervenção instrumental da tutela penal, desejam transmitir a mensagem de uma *vida de fidelidade ao Direito*.[351]

Para o professor da Escola de Frankfurt, a marca do Direito Penal simbólico é o *engano*, porque as leis transmitem uma falsa aparência de efetividade e instrumentalidade. As funções latentes predominam sobre as manifestas, com a expectativa de que sejam alcançadas outras metas, que não aquelas declaradas pelo texto legal. Se as funções manifestas coincidem com a proteção do bem jurídico previsto pela norma, as latentes são múltiplas, a gosto dos mais variados objetivos políticos: pode ser o mero cumprimento da satisfação de uma *necessidade de atuar* da norma; o arrefecimento dos ânimos populares, mediante a busca de uma pacificação social; ou mesmo a demonstração de um Estado forte, atento e resoluto.[352]

No Brasil, os traços do Direito Penal simbólico são basicamente encontrados nas seguintes manifestações: (1) na proliferação de tipos que hasteiam bandeiras de temas como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da mulher, *luta* contra a corrupção, segurança no trânsito etc.; (2) na elevação repentina das sanções penais para modalidades específicas de tipos já existentes, como o apenamento mais severo do homicídio culposo, desde que praticado na condução de veículo automotor,[353] bem como das sanções estabelecidas pela Lei Federal 13.330/2016, que aumenta as penas dos crimes de furto e de receptação, quando a conduta recair sobre semovente domesticável de produção, consoante clara indicação da pressão exercida por pecuaristas e pela bancada rural para aumentar a proteção de seu patrimônio; e (3) em normas penais explicativas que distorcem certos significados próprios de outros ramos do Direito, como a equiparação a documentos públicos de certas cártulas que, apenas por ficção, apresentam essa natureza, como o título ao

---

[350] HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Trad. Elena Larrauri. Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado, Barcelona, n. 1, pp. 23-36, 1991, p. 28.
[351] *Idem, ibidem*, pp. 26-27.
[352] *Idem, ibidem*, p. 30.
[353] Enquanto o *tipo fundamental* de homicídio culposo prevê pena de detenção de um a três anos (art. 121, par. 3o, CP), a mesma conduta praticada na condução de veículo automotor será ela apenada com dois a quatro anos de detenção, além da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302, Código de Trânsito Brasileiro – CTb), revelando-se, assim, incongruente que, em tese, um homicídio praticado mediante culpa consciente – modalidade mais grave de culpa – possa receber pena menor do que um homicídio praticado mediante culpa leve, apenas pela necessidade de despertamento da consciência coletiva de atenção às regras de trânsito.

portador, o endossável, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular,[354] que desvelam a proteção política de grupos economicamente poderosos, como as instituições financeiras, além da proteção especial de testadores, que também não costumam contar com reduzida capacidade patrimonial.

Por outro lado, o Direito Penal simbólico também irradia seus efeitos para além das normas penais, afetando normas processuais penais. No Brasil, por exemplo, a necessidade de que os nomes de condenados fossem incluídos no famigerado *rol dos culpados*, o que contribuía para aprofundar o etiquetamento social da figura do *criminoso* e a discriminação com base em um suposto papel irrenunciável de *delinquente*, de marca indelével.[355] Igualmente, também se observam os efeitos do Direito Penal simbólico em certas posturas de agentes do sistema de justiça criminal, quando presos são algemados, ainda que não representem qualquer perigo, mesmo que remoto, ou mesmo diante de decisões judiciais que, sob o albergue polissêmico de *ordem pública*, acabam por determinar o cumprimento antecipado de penas, por vezes, anteriormente ao próprio processo penal.[356] Sem contar, por fim, a própria disposição cênica das audiências e, principalmente, nos tribunais do júri, que fazem situar a acusação muito mais próxima do juiz do que este da defesa, transmitindo-se a falsa ideia, o *símbolo*, de que o Ministério Público, intitulado *Justiça Pública*, seria, em verdade, a própria voz do Poder Judiciário.[357]

O problema desses contrastes entre funções manifestas e funções latentes é que eles abrem espaços para a conversão do Direito Penal em mero instrumento ao atendimento de objetivos políticos, o que se conforma à proteção preponderante de situações de perigo, no contexto da proteção de qualquer bem jurídico coletivo criado pelo legislador, acentuando-se a questão em torno da legitimação da intervenção penal.[358]

Aludidas críticas ao Direito Penal simbólico são temperadas pelo discurso de DÍEZ RIPOLLÉS, para quem o descrédito lançado em torno dos efeitos simbólicos mostra-se

---

[354] Art. 297,§ 2°, CP.
[355] O art. 393, II, do CPP, que estabelecia como efeito da sentença condenatória recorrível o lançamento do nome do réu no rol dos culpados foi revogado pela Lei Federal 12.343/2011.
[356] Ordem pública é um dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, conforme art. 312 do CPP.
[357] O art. 18, I, *a*, da Lei Complementar 75/1993, estabelece como prerrogativa dos membros do Ministério Público da União "sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem", ao passo que o art. 41, XI, da Lei 8.625/1993, no mesmo sentido, confere aos demais membros do Ministério Público a prerrogativa de "tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma".
[358] *Idem, ibidem*, pp. 30-31. No mesmo sentido, Tavares aponta que a discrepância entre os objetivos declarados e os objetivos ocultos permite a discussão acerca da legitimidade das normas penais e de sua pretensão à legitimação simbólica (TAVARES, Juarez. *Os objetos…*, p. 92).

precipitado, já que eles seriam, em princípio, indispensáveis à efetiva proteção de bens jurídico-penais, por meio da prevenção de comportamentos.[359] O espanhol chega a propor, inclusive, a substituição da expressão *efeitos simbólicos* para outra menos pejorativa, *efeitos expressivo-integradores*, porque eles suscitam emoções e sentimentos (expressividade), além de determinarem representações valorativas nas mentes das pessoas (integração). Tais efeitos coexistiram com os *efeitos materiais*, de índole instrumental[360] que, juntos, contribuem para a prevenção de comportamentos.

Em contraste com o pensamento de HASSEMER, o catedrático da Universidade de Málaga esclarece que os efeitos expressivo-integradores são, na verdade, um dos pilares da fundamentação legítima da pena, por constituírem o núcleo da prevenção intimidadora, individual e coletiva, além de assumirem o papel fundamental no bojo de teorias preventivas que têm o escopo de reforçar determinadas socializações, ou mesmo de confirmar a vigência dos conteúdos básicos da ordem social.[361] Por este motivo, a opção pela pena como forma de socialização de um povo que ainda não interiorizou satisfatoriamente os componentes primários da ordem social é medida legítima, enquanto se limite aos conteúdos mínimos que impedem a desorganização social e as representações mentais coincidam com a maioria social aceitadora da ordem social básica.[362]

Portanto, para DÍEZ RIPOLLÉS, a celeuma não residiria no descompasso entre funções manifestas e funções latentes da pena, mas sim na eventual constatação de que os efeitos expressivo-integradores (tachados de simbólicos) não se mostram necessários para a manutenção da ordem social básica, o que se verifica caso não foquem sua incidência sobre objetos que não são decisivos na proteção de bens jurídicos, ou se não guardarem relação com as necessidades de controle social a serem satisfeitas por meio da sanção penal.[363]

Sem embargo da pertinência das preocupações de HASSEMER quanto ao engodo proporcionado pelo Direito Penal simbólico, a razão é de DÍEZ RIPOLLÉS. Ainda que o Estado, por meio da edição de certas leis penais, deseje fazer prevalecer os seus efeitos simbólicos, quaisquer que sejam estes, desde que tais leis cumpram satisfatoriamente suas funções instrumentais, não haverá que se concluir pela ilegitimidade da intervenção penal.

---

[359] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *O direito penal…,* p. 28.
[360] *Idem, ibidem*, p. 29.
[361] *Idem, ibidem*, p. 29.
[362] *Idem, ibidem*, p. 37.
[363] *Idem, ibidem*, p. 41.

Ou seja, se existirem leis que tutelem verdadeiros bens jurídico-penais, facilmente identificados pela interpretação dos enunciados normativos, que atendam com rigor aos reclames da taxatividade e da tipicidade, por contemplarem a proibição de comportamentos graves, socialmente desvalorados, e as penas cominadas contarem com razoável equilíbrio, não haverá qualquer déficit de legitimidade se, eventualmente, a *mens legislatores* tiver sido a promoção de efeitos meramente simbólicos, pouco importando, igualmente, a consecução prática desses objetivos. É que, nestes casos, satisfeitas todas as exigências de uma intervenção penal plasmada em um Estado Democrático de Direito, pode-se extrair da norma, em atenção a *mens legis*, uma interpretação razoável e consentânea a fins legítimos, independentemente dos supostos efeitos simbólicos pretendidos pelo legislador quando de sua edição. Apenas as normas que visarem à produção de efeitos meramente simbólicos e desrespeitarem as premissas democráticas é que podem ser encaixadas no âmbito do Direito Penal simbólico.

2.2. Modalidades de desproporcionalidades da tutela penal

A hipertrofia do Direito Penal, caracterizada pelo discurso da emergência e pelo apelo demasiado aos seus efeitos simbólicos, desvela sérias disfuncionalidades sistêmicas, comprometedoras do viés democrático da intervenção jurídico-penal. As leis penais desatendem à necessária fundamentação antropológica [364] e revelam-se instrumentos poderosos para o aprofundamento da seletividade, o que faz ZAFFARONI dizer, em tom pessimista, ou mesmo realista, que a legitimidade do sistema penal tornou-se *utópica* e *atemporal*, porque não se realizará em lugar algum e em tempo algum.[365]

É bem verdade que, ao longo da história ocidental, nunca houve um Direito Penal liberal propriamente dito, jungido tão somente à defesa de bens jurídicos individuais;[366] muito antes dos discursos pós-modernos já existia a proteção penal de bens supraindividuais, como a ordem pública e paz pública. Na contemporaneidade, entretanto, intensificam-se diversos desajustes dogmáticos, que acabam por conflitar com básicas premissas de fundo

---

[364] A antropologia jurídica jus-humanista impõe a consideração do homem como pessoa; pessoa é *ator* – em referênica à máscara do teatro grego – o protagonista central da tragédia que decide sobre o bem e o mal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 17).
[365] *Idem, ibidem,* p. 19.
[366] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión…*, pp. 165-166.

liberal. Ainda que algumas dessas novas conformações sejam necessárias às adequações jurídico-penais dos inéditos contornos sociais, sob a pena de ostracismo da intervenção penal, muitas das novas questões refletem verdadeira desproporcionalidade de diversos tipos incriminadores.

Como se verá,[367] o princípio da proporcionalidade é um instrumento indispensável para a busca por equilíbrio e coerência entre as normas jurídicas. Ao lado de seu prisma tradicional – de proibição de excesso – tem-se vislumbrado uma faceta mais moderna, a de proibição de proteção deficiente,[368] mas não será objeto de preocupação deste trabalho essa roupagem mais recente, que redundaria na análise da necessidade da expansão da intervenção penal para a proteção de alguns interesses. A seguir, será demonstrada a inexistência de coesão e harmonia sob diversos aspectos da intervenção penal, a partir dos três corolários da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[369] Por isso, será oportuno se cogitar de *tutelas penais inadequadas*, quando o interesse que se quer proteger não é digno da tutela penal; *tutelas penais desnecessárias*, quando o problema não está no interesse a ser protegido penalmente, mas na forma em que essa proteção se dá; e *tutelas penais estritamente desproporcionais*, hipóteses nas quais a atenção não se volta ao objeto de proteção ou à estrutura do tipo, porém antes à ausência de equilíbrio entre as penas abstratamente cominadas ao preceito penal.

Outras desproporcionalidades típicas também causadas pela primazia da emergência, no contexto amplo da pós-modernidade, ficarão de fora dessa análise. Nomeadamente, as intrincadas questões em torno das novas formas de ingerência, com culminam com a expansão dos crimes omissivos impróprios e da figura do garante;[370] as próprias celeumas em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica;[371] e o desapego ao princípio da

---

[367] Capítulo 3, *infra.*
[368] Cf. item 3.2, *infra.*
[369] Cf. item 3.2.1, *infra.*
[370] Considerando as questões em torno da crise ocasionada pela expansão dos delitos omissivos, muito embora sem se referir diretamente à pós-modernidade, v. TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 30-35.
[371] Salvador Netto situa a exaltação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no contexto da sociedade do risco, porque "deriva da percepção e reflexão das empresas como núcleos fáticos da geração de riscos, operadoras concretas dessa segunda natureza, constatação que enseja sua transformação em núcleos também jurídicos (*espaço de liberdades perigosas*) (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2018, p. 55).

legalidade penal e de seus corolários, taxatividade e tipicidade, diante da excessiva abertura dos tipos penais causada pelo abuso de elementos normativos.[372]

A presente proposta de contenção da expansão da intervenção penal é mais modesta do que se possa imaginar, porque não apresentará ferramentas para todos os problemas de desproporcionalidades no âmbito da legislação penal. Ela restringir-se-á ao estabelecimento de critérios a serem observados em torno do objeto de proteção penal, ao modo em que se dará essa proteção e ao *quantum* de penas previsto para essas infrações. Por isso, a análise seguinte acerca da tutela penal desproporcional recairá tão somente sobre esses três aspectos fundamentais que, apesar de muitas vezes dizerem respeito aos reclames da pós-modernidade, em outros tantos casos refletem simplesmente uma visão inexata das finalidades do Direito Penal, ou mesmo dizem respeito a outras deficiências técnicas do legislador também no que toca aos tipos afetos ao denominado *Direito Penal nuclear*, não necessariamente inseridas nos paradigmas da contemporaneidade. Mas, de modo geral, é possível que os problemas em torno da inadequação, desnecessidade e desproporcionalidade em sentido estrito da intervenção penal sejam congregados sob esses três feixes comuns.

2.2.1. Da tutela penal inadequada

No âmbito da dogmática constitucional, o primeiro subprincípio da proporcionalidade é a adequação. Grosso modo, ele exprime a ideia de controle da viabilidade de se atingir o fim almejado a partir do meio eleito, ou seja, se o meio escolhido releva-se ou não idôneo a promover o objetivo a ser alcançado.[373] A intervenção penal apenas se revelará meio idôneo para a promoção de um fim quando este fim condizer com tudo aquilo que pode ser adequadamente protegido por meio do Direito Penal, reflexões estas que conduzem aos próprios debates em torno da finalidade da intervenção penal.[374]

---

[372] Bechara leciona que se nota "no cenário de expansão penal uma desmaterialização dos tipos penais, a partir de formulações abertas, com a ampla utilização de elementos normativos e cláusulas gerais, o que reduz as possibilidades de compreensão e de controle. As atuais dificuldades em relação ao princípio da legalidade advêm, nessa linha, da deliberada incapacidade de comunicação adequada. Sob essa perspectiva, a crença na certeza jurídica ou na norma penal entendida como fonte de segurança cede rapidamente ante a realidade, e a intervenção penal acaba se apresentando como um símbolo incompreensível e atrofiado dentro de seu próprio esquema" (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo*. Vol. 10. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018, p. 153).

[373] Cf. item 3.2.1, *infra*.

[374] Obviamente que as questões em torno da inadequação da tutela penal podem ser tratadas em outros âmbitos, bem mais amplos do que o presente. Sempre que houver tutela penal em desrespeito às garantias constitucionais

Günther JAKOBS enxerga o Direito Penal como um sistema valorativamente neutro porque, segundo sua concepção, o objetivo é simplesmente garantir a vigência das normas, e não a proteção de bens jurídicos. Segundo ele, o delito resume-se à desautorização da norma, da qual advém a reação estatal na forma de imposição de uma pena, de modo que tanto o fato criminoso quanto a própria pena encontram-se sob o mesmo plano: aquele é a negação da estrutura da sociedade, ao passo que esta é a negação da negação, reafirmando-se a vigência da norma e a configuração da própria sociedade, ao serem estabilizadas as expectativas sociais.[375]

Há de serem observados os perigos dessa aparente neutralidade valorativa porque, por um lado, ela impede a motivação das normas penais a partir de critérios de racionalidade e, por outro, possibilita a utilização arbitrária da intervenção penal como puro mecanismo político de manutenção de poder,[376] à medida que não se revela exato se cogitar de qualquer homogeneidade social, constatada sua composição por diversos grupos heterogêneos. Os riscos de um sistema penal valorativamente neutro são ilustrados com o exemplo histórico do nacional-socialismo alemão, quando medidas tomadas a partir de um discurso do bem-estar do povo dissimulavam o fortalecimento de uma estrutura política arbitrária.[377] Citando os pensamentos de Georg DAHM e Friedrich SCHAFFSTEIN, penalistas do nacional-socialismo, Marcelo RUIVO constata a superação das premissas liberais então vigentes, como as garantias da legalidade e da justiça material, a partir da instrumentalização jurídica para a concretização de ideais autoritários. A própria noção de crime distanciou-se da ideia de lesão a um bem jurídico, para se conformar a simples "manifestação de um modo de pensar reprovável" ou da mera "violação de um dever".[378]

À luz desse alerta, critica-se o perigo da teoria de JAKOBS, porque ela se acomodaria a qualquer ordem jurídica, democrática ou totalitária, retirando-se qualquer potencial crítico às normas penais vigentes. JAKOBS defende-se dizendo que a teoria dos bens jurídicos, por mais sedutora que possa parecer, tampouco possuiria potencial crítico algum, porque a proteção de bens individuais da pessoa ou dos interesses do Estado seriam meras opções

básicas da legalidade, culpabilidade, *favor rei* etc., pode-se dizer que ela é inadequada. Porém, o sentido de inadequação que se emprega é mais estrito, dizendo respeito exclusivamente à sua finalidade.

[375] JAKOBS, Günther *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Trad. Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, n. 11, v. 7, pp. 23-42, 2001, p. 39-40.

[376] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor…*, pp. 39-40.

[377] *Idem, ibidem*, p. 41.

[378] RUIVO, Marcelo Almeida. *Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 131, v. 25, pp. 223-247, 2017, p. 233.

políticas, considerando a defesa da primazia dos interesses da pessoa humana não teria o condão de impor limites ao legislador penal.[379]

Todavia, esse conformismo, alicerçado em visão acrítica da realidade, apenas colaborará para o incremento da irracionalidade legislativa. Ainda que não se desconheçam todas as dificuldades em torno da definição de bem jurídico-penal e de seu limitado grau de rendimento como limitação ao labor legislativo,[380] ele ainda se revela ferramenta necessária para servir como critério negativo de (des)legitimação das leis, aproximando-se o Direito Penal da realidade social e, ao mesmo tempo, impedir uma *dogmática cega* ou *dogmática sem consequências* ("folgenose Dogmatik").[381]

A teoria da proteção de bens jurídicos continua imprescindível para o estabelecimento de limites básicos ao legislador, pensamento este, contudo, que longe está de ser pacífico. Mesmo na Alemanha, ainda que pouco se questione o conceito *dogmático* ou *imanente* de bem jurídico-penal, coincidente com a mera identificação do interesse protegido pela norma, muitos doutrinadores colocam em xeque o seu conceito *político-criminal* ou *transcendente*, desacreditando que ele reúna alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado.[382] Podem ser citados AMELUNG, HIRSCH e STRATENWERTH que, juntamente com JAKOBS, não veem potencial político-criminal dos bens jurídicos, mas, ao contrário de JAKOBS, desenvolvem ideias com algum potencial crítico à legislação penal. AMELUNG enfoca a necessidade de se aferir a legitimidade dos tipos a partir da danosidade social das condutas, sem qualquer referência à noção de bem jurídico.[383] Já HIRSCH procura estabelecer critérios a partir do princípio da

---

[379] JAKOBS, Günther *¿Qué protege…*, pp. 37-38.

[380] Segundo Mir Puig, "más que la incapacidad del bien jurídico, en sí mismo, para servir a la función de limite del *ius puniendi*, lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión." (MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal.* Barcelona: PPU, 1976, pp. 131-132).

[381] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor…*, p. 50.

[382] GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, v. 12, pp. 89-147, 2004, pp. 93-95. Essa dicotomia entre caráter imanente e caráter transcendente remonta ao conflito entre o positivismo jurídico de Binding e o positivismo naturalista de Liszt. Para o primeiro, o bem jurídico apresentaria mero caráter imanente à norma, mero elemento desta, a indicar sua finalidade, reduzindo-se o seu potencial crítico à simples interpretação finalística do tipo penal. Para Lizst, contudo, as normas não *criavam* os bens, porém, em verdade, *identificavam* esses interesses vitais latentes na sociedade e, em seguida, materializava-os na norma penal; e era apenas essa proteção jurídica que possibilitava a transformação de interesses sociais em bens jurídico-penais (LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão.* Vol. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 94).

[383] AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos.* Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS,

proporcionalidade, observando que a legitimidade das incriminações apenas se esvazia naqueles âmbitos de condutas nos quais não se enxerga motivo algum para sua incriminação.[384] E, por fim, STRATENWERTH admite bastar o consenso social, confluindo na possibilidade de tipificação de alguns tabus culturais ou normas de condutas elementares.[385]

A fluidez apresentada pelos termos *danosidade social* e *ausência de motivo algum* situa esses pensamentos em patamar inferior de concreção do que a teoria de proteção de bens jurídicos, impedindo-se que sejam reconhecidas como alternativas que lhe sejam superiores. Por outro lado, a existência de suposto *consenso social*, reconhecido pelo Parlamento, como pressuposto de legitimidade de tipos penais está longe de representar sua justiça material, já que, como pontua ROXIN, podem existir boas razões para que certos grupos sociais com influência sobre os parlamentares não desejem algo, como, por exemplo, fumar tabaco, beber álcool, a leitura de alguns livros ou mesmo a libertinagem sexual.[386]

Com isso, tem-se que a teoria da proteção de bens jurídicos é irrenunciável, porque ainda hoje se encontra em melhores condições de oferecer um arsenal crítico ao trabalho do legislador. No entanto, não impede que ela sofra uma releitura e seja congregada com outros critérios, no contexto mais amplo do princípio da proporcionalidade.

Como diz ROXIN, de nada adianta existir uma teoria do delito bem desenvolvida e um processo penal idealmente garantista se o cidadão é punido por um comportamento que não deveria ser objeto de punição.[387] O debate em torno do objeto da proteção penal é uma das perenes inquietações dogmáticas, desde a constatação do equívoco de se confundir crime com maldade ("Boseheit"), o que era próprio do Antigo Regime.[388] Todavia, com o Iluminismo já passaram a ser esboçados contornos menos metafísicos para a identificação do conteúdo do injusto penal. De início, destacaram-se os pensamentos de BECCARIA e HOMMEL que, a partir da noção de contrato social, realizaram uma aproximação entre

---

Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 221-257, 2016, p. 245.

[384] *Apud* ROXIN, Claus *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 433-448, 2016, p. 445.

[385] *Apud idem, ibidem,* p. 445.

[386] *Idem, ibidem*, p. 445.

[387] ROXIN, Claus. *Estudos...*, p. 31.

[388] GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. México: Pereznieto Ed., 1995, p. 1.

condutas criminosas e danosidade social.[389] Em seguida, atribui-se a FEUERBACH a construção rousseauniana da teoria de crime como lesão a direitos subjetivos, tanto fossem direitos dos súditos, quanto direitos correspondentes ao Estado, enquanto pessoa moral.[390] Mas foi apenas em 1834 que essa teoria recebeu as críticas de BIRBAUM, por entender que as infrações às normas penais não teriam o condão de violar direitos, porque tais expectativas permaneceriam intactas. Ao cometer um crime de furto, por exemplo, o agente não violaria o direito de propriedade da vítima sobre o bem, que permaneceria intacto.[391] A partir dessa crítica, BIRBAUM defendeu a essência do crime como a conduta violadora de um *bem*. Mas, ao contrário do que possa parecer, ele se aparta de matizes liberais, reducionistas da intervenção penal, ao admitir a criminalização de condutas que atentassem contra a moral e a religião, [392] entidades que não seriam, propriamente, bens jurídicos passíveis de apropriação.

Sem embargo de o conceito de bem jurídico ter sido inicialmente pensado por BIRBAUM com o intuito de justificar incriminações, atualmente, com o necessário apelo democrático, ele pode ser validamente utilizado para a contenção da atividade legislativa penal. Deveras, os limites da incriminação devem defluir da própria finalidade do Direito Penal no âmbito estatal que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, deriva dos fundamentos da democracia parlamentar, do postulado da dignidade humana e do reconhecimento dos demais direitos fundamentais que gravitam em seu entorno.[393] Trata-se de condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo, pouco importando se foram expressamente contempladas pela Constituição, ou não.[394] Com isso, tais premissas não devem ser condicionadas às políticas-criminais adotadas a esmo pelo

---

[389] Ambos os autores refutavam a utilização da intervenção penal para a imposição de simples formas de vida ou meras ideologias (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, p. 91).
[390] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal.* Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, cap. 23, p. 56.
[391] Para Birbaum, "que perdemos algo o se nos prive de una cosa que es el *objeto de nuestro derecho*, que se nos sustraiga o merme un *bien* que nos compete juridicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro *derecho"* (BIRBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010, pp. 53-54).
[392] *Idem, ibidem*, p. 35.
[393] ROXIN, Claus. *Estudos…*, p. 34. Na mesma direção, Tavares reconhece a necessidade de proteção de bens jurídicos a partir do referencial da pessoa humana, como o próprio fundamento do modelo democrático de Estado de Direito (TAVARES, Juarez. *Teoria...*, p. 180).
[394] SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a* ultima ratio *da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, pp. 69-90, 2013, p. 72.

Estado, mas, antes, devem condicioná-las, a fim de que as normas penais revistam-se do mínimo de legitimidade democrática.

Na prática, contudo, o legislador tem levado pouco a sério o potencial político-criminal dos bens jurídicos. Sequer na Alemanha, local de seu nascedouro, após as experiências negativas da Segunda Guerra Mundial, encampou-se, em nível legislativo, a delimitação pretendida pelo § 2º, 1º, do Projeto Alternativo de 1966, que aclarava a proteção de bens jurídicos como finalidade das penas.[395] Parcela da doutrina reconhece, porém, os méritos da teoria do bem jurídico quanto à reforma profunda do Direito Penal sexual alemão, decisiva para a supressão dos tipos penais que criminalizavam comportamentos que podiam ser considerados, à época, meramente imorais, como as relações homossexuais entre adultos, o adultério e a zoofilia, segundo uma mudança de perspectiva que refletiu, inclusive, na alteração do título que cuidava desses tipos, que deixou de ser denominado "Delitos e faltas contra a moralidade", para receber a nomenclatura "Infrações penais contra a liberdade sexual".[396] Porém, mesmo nesse campo dos delitos sexuais, há aqueles que atribuem as reformas às mudanças culturais na sociedade, desacreditando que elas decorreram da deferência à força transcendental do bem jurídico.[397]

Contudo, o desapego do legislador ao rendimento político-criminal de bens jurídicos não pode impedir que se vislumbre esse seu potencial, ainda que de modo muito mais modesto do que já se pretendeu. Sob o contexto de um modelo democrático de Estado, dessume-se naturalmente que a finalidade do Direito Penal deverá ser de "garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos

---

[395] ROXIN, Claus *¿Es la protección…*, p. 434.

[396] *Idem, ibidem*, p. 434. O mesmo fenômeno foi verificado no Brasil, por meio da Lei Federal 12.015/2009, que alterou o Tíulo VI do Código Penal de "Dos crimes contra os costumes" para "Dos crimes contra a dignidade sexual". Houve sensível melhora, porque, na realidade, o que se visa proteger não são os *bons costumes sociais*, objeto de índole moral exclusiva, mas sim a liberdade sexual da vítima, no sentido de sua capacidade de consentir com o ato sexual. Nesse sentido, seria melhor que o título expressasse a proteção da *autodeterminação sexual*, como sustenta SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais...*, p. 168. Decerto, a proteção da dignidade sexual pode dar margem a compreensões equivocadas de que os tipos visem à punição de comportamentos indignos, logo, imorais.

[397] Segundo Greco, é como pensam Stratenwerth e Frisch (GRECO, Luís. *Princípio da...*, p. 96). Roxin rebate essa descrença. Afirma que a reforma dos delitos sexuais não se tratou de câmbio cultural na sociedade alemã, tanto que, alguns anos antes do Projeto alternativo, o Projeto do Governo para um novo Código Penal de 1962 dizia que a homossexualidade era considerada "um comportamento especialmente censurável do ponto de vista ético e considerado desonroso pela opinião geral" (ROXIN, Claus. *¿Es la protección…*, p. 435).

gravosas".[398] Em poucas palavras, a finalidade do Direito Penal, como regra, deve redundar na "proteção subsidiária de bens jurídicos".[399]

Consequentemente, em rigor, para que possa ser considerada adequada, a tutela penal deve destinar-se à proteção de bens jurídicos, os quais, apesar de encontrarem arrimo na Constituição, apresentam-se de forma mais *restrita* e *concreta* do que os valores constitucionais, motivo pelo qual não podem ser simplesmente suplantados por estes.[400] Os bens jurídicos são mais restritos que os valores constitucionais porque nem tudo aquilo que é acolhido pela Constituição pode ser objeto de proteção penal. Por exemplo, questões burocráticas atinentes à estrutura do Estado e à organização dos poderes apenas muito remotamente guardam relação com os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária. E, por outro lado, os bens jurídicos também são mais concretos do que os valores constitucionais porque a heterodoxia dos poros constitucionais parece encampar uma série de valores, por vezes até contraditórios, como se verifica, por exemplo, no cotejo entre o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e a proclamação de que a propriedade atenderá à sua função social (art. 5º, XXIII). Por conta de sua concretude, existe certa resistência de se identificar bens jurídicos como *valores,* preferindo-se sua aproximação a *interesses* ou mesmo *dados*, diante de sua maior conotação fática.[401]

Portanto, o grande trunfo dos bens jurídicos reside em sua consideração como objetos densificadores de conteúdos irradiados dos meandros abstratos do postulado da dignidade da pessoa humana, representando a materialização do próprio conteúdo do injusto penal.[402] Não é por motivo diverso que TAVARES obtempera que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana e não da coletividade ou do Estado, reconhecendo nele uma base empírica a ser observado pelo legislador, relativo à pessoa humana e seu substrato pessoal.[403]

---

[398] ROXIN, Claus. *Estudos…*, p. 32.
[399] *Idem, ibidem,* p. 35.
[400] GRECO, Luís. *Princípio da...*, p. 100.
[401] Assim, Greco conceitua bens jurídicos como *dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem social* (*idem, ibidem*, p. 107).
[402] JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 167.
[403] TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 96. Assim, com ênfase especial sobre a pessoa humana, deixando de fazer referência à "subsistência do sistema social", constante do conceito de Greco, como visto, Tavares tem por bem jurídico um *dado relacionado à pessoa humana, como seu elemento de preferência ou orientação, o qual adquire valor quando incorporado à respectiva norma de conduta, proibitiva ou mandamental* (*idem, ibidem*, p. 97). Curiosamente, entretanto, após fazer alusões acerca do aparente malogro do pensamento de Feuerbach, Tavares admite que a teoria da lesão a

Todavia, o âmbito de proteção penal não deve se esgotar na tutela de bens nitidamente pessoais, tampouco deve ser tomado como um conceito estático, um dado posto e atemporal. Como pontua Manoel da Costa ANDRADE, o seu próprio conceito, ao longo da história, sequer obedeceu a um processo evolutivo linear, seguindo um "curso em espiral", de maneira que "os tópicos que fizeram escola numa época dada acabam, não raro, por voltar a emergir em contextos e horizontes histórico-culturalmente renovados".[404]

Sem embargo dessa liquidez, algumas premissas mais sólidas devem ser estabelecidas a partir do substrato democrático. De início, pode-se afirmar que quanto mais o objeto da tutela penal aproximar-se da proteção dos interesses fundamentais do indivíduo, mais se clarificará sua legitimidade. Por outro lado, não deve ser automaticamente reconhecida a inadequação da tutela penal que recai sobre bens jurídicos coletivos, que se projetam para além das pessoas e se inserem na proteção de interesses gerais, desde que sejam funcionalizados para a proteção da pessoa humana, compondo uma "etapa de violação do bem jurídico pessoal".[405]

Partidário das ideias desenvolvidas pela Escola de Frankfurt, na Espanha, TERRADILLOS BASOCO sustenta a necessidade de serem reduzidos ao máximo os marcos abstratos que possam conduzir à utilização da intervenção jurídico-penal, de maneira que somente se justificaria a proteção de bens jurídicos coletivos se por detrás deles fossem protegidos bens jurídicos individuais.[406] E, no Brasil, TAVARES também enxerga a possibilidade de se criminalizar uma conduta que lese o Estado, mas "sempre como uma etapa de violação do bem jurídico pessoal".[407]

Essa mesma preocupação, ainda que acompanhada de apelos pouco mais expansivos da tutela penal, também é compartilhada por autores que não se autoproclamam seguidores dos postulados da citada Escola de Frankfurt, adeptos de uma concepção dualista de bem jurídico, como ROXIN, SCHÜNEMANN e GRECO. Mesmo que eles optem por situar os

---

direitos subjetivos reúne alguma utilidade à teoria do bem jurídico, sendo-lhe atribuídas duas funções: a de elemento regulador do conceito de bem jurídico, fazendo com que esse conceito não se desapegue de sua natureza personalíssima; e constituir, a própria lesão a direitos subjetivos, uma espécie de bem jurídico, principalmente nos casos em que a intervenção estatal manipular os dados da realidade para a consecução de interesses políticos. Nesses casos, a aferição da lesão a direitos subjetivos é um elemento por meio do qual se pode medir a legitimidade da incriminação (*idem, ibidem,* p. 89).

[404] ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 61.

[405] TAVARES, Juarez. *Fundamentos…*, p. 96.

[406] TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995, p. 50.

[407] TAVARES, Juarez. *Fundamentos…*, p. 96.

bens jurídicos coletivos no mesmo patamar dos bens jurídicos individuais, em última análise, suas argumentações possuem forte apelo antropológico.

ROXIN compreende que a tutela penal pode validamente abranger não apenas as condições individuais necessárias para que exista uma coexistência livre e pacífica entre os seres humanos, com o respeito aos direitos humanos, mas lhe é lícito também se destinar à proteção de instituições estatais, desde que sejam imprescindíveis a esse fim.[408] A funcionalização das instituições em prol do atendimento de anseios individuais, em última análise, faz repousar a tônica da proteção penal sobre a pessoa humana, evidenciando-se a vertente democrática de sua construção.

Por sua vez, SCHÜNEMANN enfatiza a proteção penal do meio ambiente, ao equiparar sua lesão a uma espécie de furto qualificado, por se tratar de furto de bens *elementares de todas as pessoas*, muito mais grave do que *o furto de pedaços da sociedade de consumo e dos desperdícios da sociedade individual*.[409] Ainda que se vislumbre certo exagero nessa assertiva, ponderando-se que a celeuma não reside tanto na eleição do meio ambiente como objeto de proteção penal, mas, antes, na *forma* com que normalmente ocorrem as intervenções penais, sob o pretexto de protegê-lo, não se pode deixar de admitir que a construção apresenta relativo apelo aos interesses individuais.

E, finalmente, GRECO observa que nem sempre será possível a recondução do bem jurídico coletivo a interesses individuais. Citando o exemplo de AMELUNG, assevera que a pretensão de arrecadar impostos continuará a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro seja utilizado para a compra de tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância, assim como pouco importa para o fim de punição se nenhum interesse individual for afetado pela conduta do particular que, em segredo, gratifica um funcionário público para que ele realize um ato vinculado a que ele teria direito, porém seria realizado bem depois. E, segundo adverte o próprio GRECO, os defensores da teoria pessoal-monista de bem jurídico também poderiam sustentar que, nessa última hipótese, a arrecadação de impostos e a honestidade da Administração, *de modo indireto*, interessam ao indivíduo, mas esse vínculo é demasiadamente tênue que somente por questão terminológica é que haveria alguma divergência para com a teoria dualista.[410]

---

[408] ROXIN, Claus. *¿Es la protección…*, p. 437.
[409] SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...*, p. 80.
[410] GRECO, Luís. *Princípio da...*, p. 105.

Consoante a perspectiva democrática, todas as construções dogmáticas que reconhecem ao bem jurídico-penal uma função transcendente ou político-criminal, acabam por confluir na ideia, mais ou menos dúctil, de proteção de interesses de matizes individuais, que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana. Desse modo, reconhece-se que, em princípio, uma tutela penal adequada será aquela que se destinará à proteção de objetos reais,[411] individuais ou coletivos, perfeitamente identificáveis, que existam *por causa* da pessoa humana ou *em razão* da proteção que o sistema jurídico lhe destina. Consequentemente, em síntese, reputam-se inadequadas as intervenções penais que visarem a proibir condutas meramente imorais ou simples sentimentos. Por outro lado, é colocada sob suspeita a legitimidade das tutelas penais que se destinam à proteção de interesses abstratos, devendo se vislumbrar em que medida eles servem ao cidadão, em particular.

2.2.1.1. Inadequação da tutela penal de moralidades

A proibição de condutas meramente imorais não é matéria da qual deve se ocupar a intervenção penal. Em primeiro lugar, principalmente em sociedades heterogêneas como a brasileira,[412] é bastante tênue a divisão entre condutas morais e imorais, além de amplamente discutível se essa distinção pode ser realizada, ainda que nuclearmente, sob perspectiva eminentemente objetiva.

Decerto, condutas meramente contrárias àquilo que certo grupo, ainda que majoritário, reconhece como eticamente reprováveis não bastam para legitimar a ação penal, na medida em que, em tais casos, não haverá de se cogitar de lesão aos pressupostos de uma convivência pacífica.[413] Por um lado, é certo que as normas veiculam certa carga de conteúdo moral. Por exemplo, diversos tipos penais refletem valores caros à moral cristã majoritária, como o caso dos crimes de homicídio, furto, estelionato e falso testemunho, que encontram fundamentos em preceitos bíblicos, inclusive.[414] No entanto, o decisivo para a

---

[411] A realidade aqui tratada não é a realidade empírica, já que o mundo real não se esgota naquilo que pode ser apreendido por meio da investigação das ciências naturais. Como diz Greco, a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de o empirismo não lhe ser essencial (*idem, ibidem*, p. 106).

[412] Um dos reconhecimentos formais dessa heterogenia pode ser extraído do disposto no art. 216, I e II, da Constituição Federal, que reconhece que o patrimônio cultural brasileiro é composto, dentre outros, por bens materiais e imateriais portadores de referência à "memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira", incluindo-se as "formas de expressão" e "os modos de criar, fazer e viver".

[413] ROXIN, Claus. *Estudos…*, p. 37.

[414] Cf., respectivamente: "Quem derramar o sangue do homem, pelo homem será derramado o próprio sangue, pois à imagem de Deus fez Ele o homem" (Gênesis 9:6); "Não furtarás" (Êxodo 20:15); "Assim são as veredas de todo aquele que obtém lucro injusto. Tira a própria alma dos seus donos" (Provérbios 1:19); e "E os juízes

legitimidade dos tipos, ao menos no que toca ao objeto de incriminação, é que eles reflitam, de maneira direta na forma de bens individuais ou indireta, sob a conformação de bens coletivos, a proteção de certos interesses ético-jurídicos, devidamente delimitados e suficientemente relevantes para se garantir uma coexistência livre e pacífica entre os seres humanos.

Mesmo o Direito Civil, cujo descumprimento de suas regras não enseja a privação da liberdade, salvo o caso da prisão do devedor de pensão alimentícia,[415] e, por isso, não necessita ser *ultima ratio* da intervenção estatal, parece reconhecer que condutas meramente imorais devem se situar à margem da tutela jurisdicional, quando estabelece, por exemplo, no artigo 814 do Código Civil que "as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento". Trata-se de obrigações naturais das quais, muito embora eventualmente sejam objeto de livre ajuste de vontades, o legislador lhes retirou os efeitos normais da responsabilidade civil, ainda que o sistema moral reconheça um dever extrajurídico de honrá-las.

Novamente no âmbito do Direito Privado, no Direito de Família se verifica uma tendência à retirada de efeitos jurídicos de comportamentos meramente imorais nas questões afetas à regulação das entidades familiares e das relações jurídicas delas decorrentes. É a razão da ponderação de interesses em prol do cônjuge declarado "culpado" no processo de separação judicial no que toca à manutenção do sobrenome de casado (art. 1.578, CC) e ao recebimento de alimentos (art. 1.704, parágrafo único, CC). Ainda que a própria discussão em torno da *culpa* ou *inocência* de um dos cônjuges quanto ao término do casamento pareça indicar que o Direito Civil ainda se encontra impregnado por simples apelos morais, o reconhecimento de seus direitos, a despeito de comportamentos eticamente indesejados, não deixa de representar um avanço.[416]

Sintomático é que, em tempos recentes, observam-se alguns movimentos de filtragem do sistema jurídico-penal brasileiro de questões exclusivamente morais, justamente no âmbito dos delitos sexuais e dos crimes contra a família. No primeiro caso,

---

inquirirão bem; e eis que, sendo a testemunha falsa, que testificou falsamente contra o seu irmão, far-lhe-eis como cuidou fazer a seu irmão; e assim tirarás o mal do meio de ti." (Deuteronômio 19: 19-20).

[415] Já decorrente da permissão constante do art. 5o, LXVII, da Constituição, e regulamentada pelos artigos 19 da Lei Federal 5.478/68 e 528, § 4º, Código de Processo Civil.

[416] Digna de nota a alteração promovida pela Emenda Constitucional 66/2010, que acabou por facilitar a dissolução do vínculo patrimonial pela supressão do instituto da separacao judicial, mantendo-se apenas o divórcio, a teor do art. 226, § 6º, Constituição Federal.

tem-se a alteração da conformação típica do delito do art. 229 do CP, promovida pela Lei Federal 12.015/20019, que em lugar de "casa de prostituição" e "lugar destinado a encontros para fim libidinoso", inseriu "estabelecimento em que ocorra exploração sexual", de maneira que o tipo somente se aperfeiçoa se estiver presente o ardil, a violência ou a grave ameaça em detrimento da vítima prostituída.[417] No segundo caso, destaca-se a *abolitio criminis* do adultério, empreendida pela Lei Federal 11.106/2005, tipo penal cuja legitimidade vinha sido colocada sob sérias suspeitas há várias décadas, diante da constatação de que, proclamando a proteção da *organização tradicional da família*, de modo latente, colocava-se em defesa de certa ordem econômico-política baseada fundamentalmente na propriedade privada, pela liquidez dos direitos hereditários, além de manter dominante determinada concepção moral e ideológica.[418]

Obviamente que os exemplos não se esgotam nesses dois tipos. Basta serem observadas todas as figuras típicas previstas nos artigos 227 a 231-A do Código Penal, que cuidam do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual e os problemas contrastados à luz de um indesejado paternalismo penal.[419]

---

[417] Nesse sentido se posiciona parcela da jurisprudência, após a alteração legal. No Tribunal de Justiça de São Paulo, *e.g.*, foi a direção tomada pela Nona Câmara Criminal Extraordinária, no julgamento da Apelação 3000472-86.2012.8.26.0338, rel. Des. Amaro Thomé, j. 25.11.2016 ("de acordo com a arquitetura do art. 229, de que se ocupou a denúncia, porquanto elaborada com base no texto legal em vigor àquela época, configurava o crime a mantença de casa ou lugar destinado a *encontros libidinosos*. Esta elementar, enraizada no moralismo do legislador de 1940, não foi repetida após a Lei Federal n. 12.015/09. Em seu lugar, faz-se presente a elementar do tipo *estabelecimento em que ocorra exploração sexual*. Esta mudança não há de passar despercebida e convém lembrar que a hermenêutica proclama que a Lei não abriga palavras inúteis."). Infelizmente, contudo, parece não ter sido a posição encampada pelo STF, que no julgamento do HC 104.467-RS, muito embora tenha feito referência à alteração legislativa consistente na inserção típica do elemento normativo *exploração sexual*, deixou de vinculá-la à demonstração concreta de fraude, ardil, violência ou grave ameaça em detrimento das vítimas prostituídas. Apenas assinalou que a nova conformação típica excluiu de seu âmbito motéis e casas noturnas, mas conservou "a criminalização da conduta de manter casa de prostituição, já que nesses locais ocorre exploração sexual". Com isso, o STF sinalizou entender que exploração sexual é consequência automática da manutenção de toda e qualquer local destinado à prostituição, o que não é correto. Além disso, retirou todo o potencial crítico da teoria dos bens jurídicos, assinalando que, no caso do art. 229, "os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade". (STF, Primeira Turma, HC 104.467-RS, Rel(a). Min(a). Cármen Lúcia, j. 08.02.2011). Malgrado os parcos avanços da Lei Federal 12.015/2009, até mesmo para que sejam evitadas interpretações equivocadas como essa do STF, não há razão alguma para a manutenção desse tipo penal, porque a exploração sexual já é suficientemente contemplada pelo crime do tráfico de pessoas, previsto no art. 149-A do Código Penal. No sentido da inadequação desse tipo penal, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.259.

[418] CATÃO, Yolanda. *Notas sobre a punição do adultério e descriminalização*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 13/14, pp. 68-75, 1974, p. 70.

[419] Em linhas gerais, e sem importar suas divisões como *hard* e *soft*, direto e indireto, o paternalismo pode ser entendido como a "interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida" (DWORKIN, Gerald. *Paternalismo.* Trad. João Paulo Martinelli. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 1, n. 1, pp. 7-27, 2009, p. 9).

Vale dizer, em se tratando de livre ajuste de vontades entre adultos, sem que se constatem déficits de autonomia dos envolvidos,[420] já não se revela adequada a intervenção penal, quando mais isso se verifica se as criminalizações tiverem por fito objetivos puros de preservação de valores morais, como nas hipóteses dos tipos penais mencionados.

Nesse contexto, também a punição da pornografia entre adultos, em quaisquer de suas manifestações, é outra clara hipótese de pretensa proteção da moralidade e do pudor público. É o caso do crime de ato obsceno (art. 233 do CP), contemplando-se pena para a prática de ato obsceno em lugar público, aberto ou exposto ao público, e do delito de escrito ou objeto obsceno (art. 234 do CP), objetivando-se a punição, em síntese, daquele que tem a posse de objeto obsceno. Os déficits de legitimidade em torno da proteção penal da moral se agudizam, inclusive, nesses casos, porque o próprio conceito de ato obsceno é de difícil conformação no bojo de uma sociedade plural como a brasileira.

O mesmo pode se concluir acerca da posse de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, criminalizada a partir da entrada em vigor da Lei Federal 11.829/2008, que refletiu os reclames internacionais acerca da veemência em torno da proteção penal dos direitos desses sujeitos em formação. É certo que se afigura legítima a proteção penal do seu desenvolvimento sadio, incluindo questões de sexualidade, para que construam livremente suas personalidades. Para eles se dedica proteção integral, assegurando-lhes, com *absoluta prioridade*, um feixe considerável de direitos, dentre os quais se incluem a dignidade, o respeito e a liberdade, nos termos do art. 227 da Constituição. No entanto, essa constatação não autoriza criminalizações que, sob esse pretexto, acabam por ensejar a punição de condutas de exclusivo apelo moral que, sequer remotamente, relevam-se aptas a macular mencionado desenvolvimento.

Com isso, afiguram-se em princípio legítimos apenas aqueles tipos que exigem o envolvimento direto de crianças e adolescentes em práticas relacionadas à sua sexualidade, como dispõem, por exemplo, o artigo 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).[421] Contudo, não se observa a proteção direta de qualquer bem jurídico-penal quanto

---

[420] Tem-se por admissível a intervenção penal que visa a suprir os deficits de autonomia das pessoas afetadas, configurando-se o chamado paternalismo *soft.* Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal.* Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004, p. 33.

[421] Art. 241-D do ECA: "Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita."

às condutas que se perfazem mediante a simples posse de material pornográfico infantil, como é o caso do art. 241-B, *caput*, do mesmo estatuto,[422] ou mesmo de seu art. 241-C,[423] que sequer exige que tenha ocorrido a participação efetiva desses atores na prática de qualquer ato libidinoso, contentando-se o tipo com a *simulação* de que os integrantes da cena sexual sejam crianças ou adolescentes quando, na verdade, não foi o que ocorreu. Por exemplo, a gravação de atos libidinosos praticados por jovens adultos, que se fazem passar por colegiais. Nesses casos inexiste, mesmo mui remotamente, uma agressão à autodeterminação ou à dignidade de pessoas menores de 18 anos, evidenciando-se a inadequação da respectiva tutela penal.[424]

Os tipos que visam a proteger questões meramente morais extravasam o âmbito das questões ligadas à sexualidade e à pornografia. Também se inserem nesse contexto os tipos que promovem a tutela exclusiva de *sentimentos*, como aqueles contemplados no Título V da Parte Especial ("Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos").[425] Quanto aos delitos contra o sentimento religioso, a única conduta cuja legitimidade se sustenta *prima facie* é a primeira trazida pelo art. 208 do CP ("escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa"), desde que sob a perspectiva de proteção da honra da pessoa atingida. Porém, todas as demais figuras típicas guardam referência à proteção de meros sentimentos de proteção da religiosidade, que não se sustenta à luz da teoria dos bens jurídicos. O mesmo ocorre em relação aos crimes contra o respeito aos mortos, restando claro que os sujeitos passivos destes delitos não são os cadáveres, mas pessoas indeterminadas, com a finalidade de impedir que aqueles que perderam seus entes tenham o sentimento de desgosto ou passem por maiores sofrimentos durante o funeral ou enterro (art. 209, CP), ou depois do sepultamento, com alguns atos devassadores da sepultura (art. 210, CP) ou do próprio cadáver (artigos 211 e 212 do CP).

---

[422] Art. 241-B do ECA: "Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa."

[423] Art. 241-C do ECA: "Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do *caput* deste artigo."

[424] Nesse mesmo diapasão, Silveira aduz ser indefensável a existência de tipos penais que versem sobre a posse de material pornográfico com crianças ou simulacro destas (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais...*, p. 355).

[425] A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal já deixa claro o caráter moral desses delitos, quando esclarece que "o sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores ético-sociais que se assemelham. O tributo que se rende aos mortos tem um fundo religioso. Idêntica, em ambos os casos, é a *ratio essendi* da tutela penal".

Em todos esses casos,[426] ainda que tais condutas causem repulsa coletiva, por serem absolutamente afrontosas à moral, elas não passam da mera proteção de sentimentos e, por isso, não se revelam, em princípio, formas adequadas de tutela penal.[427]

Os tipos penais do Direito brasileiro que dedicam proteção exclusiva à moral não se esgotam nos exemplos dados acima,[428] mas eles parecem ser suficientes para se concluir que não se mostra legítima a tutela penal de tabus, convicções populares ou sentimentos, ainda que arraigados às aspirações sociais éticas majoritárias.

Por outro lado, o conceito de bem jurídico é cambiante. O que é bem jurídico hoje pode deixar de sê-lo amanhã. Um bem pode se transformar em um *não-bem*. Mas, muito dificilmente, ele poderá, no futuro, ser seu antônimo, situando-se no polo oposto de um interesse criminalmente protegido. Porém, isso não se verifica com a moral. O que é moral sob certas circunstâncias de tempo e local, em outros tempos pode se tornar algo *ilícito* e *imoral*, e não apenas *amoral*. É o caso da eclosão de diversos tipos penais dos Estados do Sul dos Estados Unidos que, após o término da Guerra Civil (1861-1865), os chamados *Black Codes* que, com o objetivo de controlar os ex-escravos ("freedmen"), passaram a criminalizar o cultivo de suas próprias culturas, o ingresso em algumas cidades sem prévia autorização e, muito frequentemente, o casamento, a união e mesmo a fornicação entre brancos e negros ("interracial relationships").[429]

---

[426] Aparentemente em sentido contrário, Bechara, após criticar a tutela penal de meros sentimentos, enxerga a legitimidade do tipo do art. 212 do CP ("vilipêndio a cadáver"), a partir de um referencial seguro, observando que, em verdade, o objeto de proteção é o "interesse humano fundamental de respeito à dignidade individual, que perdura após a morte, e não um mero sentimento de piedade ou respeito, em sentido religioso ou moral, aos mortos". (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 331).

[427] Roxin também desacredita da possibilidade de o Direito Penal proteger meros sentimentos, mas coloca sob ressalva a legitimidade da tutela penal de sentimentos, desde que se trate de *sentimentos de insegurança*, como nos crimes de incitação ao ódio, à violencia e ao desprezo (ROXIN, Claus. *¿Es la protección…*, p. 440). Bechara, com razão, vislumbra uma contradição no pensamento de Roxin, porque o sentimento de insegurança continua a deixar de flertar com a teoria dos bens jurídicos, referindo-se apenas à vigência da própria norma (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, pp. 331-332). É o caso da contravenção penal do art. 65 do Decreto-lei 3.688/41 ("Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis"), cuja ilegitimidade soa evidente, ainda que a vítima molestada ou perturbada sinta-se insegura.

[428] A título exemplificativo, podem ainda ser destacados alguns tipos que, além de refletirem um injustificável paternalismo, no que tange à criminalização secundária, ou seja, na efetiva aplicação concreta da pena, acabam servindo somente para a reafirmação da moral religiosa dominante, como o caso dos tipos de charlatanismo ("Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.") e o curandeirismo ("Art. 284. Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.").

[429] A inconstitucionalidade dos tipos que visavam a impedir uniões entre pessoas de raças diversas apenas foi reconhecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1960, no julgamento de McLaughlin v.

À guisa de conclusão, a tutela penal de moralidades é inadequada porque, em muitos casos, representa uma violação à liberdade individual, direito fundamental intimamente ligado à dignidade humana,[430] notadamente no que toca à autonomia de cada indivíduo de exercer sua vontade, determinar sua trajetória de vida e desenvolver sua personalidade, sem que existam interferências indevidas de terceira pessoa ou mesmo do Estado. Em outros casos, como nas hipóteses de tutela do respeito aos mortos e sentimentos religiosos, é evidente que o Estado pode proibir, por exemplo, que terceiros perturbem cerimônias religiosas ou destruam cadáveres. No entanto, a ausência de referencial a um bem jurídico impede que se use validamente a intervenção jurídico-penal, admitindo-se, contudo, outras formas menos severas à liberdade individual, como o Direito Administrativo sancionador. Nesses termos, é imperioso que o princípio da proteção de bens jurídicos continue a representar o ponto de referência para a análise para a adequação da intervenção-jurídico penal.[431]

2.2.1.2. Inadequação e tutela penal de interesses abstratos

Além da proteção da moralidade, outro exemplo de tutela penal inadequada é encontrado, em princípio, quando ela se volta à proteção de interesses abstratos, que não se conformam aos reclames da concretude que permeiam a identificação de um bem jurídico-penal.

Florida (379 U.S. 184 (1964)) e Loving v. Virginia (388 U.S. 1 (1967). Ainda assim, em estados como o Alabama, ainda houve condenações posteriormente a tais decisões e o tipo foi formalmente revogado apenas no ano 2000 (RICHTER, Jeremy W. e SANTOS, Paulo César Batista dos. *Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos.* In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi e DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Brasil e EUA: temas de direito comparado.* São Paulo: EPM, pp. 343-355, 2017, p. 34).

[430] No Brasil, ao lado da *vida*, da *igualdade*, da *propriedade* e da *segurança*, a *liberdade* integra o "quinteto dourado" em termos de direitos fundamentais. O *direito geral de liberdade* está previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição, ao passo que suas espécies encontram-se contempladas por diversos de seus incisos (SARLET, Ingo Wolfgang; VALE, André R. do. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218).

[431] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, p. 336. Lamentavelmente, entretanto, o legislador e a jurisprudência parecem não prestar a devida deferência a esse critério limitador. E essa constatação não ocorre apenas em solo brasileiro. Na Alemanha, a primeira discussão de sua Corte Constitucional em torno do potencial do bem jurídico como referencial crítico à legislação penal ocorreu apenas recentemente, no ano de 2008, quando do julgamento do famoso caso acerca da legitimidade do crime de incesto, previsto no § 173 do Código Penal daquele país (decisão publicada em BVEfrGE, 120, 224). Ainda assim, por maioria, ressalvado o voto divergente de Hassemer, o Tribunal lhe negou esse papel, ao afirmar que "a ideia da proteção de bens jurídicos não oferece quaisquer parâmetros que tenham necessariamente de ser acolhidos pelo direito constitucional" (ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. LEITE, Alaor (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 51).

É verdade que a ideia de bem jurídico foi pensada por BIRBAUM na primeira metade do século XIX para justificar certas incriminações contra a moral e a religião, não se revestindo do necessário apelo concreto-individual. [432] A ideia privatística de bem jurídico foi materializada no âmbito penal com os estudos de LISZT.[433] Porém, com o neokantismo, os bens jurídicos logo foram também identificados como *valores* ou *ideias abstratas*, entidades desmaterializadas como a moral ou outro estado social, que passaram a ser compreendidas como bens vitais à própria comunidade, desapegada da perspectiva nitidamente individual. [434] Esse quadro conduz a um processo de espiritualização ou desmaterialização do conceito de bem jurídico, principalmente a partir das pesquisas de HONIG e WOLF, que acarretaram sensível modificação no conceito de lesão a bens jurídicos, que deixa de ser compreendida como uma transformação apreensível no mundo exterior para se contentar com a produção de um resultado jurídico, consistente em uma ofensa à cultura social.[435]

Referida concepção neokantista encontrou eco no idealismo e na ideologia platônica de mundo, tão bem recepcionados pelos alemães [436] e, atualmente, é robustecida a partir dos reclames pós-modernos. Lamentavelmente, o conceito de bem jurídico-penal parece ser cada vez mais inútil ao cumprimento de sua função transcendente, tornando-se aparentemente inoperante para impor limites ao legislador penal. Nesse mesmo sentido, TAVARES observa que, com a passagem de uma sociedade liberal-individualista para uma sociedade pós-moderna, a noção de bem jurídico vai diluindo sua substância material até ensejar praticamente sua eliminação.[437] No primeiro estágio, o modelo de Direito Penal liberal foi projetado para a proteção dos bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, a liberdade individual, a honra e o patrimônio, articulando-se uma dogmática funcional a essa realidade. No entanto, o aparecimento de novos riscos globais desencadeia necessidades, reais ou fabricadas, de novas formas de proteção penal, voltadas aos setores de energia

---

[432] Cf. item 2.2.1, *supra*.
[433] Como esclarece Tavares, a noção de bem jurídico como interesse juridicamente protegido é produto da ideia privatística dominante de Ihering, que materializava pretensões individuais relevantes e carentes de proteção estatal no conceito de interesse jurídico, como o interesse individual na manutenção da vida, da integridade corporal, do patrimônio e da reputação (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 177).
[434] *Idem, ibidem*, p. 178.
[435] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...*, p. 107.
[436] AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 246.
[437] TAVARES, Juarez. *Teoria...*, p. 176.

nuclear, segurança de tráfego, saúde pública ou segurança do trabalho.[438] Desse quadro resulta a utilização de novas técnicas de imputação penal, que se comprazem à necessidade de pulverização da ideia de bem jurídico, ou à sua própria eliminação.[439]

É importante se observar que nem sempre os bens jurídicos coletivos podem ser relacionados à sociedade pós-moderna ou, de forma mais específica, aos novos riscos sociais. Como lembra GRECO, desde tempos muito remotos subsistem, por exemplo, os crimes de moeda falsa e de corrupção, que tutelam bens jurídicos coletivos,[440] e esses tipos não guardam relação alguma com os avanços tecnológicos da contemporaneidade.

É bastante problemática a divisão entre aqueles interesses que podem ser doutrinariamente classificados como verdadeiros bens jurídico-penais coletivos e outros tantos valores que, em muitas vezes, representam nada mais do que a "soma de vários bens jurídicos individuais" [441] e, por esse motivo, são conhecidos como *falsos* bens jurídicos coletivos.[442] Nesses casos, visando à facilitação da pena criminal, o legislador substituiu a referência a violações ou exposições a perigo aos bens jurídicos individuais por conceitos etéreos, que não são passíveis de demonstração empírica, como a saúde pública, para os crimes relacionados ao porte de drogas consideradas ilícitas; a segurança viária, em relação aos crimes de trânsito; e as relações de consumo, para os crimes contra o consumidor.[443]

A despeito disso, da simples identificação da objetividade jurídica não deve decorrer automaticamente o reconhecimento de um bem jurídico-penal, [444] sob a pena de a teoria do bem jurídico provocar justamente o efeito inverso a que se destina, servindo indevidamente

---

[438] CARO CORIA, Dino Carlos. *Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 9, pp. 177-219, 1999, pp. 180-182.

[439] Alice Bianchini bem constata que "a inflação legislativa que caracteriza o direito penal brasileiro, dentre outros malefícios, obnubila o conceito de bem jurídico-penal como critério valorativo reitor e continente das opções penais, impossibilitando a criação de uma teoria do bem jurídico." (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50).

[440] GRECO, Luís. *Princípio da…*, p. 104.

[441] GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95.

[442] Criticamente, Tavares diz ser falso o antagonismo entre bens jurídicos individuais e coletivos, bem como entre bens jurídicos coletivos verdadeiros e falsos, à medida que, sob sua ótica, nenhum bem verdadeiramente coletivo independe de sua vinculação à pessoa individual (TAVARES, Juarez. *Fundamentos...*, p. 98). Ainda que se concorde com a última assertiva, a classificação apresentada é oportuna, justamente para se escrutinar a referência à pessoa humana.

[443] JOFFILY, Tiago, *op. cit.*, p. 195.

[444] Textualmente, Roxin observa que "a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo" (ROXIN, Claus. *Estudos...*, p. 36).

para fundamentar a expansão de tipos penais que se projetam à defesa de interesses que, apenas de maneira fabricada e artificial, podem ser categorizados como bens jurídicos.

Roland HEFENDEHL esclarece que os bens jurídicos coletivos verdadeiros, ao contrário dos falsos, são caracterizados pela *não exclusividade de seu gozo* e pela *não rivalidade de seu consumo*, ou seja, ao mesmo tempo que sua fruição por alguém não interfere na simultânea fruição pelas demais pessoas, é impossível que ele seja dividido ou distribuído em partes. Segundo esse mesmo autor, os bens jurídicos coletivos verdadeiros podem ser: (1) *bens jurídicos de confiança*, como a confiança na segurança da moeda e a confiança na incorruptibilidade dos funcionários públicos; (2) *bens jurídicos compostos de recursos consumíveis*, como o meio ambiente; e (3) *bens jurídicos para a proteção das condições estruturais do Estado*: tanto para a preservação da estrutura funcional do Estado, como a administração da justiça, quanto em relação à arrecadação de recursos necessários para a realização de suas finalidades institucionais, por exemplo, o sistema tributário.[445]

À luz dessa construção, os bens jurídicos coletivos reputados verdadeiros podem ser compreendidos como entidades autônomas, que gozam de maior concretude porque, ao contrário dos falsos coletivos, ordem pública, saúde pública, segurança pública etc., eles não são produto do somatório de bens jurídicos individuais. Por esse motivo, aliás, GRECO chega à conclusão de que "quanto menos um bem jurídico se deixar referir a indivíduos, menos problemático ele será".[446]

Se o que importa para a identificação de um bem jurídico é sua concretude objetiva e perfeita delimitação, os critérios apresentados por HEFENDEHL da não-exclusividade de gozo e da não-rivalidade de consumo parecem ser satisfatórios. No entanto, tais critérios não resolvem todos os problemas de adequação da tutela penal que se volta a esses interesses. Veja-se no crime de desacato, contemplado pelo artigo 331 do Código Penal. Doutrinariamente, tem-se que o bem jurídico protegido pelo tipo é a administração pública, no que toca à dignidade, prestígio e respeito devidos aos seus agentes, no exercício de suas funções ou em razão dela.[447] Em uma palavra, tutela-se o *prestígio* da administração pública.

---

[445] HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal.* In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 67-69.
[446] GRECO, Luís. *Princípio da…*, p. 105.
[447] Por todos, NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 303.

Se bastasse que o bem jurídico coletivo fosse verdadeiro para que se legitimasse a intervenção penal e, considerada a classificação de HEFENDEHL, seria possível concluir que o tipo de desacato, ao menos no que toca ao bem jurídico-penal, é perfeitamente legítimo, porque a tutela do prestígio da administração diz respeito à proteção de uma das condições estruturais do Estado.

No entanto, se a análise partir da perspectiva de sua suposta subordinação a interesses individuais, haveria sérias dúvidas acerca da adequação desse tipo penal. Deveras, em quase todos os tipos penais que contemplam crimes contra a administração pública (artigos 312 a 359-H do CP) é fácil inferir que a proteção de interesses da administração pública acarretará, ainda que indiretamente, benefícios aos indivíduos. Em síntese, os tipos de peculato, concussão e corrupção, por exemplo, também dão conta da proteção de interesses individuais. E, quando não há conotação econômica direta, outros tipos visam à garantia do bom funcionamento dos órgãos estatais, primando-se pelo respeito aos princípios da impessoalidade e da eficiência, a exemplo dos tipos de prevaricação, advocacia administrativa, violação de sigilo funcional, resistência e desobediência. Em todos eles, a inexistência de desfalques patrimoniais, a correta utilização de recursos públicos e a existência de órgãos estatais impessoais, éticos e eficientes interessará a todos e a cada um dos cidadãos, conferindo-se a eles condições estruturais mínimas para o exercício de direitos e para uma convivência social livre e segura.

Todavia, não se vislumbram essas mesmas condições estruturais na criminalização do desacato. É claro que o ordenamento jurídico deve fornecer mecanismos para que todo aquele que exerça cargo, emprego ou função pública desempenhe sua atividade livre de ameaças ou pressões de qualquer natureza, que possam desvirtuá-lo do cumprimento da lei e do respeito ao princípio da impessoalidade. No entanto, as condutas atentatórias à honra do funcionário público, em razão de suas funções, já recebem tratamento penal mais severo que os crimes contra a honra de particulares, porque desafiam ação penal pública condicionada à representação (art. 145, parágrafo único, CP) e ensejam causa especial de aumento de pena em 1/3 (art. 141, II, CP). Assim, se, por um lado, é verdade que não se pode desatrelar a figura do desacato à honra do funcionário público atingido,[448] por outro, o mero prestígio da administração, por si só, por não representar ganhos aos interesses

[448] PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 205.

individuais, não se reveste da adequada dignidade de receber o status de um bem jurídico-penal.

Destarte, ainda que os critérios da não-exclusividade de gozo e da não-rivalidade de consumo sejam inicialmente relevantes para a concretude de um bem coletivo e, por isso, devam também ser considerados para que se evite o colapso do próprio conceito de bem jurídico-penal, o decisivo deve ser a análise de sua *funcionalização ao atendimento dos interesses do indivíduo.*[449] De maneira semelhante, no âmbito dos falsos bens jurídicos coletivos, não se enxerga em que medida podem servir aos interesses dos cidadãos em particular, por exemplo, o tipo do art. 307 do Código de Trânsito brasileiro (CTb)[450] e mesmo o tipo do art. 22 da Lei Federal 7.492/86,[451] que tutelam nada mais do que simples funções estatais, de modo que a intervenção penal passa a ser manejada como mero reforço das sanções administrativas, ou mesmo exercida como mera substituta destas. Esses tipos significam meras infrações de deveres, no primeiro caso, estabelecidos como forma de reforçar a proibição estatal de dirigir veículo automotor e, no caso, com a finalidade de reforçar a função estatal de controle sobre a entrada e saída de dinheiro do país, sem que se identifique qualquer referência à violação ou colocação em perigo "a qualquer bem jurídico, individual ou verdadeiramente coletivo.[452]

A tônica da proteção desses falsos bens coletivos resulta de uma progressiva *diluição das fronteiras* entre o Direito Penal e outros ramos do ordenamento jurídico, em especial o Direito Administrativo sancionatório. Essa *administrativização* do Direito Penal, ocasionada por sua necessidade de gestão do risco, inserida em seu processo de expansão,[453] afeta sobremaneira a criação de novos tipos penais que protegem meras funções estatais, abarcando âmbitos que costumavam ser sancionados por outras medidas que não a pena

---

[449] Bechara aduz que "a existência de bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer uma liberdade ao legislador para criá-los de modo deliberado, devendo, ao contrário, subordiná-los aos interesses individuais, haja vista que estes constituem a base do sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleologicamente pré-ordenados." (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 224).

[450] Art. 307 do CTb: "Violar a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento neste Código: Penas – detenção, de seis meses a um ano e multa, com nova imposição adicional de idêntico prazo de suspensão ou de proibição. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre o condenado que deixa de entregar, no prazo estabelecido no § 1o do art. 293, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação".

[451] Art. 22 da Lei Federal 7.492/1986: "Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente."

[452] TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal.* Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 63-64.

[453] Cf. item 1.5.1., *supra.*

criminal.[454] Se, por um lado, a perspectiva de bem jurídico-penal como entidade autônoma, concreta e referenciada a interesses individuais não deve ser abandonada, por outro, deve ser sublinhada a crítica de FEIJÓO SANCHEZ, quando diz que o Direito Penal não pode evitar as novas características das sociedades contemporâneas, se desejar cumprir sua função social, de maneira que as novas características dos sistemas sociais, como a sociedade do risco, encaminham à formatação de uma nova política criminal, que complemente a clássica.[455]

Se a preocupação repousar apenas na identificação de concretude, é evidente que os verdadeiros bens jurídicos são preferíveis aos falsos. No entanto, o decisivo para a aferição da legitimidade jurídico-penal deve ser a identificação da proteção, ainda que indireta, de bens jurídicos individuais. O prestígio da administração pública, objeto do tipo de desacato, poderia muito bem se encaixar na categoria dos bens jurídicos verdadeiros, mas isso não ocorre porque lhe falta esse referencial individual. Por outro lado, diante dos reclames da contemporaneidade, não podem ser automaticamente descartados e reputados ilegítimos todos os tipos que visam à proteção de valores etéreos como saúde, paz, segurança e ordem públicas, desvelando-se a adequação da tutela penal nesses casos, a partir do exame mais da referibilidade aos bens jurídicos individuais.

Com efeito, concorda-se com PASTOR MUÑOZ, quando diz que a própria configuração social definirá os interesses que compõem a essência dos bens jurídicos, ou seja, quais realidades sociais podem ser compreendidas como bens jurídicos dignos de proteção penal.[456] E, como aduz KINDHÄUSER, os bens jurídicos não podem ser compreendidos como peças de museu; são, antes, características cambiantes de pessoas, coisas e instituições da vida social.[457]

Nessa direção, a proporcionalidade-adequação é uma ferramenta valiosa ao estabelecimento dos limites em torno do objeto de proteção penal, porque, a partir dela, poder-se-á manter incólume a concepção clássica de bem jurídico-penal individual e, ao

---

[454] FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. *Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI.* Trad. Bruna Abranches Arthidoro de Castro. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, pp. 23-61, 2011, p. 25.
[455] *Idem, ibidem*, p. 35.
[456] PASTOR MUÑOZ, Nuria, *op. cit.,* p. 46.
[457] KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito.* Lima: Ara, 2008, p. 51.

mesmo tempo, aproveitar-se de sua ductibilidade para o estabelecimento de novos parâmetros de verificação da legitimidade da proteção jurídico-penal.[458]

2.2.2. Da tutela penal desnecessária

A necessidade é o segundo subprincípio da proporcionalidade. Com a superação do filtro da adequação, chega-se à conclusão de que o Direito Penal é meio adequado para a proteção do fim estatal pretendido. Na etapa seguinte, escrutina-se, dentre as diversas modalidades possíveis de tutela penal, qual é aquela que se revela estritamente necessária, vale dizer, aquela que, ao mesmo tempo que realiza o objetivo estatal perseguido, ou seja, a proteção penal adequada de certo interesse, restringe de modo menos intenso o direito à liberdade individual.

Com efeito, a superação do filtro da adequação significa dizer que o *objeto* é digno de tutela penal, o que representa a solução de apenas a primeira das questões em torno da legitimidade dos tipos penais.[459] É que essa legitimidade não pode ser fundamentada somente em referência ao bem jurídico merecedor de proteção penal.[460] É imprescindível que, de modo escalonado, constatada a adequação do objeto de proteção, a pesquisa recaia sobre o *modo* da tutela penal, ou seja, a maneira pela qual ela se manifesta, a fim de se verificar em que medida a estrutura típica eleita pelo legislador restringe o direito fundamental à liberdade individual. Em síntese, trata-se de questões em torno da *estrutura* da proteção penal.

Como já dizia LOCKE, a constatação da liberdade como um *estado natural* dos homens é fundamental para a compreensão do poder político e de sua derivação.[461] Portanto, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, a restrição à liberdade de locomoção, medida a que todo tipo penal incriminador possui aptidão de ensejar por meio da reclusão,

---

[458] Cf. Capítulo 4, *infra.*

[459] Feijóo Sanchez diz que o próprio conceito de bem jurídico é deturpado se todos os problemas sobre o injusto penal passam a ser compreendidos como problemas sobre o bem jurídico (FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstrato y concreto en relación con el transito.* Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales, n. 1, pp. 150-181, 2000, p. 155).

[460] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estrutura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa.* In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 279-302, 2016, p. 281.

[461] LOCKE, John. In: *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133.

detenção ou da prisão simples,[462] somente deve ocorrer a partir de uma dupla limitação: uma de cunho formal, traduzida pelo respeito à legalidade estrita, e outra de aspecto material, representada pelo princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade.

Sob o prisma formal, o princípio da legalidade estrita, contemplado pelo artigo 1º do Código Penal e também pelo art. 5º, II e XXXIX, da Constituição da República, deita suas raízes na Constituição Americana de 1787 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789.[463] Ele preconiza que apenas a lei escrita possui aptidão para se revestir dos atributos da certeza, objetividade, estabilidade, comunicabilidade e impessoalidade, separando-se das pessoas que a escreveram e se transformando em uma entidade própria.[464] Como sustenta Rafael ALCÁCER GUIRAO, as leis penais incriminadoras devem ser o mais determinadas possível, de modo que o princípio da legalidade estrita compreende a garantia da *taxatividade*, mandamento dirigido ao legislador para que elabore a *lex certa*, e a garantia da *tipicidade*, dirigida ao juiz, para que ele aplique a *lex stricta*.[465]

Portanto, taxativiade e tipicidade decorrem da estrita legalidade. A primeira delas está na evitação da técnica das normas penais em branco em sentido estrito.[466] O recurso a atos normativos com efeitos complementares da extensão das leis penais deve ser evitado na medida do possível. Por conta da garantia da taxatividade, essas normas em branco devem ser utilizadas apenas quando forem realmente imprescindíveis para o atendimento de necessidades de que exista uma regulação com menos entraves burocráticos, a depender das

---

[462] Ressalvado o tipo do artigo 28 da Lei Federal 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio), que não contempla qualquer privação de liberdade, ainda que remotamente.
[463] TAVARES, Juarez. *Fundamentos…*, p. 60.
[464] RAMÓN RIBAS, Eduardo. *Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal.* Revista de Derecho Penal y criminología, Madrid, n. 12, pp. 111-164, 2014, p. 113.
[465] ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional.* In: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan; FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y princípios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-66, 2010, pp. 18-22.
[466] As *normas penais em branco em sentido estrito* são aquelas cujo complemento é de nível inferior ao das leis. Por exemplo, o art. 33 da Lei Federal 11.343/2006, cuja compreensão é apenas permitida pela remessa ao art. 66 da mesma lei que, por sua vez, remete à portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Por outro lado, as *normas penais em branco em sentido amplo* são aquelas cujo complemento se encontra na mesma norma, ou em outra, da mesmo nível hierárquico. Por exemplo, o art. 302 da Lei Federal 9.503/1997 (homicídio de trânsito), cuja compreensão faz referência ao disposto no art. 121, § 3º, do Código Penal. Ao contrário das normas penais em branco em sentido estrito, elas não geram problemas em face do princípio da legalidade a partir de sua dimensão política, porque a origem do complemento também está no poder legislativo (BUSATO, Paulo César, *op.cit.*, pp. 171-173).

circunstâncias cambiantes de tempo e espaço,[467] quando então o complemento da proibição deve ser realizado por outra instância mais ágil, que prescinda dos debates parlamentares.[468]

Já a outra consequência da legalidade estrita, a garantia da tipicidade, reside no impedimento da utilização de analogia *in malam partem*,[469] assim compreendida como toda a extensão dos efeitos da norma penal a uma situação não compreendida textualmente por ela que, de qualquer maneira, acaba por prejudicar o indivíduo, quer seja pelo alargamento do próprio âmbito da incriminação,[470] pelo impedimento de algum benefício[471] ou mesmo pelo incremento, ainda que singelo, dos patamares da sanção penal.[472] Impõe-se a absoluta vedação ao emprego de analogia a tipos penais incriminadores, ainda que seja para a correção de desníveis evidentes.

Por outro lado, a limitação de cunho material decorrente do natural estado de liberdade assenta-se no princípio da lesividade e é sob esse aspecto que se enfatizará a análise acerca da proporcionalidade-necessidade. Deveras, ao contemplar a proteção ao direito geral de liberdade, em seu art. 5º, *caput*, a Constituição pretende demarcar um espaço reservado à autonomia pessoal, livre das interferências do Estado e de terceiros, dentro do qual, assim como já disse John Stuart MILL, o sujeito é soberano sobre o seu corpo e mente.[473] A

---

[467] TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas*. Trad. Antoni Llabrés Fuster. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 37, v. 10, pp. 73-97, 2002, pp. 75-76.

[468] ALPÍZAR CHAVES, Alberto. *Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza "lex certa"*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n. 24, v. 17, pp. 34-43, 2007, p. 38.

[469] Urquizo Olaechea aprofunda a questão para encontrar outros três fundamentos para a vedação da analogia *in malam partem*: a característica da fragmentariedade do Direito Penal, o respeito ao princípio da divisão dos poderes e o princípio da prevenção geral positiva, admitindo-se que somente após o conhecimento prévio das normas legisladas os cidadãos podem reunir condições de orientarem os seus comportamentos consoante as diretrizes das normas penais primárias (URQUIZO OLAECHEA, José. *La prohibición de analogía* in malam partem *en el derecho penal.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 9, pp. 627-639, 1997, pp. 635-636).

[470] O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a conduta conhecida como "cola eletrônica", em que candidato a algum processo seletivo usa um ponto eletrônico para receber as respostas da prova, não pode ser caracterizar como estelionato, tampouco falsidade ideológica, justamente pela vedação à analogia *in malam partem*. Deveras, concluiu-se pela descaracterização do crime tipificado no artigo 171 do Código Penal, porque seria impossível se identificar quem seria a vítima de algum prejuízo econômico, não se podendo cogitar que seriam todos os candidatos, porque não se trata de crime vago. Igualmente, a Corte decidiu não se pode falar em falsidade ideológica, porque prova não pode ser entendido como documento segundo os reclames do tipo penal, no sentido de demonstração de algum fato jurídico relevante: ela não contém declarações, mas simples respostas às questões da prova (STF, Inq. 1.145-2-PB, Rel. Originário Min. Maurício Correa; rel. Para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 28.04.2003).

[471] Por exemplo, consubstancia-se analogia *in malam partem* impedir que o sujeito que tenha sido beneficiado com a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei Federal 9.099/95) seja beneficiado com a transação penal, em analogia ao disposto pelo inciso II do art. 76, Lei Federal 9.099/95, que veda nova transação penal àqueles que a tenham aceitado nos últimos cinco anos, com aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

[472] *E.g.*, não é permitido serem estendidas as agravantes genéricas do art. 61 do CP às contravenções penais, porque, literalmente, o artigo restringe sua aplicação aos crimes.

[473] RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. *O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 139, v. 26, pp. 69-108, 2018, p. 99.

liberdade é aqui entendida não como *liberdade dos antigos*, que consiste na participação popular na definição dos rumos estatais, mas como *liberdade dos modernos*, tal como reconhecida por Benjamin CONSTANT no sentido da "proteção dos indivíduos contra a tirania da maioria",[474] ou seja, liberdade como autonomia, para que os indivíduos persigam seus interesses sem que sofram quaisquer interferências indevidas.

O direito à liberdade é o alicerce constitucional do princípio da ofensividade e não outro, como, por exemplo, aquele previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". [475] É que, considerado o *princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais*,[476] esta garantia se assenta em bases expansivas, e não restritivas. Ao prevê-la, a Constituição não pretende *restringir* a intervenção do Estado-juiz, mas ampliá-la. A ênfase recai sobre a expressão *não excluirá*, e não sobre *lesão* e *ameaça de lesão*. Não é por outro motivo que a doutrina constitucional extrai desse comando o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*,[477] que, no plano processual civil, implica na possibilidade de acesso à via jurisdicional para a tutela das mais variadas pretensões, desde que inexista impedimento legal expresso.

Quanto à sua essência, o princípio da ofensividade impede que questões afetas exclusivamente ao íntimo do indivíduo fundamentem a intervenção jurídico-penal, impondo-se que esta se ocupe apenas de externalidades, de fatos reais. No entanto, não de quaisquer fatos, mas, diante de suas características da *ultima ratio* e da subsidiariedade, a legitimidade *prima facie* da tutela penal repousa sobre aqueles acontecimentos que tenham um *mínimo de substrato empírico*,[478] consubstanciado na lesão ou na efetiva colocação em perigo de um bem jurídico.[479]

---

[474] BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2007, p. 4.
[475] Cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos...*, p. 72.
[476] Canotilho anota que se trata de "um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas, deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 227).
[477] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal.* 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.
[478] TAVARES, Juarez. *Fundamentos...*, p. 73.
[479] POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Cuardenos de Conferencias y Articulos, Universidad Externado de Colombia, n. 32, 2004, p. 34.

Ab initio, a partir dos reclames da lesividade, os tipos de dano representam um *plus* de legitimidade em relação aos tipos de perigo concreto, assim como estes o fazem em detrimento dos tipos de perigo abstrato, porque estes restringem a liberdade de ação de modo mais intenso do que aqueles. É que, enquanto os tipos de dano exigem *certeza* de lesão ao bem jurídico, os tipos de perigo concreto se satisfazem com a *probabilidade* dessa lesão e, por fim, os tipos de perigo abstrato se contentam com essa mera *possibilidade.* Não é por outro motivo que há sérias dificuldades de se identificar o injusto material destes últimos tipos.

Mas ainda que prescindam do dano ao bem jurídico-penal, os tipos de perigo concreto apresentam significativo desvalor jurídico, diante da aventada probabilidade de lesão,[480] hipóteses em que a inocorrência de dano parece ter sido obra do acaso, porque racionalmente não se podia contar com um final feliz para os acontecimentos.[481] A aferição da probabilidade de dano demanda a constatação de que o bem jurídico tenha ingressado no âmbito de ação da conduta perigosa, o que exige não apenas o perfazimento de um juízo *ex ante*, mas sobretudo um juízo *ex post*, de exposição efetiva do bem a um contexto de perigo,[482] a partir das vicissitudes do caso concreto.[483] O juízo *ex ante* deve ocorrer a partir de critérios objetivos de probabilidade, ao passo que o juízo *ex post* é obtido mediante observação acerca da maneira em que se desenrolou concretamente a relação de causalidade entre a conduta e o resultado.[484]

---

[480] D'Ávila diz que, dada à grande probabilidade de dano, Binding já se referia aos crimes de perigo abstrato como *comoção na certeza do ser* ("Erschütterung der Daseinsgewissheit"), ao passo que, de maneira parecida, Demuth e Gallas observaram que eles acarretavam uma "crise do bem jurídico" ("Krise des Rechsgutes"). (D´ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 67, pp. 29-58, 2007, p. 35).

[481] GRECO, Luís. *Princípio…*, p. 121.

[482] D´ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito…*, p. 36. Greco explica que, na Alemanha, a análise acerca do perigo parte de uma perspectiva *ex ante* e *ex post* e, nesta, ingressam no exame os dados não cognoscíveis pelo agente, mas verificados até após a prática do fato. Portanto, se alguém embriagado corta um motociclista pela direita, mas esse motociclista é um hábil competidor de motocross, fato não conhecido *ex ante* pelo motorista embriagado, mas verificado *ex post*, não haveria se falar em perigo concreto. Todavia, Greco adverte que esse raciocínio não é pacífico. Na Itália, por outro lado, os tipos de perigo concreto somente são verificados mediante perspectiva *ex ante*, de modo que eles se tornam mais amplos. E, no Brasil, tem se defendido uma forma ainda mais ampliada de crimes de perigo concreto, contentando-se, como lecionam Luís Flávio Gomes e Damásio de Jesus, com a exposição a perigo a um número indeterminado de pessoas (GRECO, Luís. *Princípio...*, pp. 122-123). De todo o modo, para a própria afirmação da legitimidade dos tipos de perigo concreto, não podem ser aceitas entendimentos que promovam uma aproximação entre eles e os tipos de perigo abstrato, revelando-se a correção da postura alemã.

[483] Interessante constatação faz Schünemann ao dizer que, sob o ponto de vista pedagógico, justifica-se a preferibilidade dos tipos de perigo concreto sobre os tipos culposos, porque comportamentos imprudentes levam a infortúnios apenas em uma minoria de casos (SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal…*, p. 81).

[484] TAVARES, Juarez. *Fundamentos…*, p. 91.

Esse duplo exame inexiste para os tipos de perigo abstrato que, ao menos sob o prisma formal, por desprezarem a efetiva colocação em perigo,[485] acabam por artificializar uma série de supostas situações de perigo, eleitas como tais a talante do legislador. Se nos tipos de perigo concreto se deposita mais peso à perspectiva individual, representada pela efetiva exposição a perigo de um ou mais indivíduos, ainda que não identificados, os tipos de perigo abstrato conferem mais ênfase à perspectiva coletiva.[486] Como aduz FEIJÓO SANCHEZ, nesses casos a intervenção penal cumpre uma função preventiva, adiantando-se ao estado prévio das lesões para punir condutas que, sob a ótica do legislador, mostrem-se perigosas e passíveis de produzir um número indeterminado de vítimas, tais como aquelas que ocorrem no contexto do trânsito, da produção de alimentos, produtos medicinais e da energia nuclear. [487]

José Manuel PAREDES CASTÁÑON busca contornar a dificuldade de se harmonizar os tipos de perigo abstrato ao princípio da ofensividade ao defini-los como *crimes de lesão a bens difusos*.[488] No entanto, essa ideia de lesividade sistêmica significa nada mais do que uma solução simplista para o complexo problema em torno da identificação de um eventual injusto material nos tipos de perigo abstrato, que possa satisfatoriamente distingui-lo do injusto administrativo.

Por tais motivos, TAVARES lança severas críticas à antecipação da tutela penal por meio da presunção abstrata do perigo, técnica que reputa ser incompatível com a ordem democrática, por atender às expectativas de uma política criminal punitiva e deixar de indicar aos destinatários da norma parâmetros segura de orientação de conduta.[489] Diz que qualquer criminalização deve pressupor uma lesão ou perigo de lesão de bem jurídico, realizando uma

---

[485] Normalmente os tipos de perigo concreto utilizam-se de elemento normativo indicativo da necessidade de pesquisa da efetiva colocação em perigo do bem jurídico a que se visa proteger, como o art. 309 do CTb ("Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*"). No entanto, é preciso cuidado, porque nem sempre a necessidade de aferição concreta do perigo se encontra tão clarividente. É o caso do parágrafo único do art. 4º da Lei Federal 7.492/1986, que tipifica a *gestão temerária* de instituição financeira.

[486] FEIJÓO SANCHEZ, Bernando José. *Cuestiones…*, p. 158. O que não significa que não possa haver a tutela de bens jurídicos individuais por meio de tipos de perigo abstrato, como ocorre na proteção do desenvolvimento sexual sadio pelo crime do art. 217-A do CP. Sem embargo da posição que considera o estupro de vulnerável um crime de dano, por acarretar às vítimas "abalos psicológicos e outras consequências graves" (GRECO, Rogério. *Adendo. Lei 12.015/2009: Dos crimes contra a dignidade sexual*. Vol. I. 3a ed. Niterói: Impetus, 2002, p. 210), tais efeitos não são compreendidos pelo tipo penal, que se consuma independentemente dessa constatação concreta, classificando-se, portanto, como tipo de perigo abstrato.

[487] *Idem, ibidem*, p. 152.

[488] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, n. 11, 2003, p. 120 e ss.

[489] TAVARES, Juarez. *Fundamentos...*, pp. 92-93.

alteração sensível da realidade empírica, o que não ocorre com os tipos de perigo abstrato, próprios da legislação penal simbólica e destinados à satisfação de interesses políticos. [490]

Sem embargo das críticas de TAVARES, GRECO tem razão ao dizer que, em se tratando de tipos de perigo abstrato, é necessário que sejam formulados critérios mais complexos do que a lógica do *tudo ou nada*.[491] E a urgência dessa formulação se intensifica a partir dos contornos traçados pela contemporaneidade que, dentre outros fatores,[492] de acordo com a lógica de prevenção desses riscos, acaba por ensejar uma multiplicação dos tipos de perigo abstrato, desapegada de maiores rigores dogmáticos.[493]

É certo que não se pode apregoar um retorno ao Direito Penal do século XIX, vocacionado à proteção de bens jurídicos individuais. A tutela penal não pode ser impermeável às transformações sociais e indiferente à proteção de novos interesses, como a proteção do meio ambiente, do patrimônio genético, dos consumidores, de questões societárias e financeiras, da ordem urbanística e do patrimônio histórico-artístico.[494] Por vezes, para a proteção desses interesses, não há outro caminho que não o manejo de tipos de perigo abstrato. Todavia, a constatação dessa necessidade não implica na concessão de carta branca ao legislador penal para a edição de tantos tipos penais de perigo abstrato quanto julgar necessários. Por se afastarem dos parâmetros da lesividade, tais tipos penais podem ser elaborados com muito critério e discrição, justificando-se a excepcionalidade da medida.[495]

Na prática, contudo, não é o que ocorre. A técnica de maior antecipação da tutela penal, que deveria compor a exceção, parece ter assumido a função de regra. Com razão, Vittorio MANES aduz que, no horizonte da legislação penal contemporânea, o princípio da

---

[490] *Idem, ibidem*, p. 90.
[491] GRECO, Luís. *Princípio...*, p. 126. Como pontua Helena Costa, a legitimação dos delitos de perigo abstrato é matéria em aberto, afigurando-se verdadeiro desafio para a ciência penal contemporânea (COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33).
[492] Cf. item 1.5, *supra.*
[493] Juliana Cabral enxerga no incremento da edição de tipos de perigo abstrato a principal marca da pós-modernidade. Diz que se essa diferença salta aos olhos se forem tomados dois períodos de 15 anos. Apresenta os dados da sua pesquisa: entre 1942 e 1957, foram editados 100 tipos de dano, 14 de perigo e oito híbridos, ou seja, aqueles que trazem condutas das duas naturezas. Mas, no período compreendido entre 1985 e 2000, foram criados 200 tipos de dano, 144 de perigo e 28 híbridos. Aduz que, no primeiro período, os tipos de perigo representavam 11,47% do total dos criados e os híbridos 6,56%. No segundo, os tipos de perigo eram 38,7% do total e os híbridos, 7,52% (CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo & a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 143).
[494] CEREZO MIR, José, *op. cit.*, p. 56.
[495] Nessa mesma direção, Schünemann diz que "o deslocamento das normas penais para o campo dos delitos de perigo demanda uma legitimação especial" (SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal…*, p. 80).

lesividade foi reduzido a uma doutrina de caráter meramente argumentativo, com reduzidas possibilidades de controle sobre as decisões acerca da criminalização de condutas.[496]

O abuso da técnica dos tipos de perigo abstrato acaba transformando o princípio da lesividade em uma enunciação meramente retórica, retirando dele qualquer potencial de rendimento. Por diversas vezes, constata-se o emprego desnecessário desse recurso de antecipação severa da tutela penal. Em muitos casos, tipos de perigo concreto ou mesmo de dano promoveriam a proteção do interesse, com menor sacrifício da liberdade individual e, nessa medida, há que se cogitar de lesão ao princípio da proporcionalidade-necessidade, porque esse sacrifício à liberdade individual é significativamente maior em se tratando de tipos de perigo abstrato, porque eles, ao contrário dos tipos de dano e de perigo concreto, não promovem qualquer alteração da realidade empírica, acabando por interferirem de maneira mais intensa na liberdade de ação.

Residualmente, ainda que seja constatada a necessidade da tutela penal de certos interesses por meio de tipos de perigo abstrato, considerada a inexistência de alteração da realidade empírica, é imprescindível que se verifique a concretização da norma penal como ato de comunicação, a partir da ideia de *possibilidade não-fabricada de dano* ao interesse protegido pelo tipo. Em seguida, passa-se a analisar questões mais centrais em torno da desnecessidade da tutela penal por meio de tipos de perigo abstrato.

2.2.2.1. Tutela desnecessária e tipos de perigo abstrato

Se os tipos de perigo abstrato não costumam suscitar grandes reflexões sob o ponto de vista da legalidade penal, à medida que, ao contrário dos tipos imprudentes, sua estrutura nada obsta a precisa descrição das condutas incriminadas, eles se revelam particularmente problemáticos quanto à identificação do conteúdo de seu injusto material, por se contentarem com um simples desvalor da conduta, prescindindo-se de qualquer desvalor de resultado.[497]

---

[496] MANES, Vittorio. *El principio de ofensividad, entre codificación y previsión constitucional.* Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, Pamplona, n. 9, pp. 99-113, 2003, p. 103.

[497] CEREZO MIR, José, *op.cit.*, pp. 63-65. Todavia, não há unanimidade quanto a esse ponto. Kindhäuser diz que os tipos de perigo abstrato são tipos de dano *sui generis*, porque eles efetivamente acarretam o menoscabo da possibilidade de se dispor de bens jurídicos de forma segura. O autor afirma, contudo, que sua intenção não é transformar todos os tipos de perigo abstrato em delitos de lesão, a partir da criação de um super-bem jurídico chamado segurança; antes, seu objetivo é simplesmente se valer do conceito de segurança para destacar o valor que há na utilização racional de um bem. O autor aduz que não pretende ampliar a alcance dos bens jurídicos,

Referido desvalor da conduta é a ação pretensamente perigosa, como o único motivo expresso no tipo que conduzira o legislador a criar referida figura delitiva.[498] E a constatação desse perigo é frequentemente obtida de modo açodado, extraída das zonas de incerteza do saber científico-causal, fundadas tão somente no princípio da precaução e acarretando diversas ampliações das fronteiras típicas para casos de meras *suspeitas* de possibilidade de dano quando, em verdade, referidas suspeitas deveriam ser fundamento suficiente tão somente para a imposição de responsabilidades civis e administrativas, que podem prescindir da ideia de culpa e não acarretam pena de prisão.[499]

CEREZO MIR lembrava que diversas propostas da doutrina alemã e espanhola de restrição dos tipos de perigo abstrato centravam-se na apresentação de técnicas de correção de casos concretos, com o objetivo de assegurarem um substrato mínimo de injusto material para a satisfação das exigências da proporcionalidade entre as penas e a gravidade do delito. O penalista espanhol destacava, por exemplo, certa construção doutrinária que considerava que os tipos de perigo abstrato acarretavam uma presunção relativa ("juris tantum") e não absoluta ("juris et de jure") de perigo, admitindo-se que o agente pudesse provar que sua conduta, malgrado se amolde ao tipo, não produziu qualquer perigo ao bem jurídico.[500] No entanto, o catedrático da Universidade de Zaragoza defendia, com razão, a inadequação dessa construção que, ao mesmo tempo que viola o *in dubio pro reo*, acaba por aniquilar qualquer diferença material entre os tipos de perigo abstrato e os tipos de perigo concreto com o ônus da prova invertido, a não ser justamente pela questão processual da inversão do ônus da prova.[501]

No Brasil, digna de nota é a construção de Fabio Roberto D'ÁVILA, para quem existe compatibilidade entre os tipos de perigo abstrato e os princípios elementares da

---

e sim estender as possibilidades de menoscabo desses bens (KINDHÄUSER, Urs, *op.cit.*, p. 58). A construção do alemão, contudo, não resolve os problemas de legitimidade desses tipos, não se dissociando do desvalor da ação. Portanto, é inservível para a legitimação *prima facie* de todos os tipos de perigo abstrato, que continuam a carecer de substrato material. No Brasil, Fabio Roberto D'Ávila também sustenta que tais tipos devem permitir a análise da produção no caso concreto de um resultado jurídico, capaz de dar substância a uma efetiva forma de ofensa: uma ofensa de *cuidado-de-perigo* (D'ÁVILA. Fabio Roberto. *O ilícito*..., p. 42).

[498] CEREZO MIR, José, *op.cit.*, p. 47.

[499] *Idem, ibidem*, pp. 61-62.

[500] Tratou-se de tese encampada pelo X Congresso Internacional de Direito Penal, celebrado em Roma entre 29 de setembro e 5 de outubro de 1969, com a conclusão de que "el sistema de <peligro presunto> debe ser cuidadosamente dosificado y debe comportar la posibilidad legal de aportar prueba en contrario para rebatir la presunción al menos en los casos especialmente previstos por el legislador" (*Idem, ibidem*, p. 66).

[501] *Idem, ibidem*, p. 67.

intervenção penal inseridos em um Estado Democrático de Direito, a partir de uma justificação fundada em interesses de prevenção geral.[502]

D'ÁVILA sustenta que, ao contrário dos tipos de perigo concreto, os de perigo abstrato caracterizam-se por dois elementos básicos: (1) a *não-exigência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa*, o que significa a dispensa do segundo juízo de verificação do perigo, juízo *ex post*; e (2) a compreensão do perigo como *noção relacional* de probabilidade de dano objetivamente limitada pelo tipo.[503] O primeiro requisito sugere a ampliação do âmbito típico, ao constatar que os crimes de perigo abstrato se aperfeiçoam independentemente da efetiva exposição do bem a um contexto de perigo, ao passo que o segundo requisito indica certa contenção, porque a legitimidade dos tipos é condicionada à aferição *ex ante* da probabilidade de dano, de modo que, constatada a impossibilidade de dano ao bem jurídico, não se poderia cogitar da legitimidade da incriminação.[504]

O penalista gaúcho admite que esse *critério negativo* possa se revestir de alguma utilidade prática, porém reconhece sua inadequação para solucionar casos limítrofes de dúvidas acerca da potencialidade das condutas. Por isso, defende a adoção de um *critério positivo*, que pergunte diretamente acerca de um provável dano ao bem jurídico. Afirma que essa probabilidade deve encontrar como critério extremo a *possibilidade de dano ao bem jurídico*, que representa o limite objetivo da noção de perigo.[505] Todavia, não deve ser qualquer possibilidade de dano que possa representar o desvalor suficiente para a configuração de um injusto penal, devendo lhes ser agregado o critério da *não-insignificância*. Desse modo, apenas *possibilidades não-insignificantes* de lesão podem justificar o reproche penal em se tratando de tipos de perigo abstrato,[506] pela produção de um resultado jurídico, consubstanciado na ofensa de *cuidado-de-perigo*.[507] Para D'ÁVILA, essa avaliação acerca da possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico somente

---

[502] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade…*, p. 31.
[503] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito…*, pp. 37-38.
[504] Partindo de premissas diversas, Bottini chega a conclusão semelhante ao apontar que "a ação absolutamente inócua, que nem em abstrato apresenta riscos para os interesses protegidos, mesmo que esteja formalmente descrita no tipo como passível de sofrer sanções, não interessa ao direito penal, é irrelevante sob a perspectiva de um sistema punitivo de um Estado Democrático de Direito." (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes…*, p. 116).
[505] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito…*, p. 38.
[506] D'Ávila argumenta que a noção de não-insignificância não deve ser entendida em termos probabilísticos, mas como comunicação do fato em um determinado contexto, variando de acordo com o tipo de ilícito com que se relaciona. Assim, no âmbito da regulação da energia nuclear, mesmo uma possibilidade remota de dano ao bem jurídico já pode ser apta a configurar um desvalor suficiente para um crime de perigo abstrato (*idem, ibidem,* p. 39).
[507] *Idem, ibidem*, p. 40.

deve ser feito pelo magistrado, no caso concreto, por meio de um juízo *ex ante* de base total, ponderando-se todas as circunstâncias objetivas relevantes ao caso, independentemente do conhecimento delas por parte do autor.[508]

Para ele, esse raciocínio pode ser bastante útil para se evitar a punição pelo crime do art. 306 do CTb do condutor que, embora embriagado, dirije o veículo em uma região desabitada; pelo crime do art. 7º, IX, da Lei Federal 8.137/90, daquele que mantém o depósito de produto que, embora esteja com o prazo de validade vencido, reúne plenas condições de consumo; e do crime do art. 14 da Lei Federal 10.826/2003 de quem porta arma de fogo desmuniciada e sem munição acessível.[509] Segundo o autor, nesses e em outros casos, somente se pode cogitar de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico à luz de casos concretos, porque será o contexto que irá permitir a afirmação ou a negação de uma possibilidade de dano.[510]

O raciocínio de D'ÁVILA é bastante promissor ao tentar encontrar na ideia de possibilidade-não insignificante de lesão um equivalente material à causalidade dos tipos de dano. Todavia, peca por depositar demasiado peso nas avaliações dos casos concretos, deixando de estabelecer limites à atividade do legislador penal. É evidente que não deve ser retirada do juiz a possibilidade de interpretar a norma a partir do contexto, consideradas as vicissitudes de cada caso concreto. Se, por um lado, a literalidade da lei é o limite intransponível do castigo penal, por outro, certo ativismo judicial apenas tem espaço quando favorecer a liberdade, impondo-se ao magistrado que interprete os tipos penais a partir de métodos hermenêuticos *pro homine*,[511] que ressoem as aspirações da dignidade humana e da prevalência dos direitos fundamentais no campo da jurisdição criminal.

Todavia, a necessária conformação da atividade jurisdicional aos reclames democráticos não afasta essa mesma preocupação quanto ao trabalho do legislador, buscando-se relativa harmonia, coesão e racionalidade na elaboração dos tipos penais. E, particularmente aos crimes de perigo abstrato, diante de seu potencial de bitolar a atividade

---

[508] *Idem, ibidem*, p. 39.
[509] *Idem, ibidem*, p. 43.
[510] *Idem, ibidem*, p. 48.
[511] Como, por exemplo, a utilização de analogia *in bonam partem* e a absolvição com base no princípio da insignificância ou na adequação social.

hermenêutica a meros juízos de subsunção, o problema de sua legitimidade é uma questão que deve ser resolvida pelo legislador.[512]

Por isso, é imperioso que os tipos de perigo abstrato contemplem possibilidades verdadeiras de dano, a partir da previsão de condutas suficientemente desvaloradas para representar alguma ameaça ao bem jurídico-penal protegido pela norma. Essa afirmação será mais bem desenvolvida no último capítulo, mas, por ora, conclui-se que, enquanto a aferição da não-insignificância deve permanecer a cargo do magistrado,[513] as condutas abstratamente contempladas pelos tipos penais de perigo abstrato devem prever possibilidades não-fabricadas de dano, que não se confundem com possibilidades concretas, justamente por dispensarem os juízos *ex post* acerca da real interseção do bem jurídico no âmbito de ação da conduta. A ausência de juízos *ex post* nos tipos de perigo abstrato deve ser compensada com o fortalecimento de seus juízos *ex ante*, redundando na busca por possibilidades não-fabricadas de dano, inseridas no âmbito do tipo penal, que garantirão substrato material mínimo dessas normas, permitindo-se distinguir o injusto penal do injusto administrativo.

Acontece que a aferição de possibilidades não-fabricadas de dano deve ser peculiar a cada espécie de tipos de perigo abstrato, rubrica sob a qual devem se encaixar todos os tipos que não sejam de dano e de perigo concreto, evidenciando-se seu caráter residual.[514] A vocação aglutinadora desse conceito pode suscitar problemas, porque nem sempre ele abarca realidades típicas homogêneas. Com HIRSCH e WOHLERS, observa-se que eles compreendem: (1) crimes de ação concretamente perigosa; (2) crimes de acumulação e (3) delitos preparatórios.[515] Para essas espécies, somente se justifica a necessidade de o legislador ter eleito a intervenção jurídico-penal, e não outra, como a civil ou administrativa, quando puder ser identificado nos tipos de perigo abstrato uma possibilidade não-fabricada de dano ao bem jurídico, restringindo-se os seus elementos à proibição de condutas *ex ante* perigosas.

---

[512] No mesmo sentido, Cerezo Mir defendia que o legislador deveria transformar os delitos de perigo abstrato puros em delitos de aptidão para a produção de um dano, e os crimes de perigo abstrato-concreto em delitos de perigo concreto (CEREZO MIR, José, *op. cit.*, p. 71).

[513] Doutrinariamente, o princípio da insignificância é uma técnica que deve ser utilizada pelo juiz, à luz de julgamentos de casos concretos, e não pelo legislador (ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch,1972, p. 53).

[514] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 281-282.

[515] *Idem, ibidem*, pp. 282-283. Obviamente há outras classificações, como aquela desenvolvida por Roxin, que trata dos clássicos crimes de perigo abstrato; das ações de massa; dos delitos como bem jurídico intermédio espiritualizado; e os denominados delitos de aptidão abstrata ou de perigo abstrato-concreto (ROXIN, Claus. *Derecho...*, pp. 407-4011). Mas este trabalho dá preferência à classificação de Hirsch e Wohlers porque, além de mais simples e didática, servirá para o desenvolvimento dos dois tópicos seguintes.

Com isso, a edição de tipos de perigo abstrato deve superar um duplo filtro, relativo à necessidade da tutela penal: em primeiro lugar, tais normas penais devem comunicar comportamentos suficientemente desvalorados, o que se dará mediante a previsão exclusiva de condutas que representem possibilidades não-fabricadas de dano ao interesse tutelado, a partir do acesso a dados empíricos e dados técnicos disponíveis. Em segundo plano, o legislador deverá observar que somente se valeu dessa estrutura porque as demais formas de proteção, tipos de dano e tipos de perigo concreto, revelam-se insatisfatórias para a proteção do interesse que se visa tutelar.

A superação desse duplo filtro será a chave para que o legislador se desincumba de seus deveres especiais, no que concerne à necessidade de incriminar comportamentos por meio de tipos de perigo abstrato. Analisam-se em seguida, ainda que sucintamente, algumas das desproporcionalidades inerentes às três modalidades de tipos de perigo abstrato.

2.2.2.1.1. Crimes de ação concretamente perigosa

Os crimes de ação concretamente perigosa ("konkrete Gefährlichkeitsdelikte"), também conhecidos como delitos de *perigosidade concreta*, são aqueles tipos que proíbem uma ação pelo fato de ela conduzir a uma situação não mais controlável pelo agente.[516] Diferem-se dos delitos preparatórios, como se verá, porque as condutas proibidas já devem ser capazes, por si sós, de representar uma possibilidade de dano ao bem jurídico, independentemente de quaisquer ações posteriores que lhe possam ser vinculadas.[517]

Na legislação brasileira, bons exemplos podem ser encontrados nos artigos 306 do CTb,[518] 44 da Lei Federal 9.605/1998[519] e 15 da Lei Federal 10.826/2003.[520] As condutas de

---

[516] GRECO, Luís. *Princípio…*, p. 128.
[517] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, *op. cit.*, p. 283.
[518] Art. 306 do CTb: "Conduzir veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º. As condutas previstas no *caput* serão constatadas por: I – concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou II – sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora (…)".
[519] Art. 44 da Lei Federal 9.605/1998: "Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa".
[520] Art. 15 da Lei Federal 10.826/2003: "Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa (…)".

dirigir embriagado em via pública, de extrair minerais de florestas de domínio público ou de preservação permanente e de disparar arma de fogo em direção a local habitado têm em comum o fato de, sob a ótica do legislador, já representarem, *sponte propria,* aptidão de causar dano aos respectivos interesses protegidos, prescindindo-se da existência de quaisquer outras comportamentos típicos.

Na realidade, entretanto, é bastante questionável se mencionadas estruturas típicas encerram possibilidades verdadeiras de dano aos bens jurídico-penais que se destinam proteger. É que, ao menos sob o prisma da tipicidade formal, referidos normas se aperfeiçoam com a mera concentração de certa quantidade de álcool no organismo humano, com a extração do solo de quantidades mínimas de minerais, ou mesmo mediante um disparo de arma de fogo em direção a uma casa habitada.

Constatada a necessidade de o legislador se valer da estrutura de tipos de perigo abstrato, o que se dá pela inidoneidade das outras formas de proteção, é impositivo que as possibilidades de dano contempladas pelos tipos sejam reais, isto é, não-fabricadas, o que ocorrerá quando o agente não conseguir dominar o perigo de sua conduta. O *perigo indomável* representará a possibilidade não-fabricada de dano, que se manifestará a partir da observação dos dados da realidade e, além destes, em determinados casos, também do conhecimento de dados técnicos.[521]

No que toca aos dados da realidade, muito embora apenas tipos de dano e tipos de perigo concreto promovam uma alteração sensível da realidade empírica, o mundo dos fatos não deve ser desconsiderado quando da edição de tipos de perigo abstrato. Torna-se fundamental a contemplação da realidade para a compreensão do sentido de proibição das normas. Desse modo, o levantamento de dados estatísticos acerca do número de acidentes automobilísticos causados pela ingestão de álcool no país poderia explicar a antecipação da tutela penal expressada pelo crime de embriaguez ao volante; ainda no campo dos delitos de trânsito, a quantidade de acidentes decorrentes do uso do aparelho celular pelo condutor do veículo poderia subsidiar projeto de lei tendente a criminalizar essa conduta;[522] assim como

---

[521] Esses dois critérios foram também sugeridos por Raposo, que acrescenta que os riscos devem ser superiores àqueles ordinariamente tolerados pelo cidadão em relação a certa atividade (RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011, pp. 193-194). Porém, esse exame deve ocorrer quando da aferição do primeiro filtro da necessidade dos tipos de perigo abstrato.

[522] É o teor do Projeto de Lei Federal 71/2014, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço, que dentre outras disposições, visa a tornar crime, punível com pena de detenção de seis meses a um ano, ou multa, trafegar

o número de incêndios provocados por balões deveria ter sido fundamental à edição do art. 42 da Lei Federal 9.605/1998.[523]

Para diversos tipos penais, além do acesso a dados empíricos, também será imprescindível o conhecimento de dados técnicos, devendo o legislador acessar todo o conhecimento científico existente acerca das matérias que interessem à pretendida criminalização. São informações técnicas que possibilitarão a correção, por exemplo, de índices de alcoolemia no sangue em quantidades mínimas suficientemente graves a reclamar a intervenção penal. E, por outro lado, é o conhecimento científico que poderá nortear, por exemplo, a liberação de certas substâncias hoje proscritas e, por outro lado, reafirmar a proibição de outras, como o *crack*;[524] ou mesmo obstará que a adulteração de um cosmético seja apenada da mesma forma que a adulteração de qualquer outro produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ao contrário do que atualmente estabelece o art. 273, *caput* e § 1º-A, do Código Penal.

A correção dos dados empíricos e técnicos, além de orientar a própria criminalização, evitará excessos ou deficiências dos *valores-limite*, grandezas objetivas que expressam patamares numéricos que desvaloram minimamente as condutas, viabilizando-se a imposição de sanções criminais.[525] É o caso da fixação de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar como valores mínimos

---

utilizando telefone celular nas proximidades de escolas, hospitais e outros locais onde haja grande concentração de pessoas. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116384. Acesso em 27.11.2018.

[523] Art. 42 da Lei Federal 9.605/1998: "Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena – detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente".

[524] Calha observar que, enquanto certas drogas como o álcool e o tabaco não são atingidas pelo discurso punitivo global, este se volta agressivamente a outros tipos de substâncias, mais ou menos nefastas do que aquelas, sem que existam parâmetros cientificamente seguros das potencialidades lesivas das drogas proscritas, a justificar a intervenção penal. Como sustenta Carneiro, os dados oficiais da Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstram que o maior dano à saúde pública mundial no século XX foi causado pelo tabaco, seguido do álcool. O tabaco é apontado como o maior vilão da história da humanidade, porque matou mais do que todas as guerras, numa cifra de cinco milhões de mortes ao ano, totalizando meio bilhão de pessoas em todo o século. (CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da histórica das drogas e bebidas.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3). Por isso, se a preocupação do legislador é realmente com a proteção da saúde pública, torna-se incompreensível notar por que o tabaco não é encontrado dentre as drogas proscritas, a não ser se forem levados em conta certos aspectos culturais dominantes e, principalmente, interesses econômicos de seus fornecedores, parâmetros que não servem para justificar uma intervençao penal que se pretenda justa e proporcional.

[525] Apesar de ressaltar a importância da técnica dos valores-limite para os tipos de perigo abstrato, contrariamente, Carvalho entende que tais limites não se relacionam ao desvalor da ação, já que esta é composta da simbiose de elementos subjetivos (dolo e elementos subjetivos especiais do tipo) e elementos objetivos (modos de execução). Para a autora, os valores-limite não pertencem ao tipo de injusto, configurando-se meras condições objetivas de punibilidade, por sinalizarem um limite mínimo para a necessidade de pena (CARVALHO, Érika Mendes de. *A técnica dos valores-limite e os delitos de perigo abstrato.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 238, v. 19, pp. 14-15, 2011, p. 14).

necessários ao perfazimento da tipicidade formal do crime do art. 306 do CTb; e também do estabelecimento da peculiar causa especial de aumento de pena de 1 ano para cada 1.000 ha (mil hectares) de área explorada, em se tratando do crime do art. 50-A da Lei Federal 9.605/1998.[526]

A técnica dos valores-limite poderia ser mais bem aproveitada pelo legislador penal, como um dos recursos aptos a satisfazer exigências mínimas referenciadas ao princípio da lesividade, por meio da inserção de grandezas numéricas na própria estrutura dos tipos penais ou, subsidiariamente, em atos normativos complementares, quando houvesse a necessidade real de utilização de normas penais em branco, a depender das circunstâncias de tempo e espaço demandarem regulamentações mais ágeis e particularizadas. O recurso de valores-limite poderia estabelecer, hipoteticamente, áreas percentuais mínimas de florestas ou outras formas de vegetação que deveriam ser atingidas para o fim de se configurar o tipo do art. 48 da Lei Federal 9.605/1998,[527] ou mesmo a quantidade mínima de plantas de ornamentação de logradouros públicos ou propriedades privadas alheias que devem ser destruídas para o fim da configuração do art. 49, da mesma lei.[528] No campo do Direito Penal das drogas, os valores-limite também poderiam ser satisfatoriamente empregados para se estabelecer quantidades mínimas para o comércio de cada espécie de drogas, visando à distinção entre o tráfico e a infração de porte de drogas para uso pessoal, prevista art. 28 da Lei Federal 11.343/2006.[529]

A par desse quadro, conclui-se que o manejo adequado dos dados empíricos e, quando o caso, dos dados técnicos disponíveis, acompanhados da utilização, na medida do possível, de valores-limite, permitirá o atendimento das exigências mínimas referenciadas

---

[526] Art. 50-A da Lei Federal 9.605/1998: "Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente: Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa (…) § 2º. Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada por 1 (um) ano por milhar de hectare".

[527] Art. 48 da Lei Federal 9.605/1998: "Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa".

[528] Art. 49 da Lei Federal 9.605/1998: "Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente (...)".

[529] Entretanto, compartilha-se da preocupação de Shimizu e Cacicedo de que o estabelecimento de um marco quantitativo, tendenciosamente baixo, permitiria uma aplicação perversa do critério, criando-se verdadeira *presunção de traficância* sempre que apreendida a quantidade de droga estabelecida legalmente (SHIMIZU, Bruno; e CACICEDO, Patrick. *Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 286, pp. 8-9, 2016, p. 8). No entanto, o risco de que ocorra essa presunção é mais suportável do que a presunção de traficância que já se opera na prática policial e judiciária, desapegada de qualquer *discrimen* objetivo.

ao princípio da ofensividade, com a identificação de possibilidades não-fabricadas de dano, indicando-se a necessidade da edição de tipos que compreendam condutas concretamente perigosas a bens jurídico-penais.

2.2.2.1.2. Crimes de acumulação

Na primeira metade da década de 1980, Joel FEINBERG passou a examinar algumas espécies de condutas que, isoladas, eram inofensivas para a produção de qualquer dano ("harm"), mas que poderiam se revelar particularmente nocivas se fossem realizadas repetidamente em larga escala. Essa constatação levou o norte-americano a se ocupar da análise da legitimidade das proibições a esses comportamentos, indagando-se: *what if everybody did it?*[530]Ao reconhecer o meio ambiente como um interesse vital, FEINBERG defendeu a proibição penal da poluição ambiental, causada pela emissão de poluentes por automóveis ou pela diluição de venenos em certas quantidades de águas, ainda que cada conduta, de *per si*, revelasse-se inócua a causar dano ambiental.[531]

Contemporaneamente a essas pesquisas, na Alemanha, Lothar KUHLEN dedicou-se aos estudos do que chamou *delitos de acumulação* ("Kumulationsdelikte"). Ao discorrer sobre os depósitos de esgotos domésticos no Rio Main, o autor identificou que o delito de poluição de águas, previsto no § 324 do Código Penal alemão, não poderia ser compreendido como crime de dano, ao contrário do que entendia parcela significativa da doutrina, e, apesar de ser aceitável sua inserção na classe dos tipos de perigo abstrato, ele suscitaria especiais dificuldades, por prescindirem da perigosidade concreta de cada conduta.[532]

Na legislação brasileira, um bom exemplo de crime de acumulação na seara ambiental é encontrado no artigo 29 da Lei Federal 9.605/1998[533] que se à proteção da fauna silvestre, a partir da conduta voltada a determinadas espécimes e no bojo de dado ecossistema. Por isso, o abate de apenas dois animais,[534] embora perfaça o resultado material

---

[530] FEINBERG, Joel, *op. cit.*, p. 225.
[531] *Idem, ibidem*, pp. 227-228.
[532] KUHLEN, Lothar. *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung* (§ 324 StGB). Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg, ano 133, pp. 389-408, 1986, p. 399.
[533] Art. 29 da Lei Federal 9.605/1998: "Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção de seis meses a um ano, e multa (…)".
[534] O tipo utiliza a palavra *espécimes*, no plural, de modo que o abate de um único animal silvestre não configura o crime (PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 235).

exigido pelo tipo, como regra não representa a menor possibilidade de dano à fauna silvestre, salvo casos muito excepcionais como, por exemplo, de animais em extinção,[535] com pouquíssimos representantes da espécie vivos no mundo.

No contexto dos delitos econômicos, Luciano Anderson de SOUZA recorda-se que a atividade econômica é indissociável da noção de repetição, de modo que suas infrações tendem à reiteração, seguindo à própria lógica do mundo de produção vigente, baseada na ideia de lucro. Por esse motivo, a multiplicação de condutas idênticas pelo mesmo agente e por terceiros é ínsita ao campo econômico, realidade esta que fornece as bases para a tipificação, por exemplo, do art. 66 da Lei Federal 8.078/1990[536] ("Código de Defesa do Consumidor"), verdadeiro exemplo de um delito econômico de acumulação. No entanto, constata o professor da Universidade de São Paulo que uma simples omissão do fornecedor, em princípio, pode não representar qualquer risco aos direitos do consumidor, a não ser que haja reiteração de condutas.[537]

Preocupado com uma legitimação jusfilosófica dos delitos de acumulação, Augusto Silva DIAS aponta que, sob a ótica de FEINBERG, tais infrações se justificam a partir da ideia dos *free-rides*, isto é, dos "passageiros sem passagens". Da mesma forma que é reprovável que passageiros usufruam dos serviços de transporte sem que efetuem o pagamento das passagens, a vida em sociedade justifica a reprovação de comportamentos egoístas, daqueles que praticam atos vantajosos apenas para si, em detrimento de interesses caros à coletividade, ainda que essas ações não sejam, por si mesmas, considerados lesivas a esses importantes interesses sociais.[538]

Todavia, há sérias dificuldades de se fundamentar o desvalor da conduta tão somente na ausência de sentimentos de dever de solidariedade e de cooperação, por meio da punição de condutas isoladamente inofensivas, em total desapego a referências mínimas ao princípio da ofensividade e da culpabilidade, inviabilizando-se, neste último caso, que se firme a

---

[535] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito…*, p. 52.
[536] Art. 66 do CDC: "Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – detenção de três meses a um ano e multa (…)".
[537]SOUZA, Luciano Anderson de. *Intervención jurídico penal y construcción de los delitos acumulativos.* Revista de Derecho Penal Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, n. 1, pp. 379-405, 2013, p. 395.
[538] DIAS, Augusto Silva. *"What if everybody did it?: sobre a 'incapacidade de ressonância' do direito penal à figura da acumulação*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 3, v. 13, pp. 303-345, 2003, p. 316.

responsabilidade criminal a partir de atos de terceiros, em violação ao princípio da intranscendência, previsto no art. 5º, XLV, da Constituição.

Já sob o plano da dogmática penal, o português Jorge de Figueiredo DIAS, em vistas à necessidade de contenção de "mega-riscos globais", defende a legitimidade da punição dessas condutas, a partir de constatação empírica da alta probabilidade de que, somadas a outros comportamentos idênticos, gerariam perigo de dano ao bem jurídico-penal. Com isso, esses delitos se conformariam à teoria do bem jurídico, à medida que a punição dessas ações tutelaria, de maneira reflexa, bens jurídicos coletivos.[539] Ao sustentar que a legitimidade dos delitos de acumulação bastaria pela constatação da alta probabilidade de repetição, DIAS acaba por apresentar parâmetros mais elásticos à punição desses comportamentos que KUHLEN, haja vista que este, anos mais tarde do início de seus estudos sobre os delitos de acumulação, passou a sustentar que a punição dessas ações somente se justificaria se fosse apoiada em repetições realísticas – não hipotéticas – de outras condutas semelhantes, de modo que somente a cumulatividade real autorizaria a intervenção penal.[540]

No Brasil, Pierpaolo BOTTINI aduz que a utilização da cumulatividade como critério de imputação penal afigura-se sanção *ex iniuria tertii*, que acaba por substituir o injusto material do tipo de perigo abstrato pelo mero perigo presumido, estatístico ou global. A despeito de admitir que tais condutas não afetam, sequer potencialmente, os interesses protegidos pelos tipos penais, o autor reconhece que, diante de certos contextos, é adequada a utilização da estrutura dos delitos de acumulação, especialmente quando a repetição das condutas seja realizada *pela mesma pessoa*, até a criação de um ambiente de risco capaz de periclitar o bem jurídico-penal. Assim, à luz do art. 29 da Lei Federal 9.605/1998, exemplifica com a possibilidade legítima de punição de um caçador que, sem autorização, acaba por abater um grande número de espécies para comercialização, em condições tais aptas a afetar o meio ambiente da região. Com essas considerações, BOTTINI acaba por concluir que a questão da legitimidade dos delitos de acumulação não é uma discussão da legislação penal, mas a respeito da aplicação das leis, devendo ser aplicada a pena apenas quando o juiz verificar que houve a criação de um "ambiente de periculosidade criado e

---

[539] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral.* Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 141-143.

[540] KUHLEN, Lothar. *Umweltsfrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 697-726, 1993, p. 719.

desenvolvido por inúmeras ações perpetradas por uma única pessoa ou por uma coletividade organizada para este fim".[541]

Há dois problemas nesse pensamento. O primeiro é que ele se revela incapaz de nortear o trabalho do legislador, garantindo-lhe liberdade plena para a edição de crimes de acumulação. E o segundo é que, no plano da aplicação das leis, haveria o entrave de que o juiz passaria a demandar provas de um elemento normativo de reiteração de condutas, que sequer está contemplado expressamente pelos tipos penais cumulativos. Condicionar as condenações criminais à presença desse elemento normativo implícito faria com que os próprios tipos penais cumulativos, que já apresentam um déficit de legitimidade, por contemplarem condutas inócuas a lesar bens jurídicos, também sofressem considerável perda de factibilidade, por se tornarem insuscetíveis de cumprimento e se revelarem nada mais do que normas inconsequentes de proibição de condutas inofensivas, o que só faz contribuir ao enaltecimento do caráter simbólico da intervenção penal.

Por seu turno, Fabio D'ÁVILA ressalta que, em se tratando de delitos de acumulação, o *contexto de instabilidade* assumirá especial importância, porque é ele quem exercerá a função de elemento informador da possibilidade de dano.[542] Trata-se de uma espécie de releitura do critério da possibilidade não-insignificante de lesão, utilizado pelo autor para justificar o reproche penal em se tratando dos demais tipos de perigo abstrato. Ao explicar o que entende por contextos instáveis, diz o autor, hipoteticamente, que quanto maior o nível de poluição de uma área, menor deverá ser o nível de poluição tolerado pela lei, e vice-versa, numa relação de dependência que encontra o seu ideal na maior proximidade possível com o contexto real.[543]

À construção de D'ÁVILA podem ser endereçadas as mesmas críticas formuladas aos argumentos de BOTTINI, relativamente à incapacidade de impor algum limite à legislação penal. Além disso, há sérias dúvidas a respeito da correção de sua conclusão, porque é possível que, quanto maior o nível de poluição de uma área, quanto mais inofensiva possa se tornar a conduta de um agente, principalmente naqueles casos em que existem possibilidades muito remotas de recuperação do *status quo*.

---

[541] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes…*, p. 183.
[542] D'ÁVILA, Fabio Roberto. *O ilícito…*, p. 51.
[543] *Idem, ibidem*, p. 52.

Mais recentemente, Décio Franco DAVID observou a necessidade de haver dois elementos auxiliares à teoria de D'ÁVILA: um relação à delimitação da possibilidade não-insignificante ("cláusula de bagatela") e outro referente ao conhecimento do contexto. Quanto ao primeiro, a solução estaria na adoção de técnicas de remissão ou de acessoriedade administrativa, como ocorre com normas penais em branco; já o conhecimento do contexto seria importante para se aferir se o agente tem ciência do que ocorre, reunindo condições de conhecer o significado contextualizado de sua conduta, apesar de que essa ciência não possa funcionar como critério limitador válido da ofensividade da conduta.[544]

Embora o conhecimento do contexto pelo agente possa ser um elemento útil na análise do caso concreto, conformando-se à aferição do próprio dolo do agente, no plano da legislação penal, a inserção de cláusulas bagatelares se, por um lado, é realmente importante para se atribuir algum conteúdo mínimo de injusto penal aos delitos cumulativos, por outro acaba por desnaturar a própria natureza bagatelar destes, marcada pela previsão típica de condutas isoladamente inofensivas.

Com isso, tem razão SILVA SÁNCHEZ ao dizer que essa modalidade de delitos, por não se vislumbrar lesão ou sequer perigo para o bem jurídico, que possa ser atribuído pessoalmente à conduta do agente, representa afronta o princípio da proporcionalidade.[545] Semelhantemente, Ana Elisa BECHARA não enxerga espaço para a legitimidade dos crimes de acumulação, por infringirem abertamente os limites de um Direito Penal garantista, que deve atribuir responsabilidade pessoal a riscos penalmente relevantes.[546] A posição de BECHARA é também compartilhada por SOUZA, que não consegue compatibilizar a lógica da cumulatividade penal com os princípios da culpabilidade, da ofensividade e da proporcionalidade.[547]

Portanto, por essência, os delitos de acumulação sempre se revelarão exemplos de intervenção penal desnecessária, por não se vislumbrar qualquer possibilidade não-fabricada de dano a bens jurídico-penais. Apenas se houver alteração de sua estrutura é que se poderá cogitar de sua necessidade interventiva-penal, o que ocorrerá a partir de dados da realidade

---

[544] DAVID, Décio Franco. *Delitos de acumulação e proteção ambiental.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 225.
[545] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión...,* p. 146. Se bem que o autor, apesar de não admitir que aos crimes de acumulação possam ser impostas penas privativas de liberdade, insere-os no contexto do Direito Penal de secunda velocidade (*idem, ibidem*, p. 50).
[546] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 208, v. 17, pp. 3-5, 2010, p. 4.
[547] SOUZA, Luciano Anderson de. *Intervención…*, p. 397.

empírica e/ou dados técnico-científicos. Em se tratando dos dados da realidade, a possibilidade não-fabricada de dano ocorrerá quando o próprio tipo apresentar um estrutura de crime habitual, exigindo-se que a reiteração ou habitualidade de condutas conste do próprio tipo penal incriminador. Por outro lado, quanto aos dados técnicos, atos normativos complementares das leis penais poderão estabelecer, por exemplo, os índices mínimos de poluição de certas áreas, ou mesmo o número mínimo de espécimes a serem abatidas em certo perímetro rural, preenchendo, a partir de parâmetros científicos, os contornos necessários da gravidade mínima necessária a reclamar a intervenção punitiva. O problema, como se disse, é que a adoção dessa técnica desnaturará a essência dos delitos de acumulação, deixando que eles possam, inclusive, receber essa classificação, porque tais condutas passarão a ostentar a natureza de delitos de ação concretamente perigosa. Por esse motivo, em sua essência, a lógica cumulativa, tal como originariamente se apresenta, não se harmoniza às balizas democráticas do Direito Penal, revelando-se modalidade de tutela penal desnecessária.

2.2.2.1.3. Delitos preparatórios

Os delitos preparatórios ("Vorbereitungsdelikte") são aqueles que compreendem condutas em si inócuas, mas que podem servir de base para condutas posteriores ofensivas a bens jurídicos.[548] Insere-se nessa categoria grande parte dos delitos de posse, como a criminalização da posse de drogas e armas. O art. 33, *caput*, da Lei Federal 11.343/2006, mediante as condutas de "ter em depósito", "transportar", "trazer consigo" e "guardar" drogas, antecipa a punição de atos que seriam meramente preparatórios da efetiva venda. Já os artigos 12 e 14 da Lei Federal 10.826/2003, ao punirem, respectivamente, a posse e o porte de armas de fogo e munições inserem-se na lógica pré-consumativa ao tencionarem evitar que esses objetos sejam utilizados para a prática de crimes violentos. Igualmente, podem ser classificados como delitos preparatórios alguns crimes de status, como a previsão

[548] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, *op. cit.*, p. 282.

de penas para quem integra organização criminosa[549] ou associação criminosa,[550] porque essas figuras delitivas estão relacionadas à punição de pessoas que se associam imbuídas de uma especial finalidade criminosa.

Mas nem todos os crimes de posse e de status devem ser entendidos como delitos preparatórios. A posse de objetos em si perigosos, que por si sós já representem perigo ao bem jurídico-penal, independentemente de um comportamento adicional, como a posse de objetos capazes de causar danos ou promover destruição em massa,[551] insere-se na categoria de crimes de ação concretamente perigosa.

Por outro lado, há outros tipos de posse que não se adequam a uma lógica pré-consumativa, mas sim *pós-consumativa*, como a punição da posse de material de pornografia infantil para uso próprio (art. 241-B do ECA), porque se trata de objetos provenientes de delitos já consumados.[552] Muito embora sejam considerados tipos de perigo abstrato, eles não podem ser compreendidos à luz da antecipação da tutela penal. E, por fim, algumas infrações de status não se relacionam ao eventual cometimento de crimes futuros, optando por punir indivíduos supostamente perigosos, simplesmente por não conduzirem suas vidas de maneira economicamente útil à sociedade, como a contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941).

Em se tratando dos tipos de posse, no final do século XX, Eberhard STRUENSEE lhes endereçou críticas pioneiras, ao constatar que expressões como *ter* ou *possuir*, apesar

---

[549] Art. 2º da Lei Federal 12.850/2013: "Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas (…)". Observar que a definição de organização criminosa consta do art. 1º, § 1º, da mesma lei: "Considera-se organização crimimosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional".

[550] Art. 288 do Código Penal: "Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Também existe o crime de associação criminosa específico da Lei Antidrogas, previsto no art. 35 da Lei Federal 11.343/2006: "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei".

[551] É o caso do art. 2º, § 1º, I, da Lei Federal 13.260/2016, que pune com reclusão de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência as condutas de "usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa".

[552] Nesse sentido, MUÑOZ, Nuria Pastor, *op.cit.*, p. 53. A existência de crimes de posse segundo a lógica pós-consumativa demonstra a inexatidão da presente classificação dos tipos de perigo abstrato de Hirsch e Wohlers, apesar de sua preferência por este trabalho, por questões didáticas.

de sua forma gramatical, não descreveriam conduta alguma, porque não poderiam ser confundidas com o ato de aquisição da posse, que lhes antecedia.[553] Segundo o professor alemão, tampouco poderiam ser identificadas como condutas omissivas, já que, para tanto, seria necessário que o possuidor tivesse consciência real que poderia jogar, destruir ou entregar o objetivo; no entanto, seria algo alheio à vida real supor que o adcito em drogas pensasse, ao menos uma vez, em destruí-las, ou o aficionado por armas fizesse o mesmo em relação a elas.[554]

Sem embargo, os tipos de posse encerram condutas omissivas próprias.[555] A partir da conduta positiva anterior referente ao ato de adquirir a posse, pune-se a manutenção dessa posse sobre a coisa, desde que, evidentemente, o sujeito mantenha o conhecimento dessa posse ao longo do tempo, independentemente do requisito adicional da possibilidade real de destruição da coisa, levantado por STRUENSEE, que não guarda qualquer pertinência com conduta típica, propriamente dita, mas pode configurar, a depender de cada caso, dirimente da inexigibilidade de conduta diversa.

Todavia, as principais dificuldades dogmáticas em torno dos crimes de posse grassam em torno de sua compatibilidade com o princípio da lesividade. Essas questões são agudizadas a partir das perspectivas pré e pós-consumativa e ainda mais potencializadas quando, nesse contexto, essas normas penais portam-se como *crimes auxiliares*. A técnica legislativa do crime auxiliar ("ancillary crime"), aliás, muito comum nas legislações penais dos Estados Unidos, opera-se quando se prevê a punição de certas condutas por apresentarem um vínculo indireto, às vezes por pura ficção legal, com o crime principal que, supostamente, o agente possa cometer ou tenha cometido.[556] Ao antecipar a tutela penal, no cenário pré-consumativo, ou visando à remoção de alguma barreira probatória do crime anterior supostamente praticado, no contexto pós-consumativo, a lei alarga as fronteiras típicas, permitindo-se a punição de comportamentos que normalmente seriam indiferentes ao Direito Penal. É o que ocorre com o tipo do art. 34 da Lei Federal 11.343/2006: se não se pode punir por tráfico, porque não foi encontrado droga, porém foram apreendidos papéis, tesouras, substâncias químicas normalmente utilizadas na confecção de drogas etc., garante-se a punição, por referência normativa indireta ao tráfico. Também é claramente a opção

[553] STRUENSEE, Eberhard, *op. cit.*, p. 60.
[554] *Idem, ibidem*, p. 62.
[555] Cf. MUÑOZ, Nuria Pastor, *op. cit.*, p. 43.
[556] HUSAK, Douglas. *Crimes outside the core*. Tulsa Law Review, v. 39, pp. 755-779, 2004, p. 772.

legislativa do art. 25 do Decreto-lei 3.688/1941, que permite punir o vadio, o mendigo e o condenado pelo crime de furto e roubo, desde que sejam encontrados na posse de objetos normalmente utilizados para cometer furto e não provem a destinação legítima deles, acabando por ensejar uma presunção relativa de que esses instrumentos teriam sido utilizados para a prática de crimes patrimoniais, ou seriviriam a essa finalidade.[557]

Na seara dos delitos prepatórios, sejam eles tipos de posse ou de status, assim como ocorre em relação às demais espécies de crimes de perigo abstrato, devem ser estabelecidos parâmetros que indiquem a necessidade da intervenção jurídico-penal, impedindo-se que o legislador conte com a mais ampla liberdade para impor criminalizações desarrazoadas e calcadas em perigos artificiais.[558] Referidas normas devem comunicar comportamentos suficientemente desvalorados, que permitam verificar possibilidades não-fabricadas de dano, mediante o auxílio de dados da realidade empírica e de dados técnicos.

Quanto aos delitos de posse de natureza preparatória, dados da realidade e dados técnicos deverão contribuir para indicar um grau mínimo de lesividade do objeto. Por exemplo, as estatísticas acerca do número de homicídios causados por armas de fogo, além de investigações científicas acerca dos danos de certas substâncias ao organismo humano poderão servir como justificativas parciais para a punição da mera posse de armas e de certas quantidades de drogas. A prevalência de dados da realidade e dados técnicos evitará que aspectos de outras ordens, como políticas, econômicas e religiosas, assumam o protagonismo em torno da criminalização.

Aliados a essas justificativas, os tipos de posse de natureza preparatória devem necessariamente contemplar uma finalidade específica de realizar ou de contribuir com um comportamento delitivo final, que dê sentido à própria proibição antecipada da conduta. Um bom exemplo de como a ausência de referência expressa no tipo penal da finalidade específica criminosa pode suscitar questões incontornáveis é encontrado no artigo 19 do

---

[557] Art. 25 do Decreto-lei 3.688/1941: "Ter em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis." O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, já reconheceu que referido tipo não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente (STF, RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.10.2013).

[558] LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, pp. 104-128, 2013, p. 110.

Decreto-lei 3.688/1941.[559] Muito embora esse tipo contravencional, desde a edição da Lei Federal 9.437/1997, não mais possua aplicação para a posse ou o porte de armas de fogo, ele ainda permanece formalmente em vigor[560] para as armas brancas, assim consideradas como "qualquer outro instrumento que se torne vulnerante, bastando que seja utilizado de modo diverso daquele para o qual fora utilizado".[561]

A par disso, no Superior Tribunal de Justiça, formou-se orientação jurisprudencial de que a punição pela contravenção em apreço demanda a análise do *contexto fático*, a fim de se aferir se o indivíduo que foi surpreendido na posse do objeto tinha a intenção de usá-lo para o cometimento de um crime.[562] Mas nesse ponto reside a maior dificuldade desse tipo: para que se possa afirmar que uma faca, uma tesoura ou uma foice constitui arma branca, torna-se imprescindível a análise do contexto fático, demonstrando-se que o instrumento seria utilizado de modo anormal daquele para o qual corriqueiramente serve.

Portanto, em tese, não é suficiente que a ação penal narre que o sujeito porta uma faca; a peça acusatória deve descrever qual é o dolo consistente no uso anormal desse instrumento; somente assim uma faca, normalmente utilizada para fins lícitos (trabalho, prendas domésticas etc.) poderia preencher o campo semântico destinado às armas brancas.

A grande questão, contudo, e que torna bem problemática referida contravenção penal, é que ela não exige expressamente essa finalidade especial. E, na prática, essa omissão legislativa inevitavelmente dá margem ao incremento da seletividade do sistema penal, que poderá, sem critérios seguros, voltar-se somente a algumas pessoas que portam instrumentos que podem ser considerados armas brancas (um grande pedaço de pau ou uma raquete), a partir de considerações pessoais do agente; por exemplo, seus registros criminais.

Por isso, em princípio, a posse de armas brancas, a posse de armas de fogo desmuniciadas ou mesmo a posse apenas de munições, sem que exista vinculação subjetiva a qualquer outro comportamento delitivo futuro, não podem ser legitimamente objeto de

---

[559] Art. 19 do Decreto-lei 3.688/1941: "Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente (...)".

[560] Diz-se formalmente em vigor porque o tipo demanda a colmatação do elemento normativo "sem licença da autoridade" e, no mundo dos fatos, é impossível a obtenção de licença ou permissão para a posse ou o porte da vasta maoria das armas brancas.

[561] PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal.* 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 675.

[562] *E.g.,* STJ, RHC 66979-MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 22.04.2016. No Supremo Tribunal Federal, a questão teve repercussão geral reconhecida (ARE 901.623-RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. 22.10.2015), mas ainda está pendente de julgamento, de modo que não se pode antever qual será a posição tomada pela Suprema Corte.

incriminação. Entretanto, calha observar que se um tipo penal hipotético – inexistente na legislação brasileira – circunscrevesse a punição à posse de armas municiadas ou cujas munições de mesmo calibre estivessem ao alcance do agente, dispensar-se-ia qualquer vinculação subjetiva com um comportamento delitivo futuro, porque não mais se estaria diante de um delito de posse de natureza preparatória, mas sim de um crime de ação concretamente perigosa.

Por conseguinte, em se tratando do crime de tráfico de drogas, critica-se a omissão do art. 33 da Lei Federal 11.343/2006 quanto à necessária previsão de desígnio mercantil,[563] para que a conduta fosse satisfatoriamente diferenciada da posse de drogas para o próprio uso, conforme dispõe o art. 28 da mesma lei. Aliás, nesse particular, é curioso observar que a finalidade especial é prevista para este último tipo ("para consumo pessoal"), porém não encontra o seu correspondente no art. 33, o que seria satisfeito, pelo menos, com a inserção da expressão "para entrega ao consumo de terceiros". Assim, paradoxalmente às próprias penas previstas para cada tipo, o dolo do art. 28 consiste no *conhecimento* da existência da droga e a *vontade* de consumi-la, ao passo que o dolo do art. 33 revela-se mais frágil, sendo satisfeito, ao menos sob o plano da estrutura típica, com o mero *conhecimento* do fato da posse da substância proscrita.[564]

Ainda no que tange aos crimes de posse de natureza preparatória, há dificuldades especiais de se sustentar a necessidade da tutela penal em se tratando de crimes auxiliares, porque seu vínculo com o comportamento delitivo final é ainda mais frágil. No entanto, ainda assim não pode ser descartada *prima facie* sua legitimidade, desde que o legislador exerça sua atividade embasada em dados da realidade e dados técnicos, aliados à finalidade específica de realizar ou de contribuir com um comportamento delitivo final.

A última observação em que se tratando dos delitos de posse relaciona-se aos casos em que eles atendem a uma lógica pós-consumativa. Como se disse acima, nessas hipóteses eles não assumem a natureza de delitos preparatórios, punindo-se a posse de objetos provenientes de delitos já consumados. Para eles, em princípio, não se revelará a necessidade da tutela penal, justamente porque o comportamento delitivo a que se referem já foi

---

[563] Na defesa da inserção de um desígnio mercantil na estrutura do tipo de tráfico de drogas, como medida harmonizadora aos reclames da lesividade e da proporcionalidade, vide CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.
[564] *Idem, ibidem*, pp. 264-265.

praticado, de modo que não há a menor possibilidade de dano ao bem jurídico, já vulnerado ou periclitado pela conduta anterior, redundando a posse posterior do objeto do crime mero exaurimento da infração penal.[565]

Igualmente, no que diz respeito aos crimes de status, também apenas será possível que se cogite de sua legitimidade quando eles possam ser classificados como delitos preparatórios. Ainda assim, porque eles não se vinculam, necessariamente, à posse de qualquer objeto, a explicação típica da finalidade criminosa específica ("para o fim de cometer crimes") é exigência mínima inarredável. Mas não é o bastante. A possibilidade não-fabricada de dano deve se apoiar em dados da realidade, consubstanciados na exigência de condutas que comuniquem comportamentos suficientemente desvalorados, como a prestação de contribuições minimamente relevantes a configurar a infração penal, afastando-se, já sob o plano da tipicidade penal, certas posturas que possam assinalar meras simpatias ou condescendências com práticas criminosas, que sequer se revelam aptas a criar qualquer ambiente de periculosidade ao interesse juridicamente protegido e que se apoiem simplesmente na periculosidade subjetiva do agente.[566]

E, por fim, os delitos de status serão inevitavelmente ilegítimos quando eles não se submeterem à lógica pré-consumativa, como ocorre a contravenção penal de vadiagem (art. 59 do Decreto-lei 3.688/1941), que ostenta a indisfarçável e odiosa marca do Direito Penal do autor, inserido no modelo punitivo da segurança cidadã.[567] A pena não se revela uma

---

[565] A constatação da existência de crimes de posse segundo a lógica pós-consumativa não se confunde com o delito de receptação (art. 180 do CP), delito contra o patrimônio, que se consuma mediante a prática das condutas de *adquirir*, *receber*, *transportar*, *conduzir* ou *ocultar*. O núcleo que mais se aproxima dos delitos de posse é *ter em depósito*, próprio da receptação qualificada (art. 180, § 1º, CP), mas, mesmo neste caso, a conduta recai sobre o próprio objeto material do crime anteriormente praticado, revelando-se a potencialidade lesiva dessa ocultação, o que é diferente, *e.g.,* da simples posse de material pornográfico infantil (art. 241-B do ECA), insusceptível de justificar a necessidade da tutela penal.

[566] Pastor Muñoz fundamenta a legitimidade de alguns delitos de status, como a infração de pertencer a uma organização criminosa, a partir da *manifestação objetiva da periculosidade subjetiva do autor*. A autora espanhola diz que esse comportamento típico não consiste na colocação em perigo objetivo de bens jurídicos, mas na expressão da periculosidade subjetiva do autor, que se manifesta como um sujeito perigoso. Ainda assim, ela não vislumbra que sua tese reconduza a um Direito Penal do Autor, à medida que o comportamento tipificado deve constituir uma "perturbação social". Em verdade, o ato de comunicação da periculosidade subjetiva do autor deve constituir uma verdadeira perturbação social e a pena é uma resposta a esse ato de comunicação, e não propriamente à periculosidade subjetiva do autor. Com isso, pune-se um membro de uma organização criminosa não porque ele seja um sujeito perigoso (o que, aí sim, seria um Direito Penal do Autor), mas porque, ao se fazer membro de uma organização perigosa, esse sujeito manifesta seriamente sua disposição a cometer delitos e essa sua manifestação perturba a sociedade (PASTOR MUÑOZ, Nuria, *op. cit.*, pp. 61-63). No entanto, o pensamento de Pastor Muñoz é bastante influenciado por Jakobs e é impossível não se enxergar na expressão *periculosidade subjetiva* uma aproximação ao Direito Penal do Autor. Por isso, o que deve importar é a descrição mais analítica possível das condutas, aliadas à finalidade específica criminosa.

[567] Cf. item 1.4.1.2, *supra.*

resposta a um fato praticado por um cidadão, convertendo-se em mecanismo de garantia contra fatos futuros, que podem ser esperados de um indivíduo considerado perigoso.

A par dessas questões, a proporcionalidade-necessidade revela-se instrumento útil à análise crítica da estrutura da tutela penal porque, ao mesmo tempo em que confere deferência ao princípio da lesividade, ao enfatizar a preferibilidade por tipos de dano e de perigo concreto, logra apresentar uma imprescindível maleabilidade para abarcar alguns dos tipos de perigo abstrato, desde que se acomodem a certos parâmetros mínimos referenciais de ofensividade.

2.2.3. Da tutela penal estritamente desproporcional

A proporcionalidade em sentido estrito é o terceiro e último suprincípio que se integra ao complexo procedimento escalonado da proporcionalidade. Grosso modo, ela se refere à análise do equilíbrio entre os meios eleitos e os fins colimados.[568] Na seara penal, constatada a adequação do objeto de proteção e a necessidade da estrutura típica utilizada, na derradeira etapa deverá ocorrer o exame acerca da justa medida da restrição da liberdade individual, em atenção aos objetivos que se quer atingir por meio da intervenção penal. Cuida-se de analisar a medida da resposta sancionatória, o *quantum* de penas que se estabelece para cada tipo penal. Portanto, pode-se concluir que enquanto a adequação e a necessidade são juízos relacionados à proporcionalidade penal qualitativa, a proporcionalidade em sentido estrito é questão de proporcionalidade quantitativa.

Em se tratando das proporções entre crimes e penas, podem ser realizadas avaliações valorativas sob duas dimensões: uma abstrata, mediante o exame entre as condutas incriminadas e as penas mínimas e máximas contempladas pelas molduras penais; e outra concreta, relativamente ao fato criminoso praticado e a pena a ele cominada.[569] A presente pesquisa concentra-se apenas na primeira dimensão (proporcionalidade em abstrato), sob o plano da legislação penal.

Se, por um lado, os ideais iluministas inspiraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) a já se preocupar com a questão da proporcionalidade das

---

[568] Cf. item 3.2.1., *infra*.
[569] RUIVO, Marcelo Almeida. *Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 147, n. 26, pp. 587-614, 2018, p. 593.

penas, ao estabelecer, em seu artigo 15, que *a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito*, os dilemas da contemporaneidade[570] têm, como regra, provocado reformas penais irracionais, despreocupadas com qualquer harmonia axiológica entre delitos e penas.[571] Como dizia HASSEMER, o Direito Penal e a própria pena parecem ser a única resposta para os grandes problemas sociais e políticos e sempre se costuma associar o aumento da intervenção penal e das sanções a qualquer "demanda urgente de ação".[572]

A par dessa realidade, é preciso que se estabeleçam parâmetros para o estabelecimento de penas proporcionais que, de alguma forma, possam também ser ferramentas úteis ao legislador penal. O grande desafio inicial é que esses parâmetros dificilmente podem ser extraídos de fora do sistema penal. É possível que, a partir de perspectivas puramente filosóficas, chegue-se à conclusão, por exemplo, de que o delito de homicídio deve receber reproches mais severos do que o crime de lesão corporal. Mas é impossível que se justique o *quantum* dessas sanções sem que sejam considerados os patamares penais já estabelecidos pelo ordenamento jurídico para cada tipo penal. Como leciona GOMES, inexiste "uma medida absolutamente objetiva, atemporal e neutra para calibrar a importância dos distintos bens penalmente protegíveis."[573] Isso significa que não se pode concluir que, hipoteticamente, as penas justas para certa conduta incriminada devem variar de "x a y", se não se constrói esse raciocínio a partir das normas penais secundárias já existentes em dado sistema penal, tornando-se difícil se cogitar da existência de penas absolutamente justas ou injustas, porque essa análise é sempre relativa ao arcabouço das demais normas inseridas em um mesmo Direito Penal.

A premissa básica para que se estabeleçam critérios relativos de proporcionalidade é que as penas devem se relacionar ao fato e à sua gravidade, e não a uma incerta expectativa de fatos futuros.[574] Essa afirmação soa natural e parece dispensar maiores argumentos. No entanto, apenas aparentemente isso se verifica, porque essa conclusão não é infensa às

---

[570] Cf. Capítulo 1, *supra.*
[571] MORENO LÓPEZ, María Soledad. *La proporción de las penas a los delitos en la reciente reforma penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 85, v. 18, 2010, pp. 236-266, p. 265.
[572] HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário.* Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83.
[573] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio...*, pp. 181-182.
[574] KÖLER, Michael. *O conceito de pena*. Trad. Oliveiros Guanais. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 319-349, 2015, pp. 333-334. No mesmo sentido, Mariângela Gomes observa que a pena deve ser estabelecida a partir da gravidade da infração (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A importância dos critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais *et al.* Belo Horizonte: D´Plácido, pp. 235-247, 2017, p. 243).

críticas daqueles que entendem que as penas cumprem funções predominantemente preventivas, desconhecendo o protagonismo do retribucionismo penal.

Por isso, calha tangenciar algumas das questões acerca das concepções em torno da finalidade das penas (*por que punir*?), como ponto de partida das medidas abstratas das sanções (*quanto punir?)*, para que se demonstre o acerto da posição que sustenta a necessidade de que as normas penas secundárias estabeleçam sanções proporcionais às condutas proscritas, observando-se o fundamental equilíbrio entre as *penas* abstratas e os *fatos* penalmente relevantes, de modo que o ritmo das escalas penais não seja ditado de maneira preponderante por circunstâncias afetas à necessidade de *intimidação* de sujeitos que possam praticar infrações penais ou mesmo de *neutralização* daqueles que as tenham praticado.

Os debates em torno dos fundamentos da pena podem ser divididos entre teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas. As primeiras, denominadas *teorias retributivas*, acentuam o caráter retributivo ou aflitivo de mal justo que se impõe àquele que praticou um mal injusto. As segundas, coincidentes com as *teorias preventivas*, justificam a pena a partir de sua necessidade social, realçando seu caráter instrumental, por enxergar a pena como ferramenta de defesa da sociedade, visando à prevenção da criminalidade. Por fim, as teorias ecléticas sustentam que a pena é, ao mesmo tempo, retribuição e instrumento de prevenção de crimes.[575]

As teorias retributivas deitam suas raízes na filosofia liberal do século XVIII e têm em KANT e HEGEL seus grandes expoentes. KANT encontrava a justificação da pena na *justa retribuição*, como imperativo categórico de justiça. Defendia uma espécie de *talião jurídico*, com simetria exata entre a pena e o delito praticado. Por isso que, para ele, o homicídio deveria ser punido com a morte.[576] Pouco mais tarde, HEGEL defendeu a sua concepção retributiva de pena, ao observar que o crime seria a negação do Direito, ao passo que a pena seria a negação do delito; e por ser a negação da negação ocasionada pelo crime,

---

[575] BRUNO, Aníbal. *Das penas.* 4ª ed. Rio: Rio de Janeiro, 1976, pp. 13-14.

[576] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 126. O talião (de "talis", tal) foi o modo encontrado para se evitar a vingança ilimitada, o que já representava sensível progresso em direção à imposição de castigos racionais (PIMENTEL, Manoel Pedro*, ob.cit.*, p. 122). Digna de nota é a constatação de Schünemann, quando observa que a pena costuma ir muito além da mera retribuição. Diz que, atualmente, a pena somente fica aquém do talião nos casos de homicídio e de lesão corporal grave; mas, diante das demais infrações, as sanções ultrapassam esses patamares: quem comete um crime patrimonial, sobretudo se reincidente, é preso como um animal selvagem; e o mesmo se diga ao autor de um crime sexual, que causou mal intenso ao corpo e à alma da vítima, mas apenas por certo lapso temporal. Schünemann denomina esse excesso da pena de *overkill* (SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal...*, pp. 69-70).

a pena promoveria a reafirmação do Direito.[577] As concepções retributivas compuseram o pensamento penal clássico, bem apresentado pela célebre obra *Dos delitos e das penas*, escrita por Cesare BECCARIA (1764), cujos princípios foram posteriormente consolidados por Francesco CARRARA em sua obra *Programa* (1859), que entendia possível que as penas fossem dosadas por critérios jurídicos, baseadas na proporcionalidade dos danos ou dos perigos provocados pela infração, com a finalidade de restabelecimento da ordem social.[578]

Ainda que possam ser vislumbrados certos contornos finalísticos nas preocupações de HEGEL quanto à reafirmação do Direito e de CARRARA no que diz respeito ao restabelecimento da ordem social – e, nesse aspecto, tais ideias flertarem com a concepção de prevenção geral positiva das penas, como se verá – a pedra de toque das teorias absolutas era mesmo a retribuição, a imposição de um castigo proporcional ao mal praticado pelo crime. O grande trunfo das concepções retributivas reside justamente no apego à ideia de proporcionalidade, cujo conceito se conecta ao de justiça, revistindo-se de um "manto de legitimidade".[579] E, por isso, qualquer ideia de limitação e de pena justa deve se vincular ao conceito de proporcionalidade à gravidade do fato e à culpabilidade do autor.[580]

Entretanto, as correntes meramente retributivas forem fortemente criticadas por HASSEMER que, apesar de reconhecer nelas o mérito de obstarem penas desproporcionais, dizia que eram teorias vazias, falsas, arrongantes e cínicas, porque castigavam por castigar, sem se preocuparem com finalidade alguma.[581] Em tom menos ácido, ROXIN também pondera que defender a retribuição porque ela tiraria a *culpa do sangue pelo povo*, ou para que o criminoso *expie*, são justificativas que devem ser concebidas como um *ato de fé* e não se admite que medidas estatais sejam legitimadas com a ajuda de poderes transcendentais. [582] Entretanto, mesmo as críticas mais contundentes à retribuição reconhecem sua importante contribuição quanto à necessária proporcionalidade entre a pena e a gravidade do fato, deixando de concordar, contudo, que o reproche penal deve olhar

---

[577] MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *op.cit.*, p. 127.
[578] *Idem, ibidem*, pp. 131-132.
[579] MESSUTTI, Ana. *La justicia deconstruida.* Barcelona: Bellaterra, 2008, p. 38.
[580] PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões*. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 373-391, 2015, p. 382.
[581] HASSEMER, Winfried *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo blanch, 2016, p. 61.
[582] ROXIN, Claus. *Problemas básicos de derecho penal.* Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976, p. 14.

apenas para o passado e ser cego em relação ao futuro, relativamente às consequências que possam dele advir.

Já as teorias preventivas conferem ênfase justamente nos resultados que possam decorrer das penas e, flertando com ideias utilitaristas, naturalmente acabam por se desapegar das exigências de proporcionalidade. O critério da prevenção não é de justiça e equilíbrio da resposta sancionatória em relação ao fato, mas sim da eficácia dos instrumentos preventivos, assentando-se na máxima de PROTÁGORAS, acompanhado depois por SENECA e GROCIO: *Nemo prudens punitur quia peccatum est, sed ne peccetur* ("Nenhuma pessoa prudente castiga porque se pecou, mas para que se não peque").[583]

No início do século XIX, rivalizavam com as teorias retribucionistas algumas concepções de prevenção geral como de FEUERBACH, FILANGERI e BENTHAN que, a partir de suas variantes, conferiam revelo ao pontencial intimidatório da sanção penal (prevenção geral negativa).[584] E, no final desse mesmo século, os fundamentos do positivismo criminológico[585] serviram para as concepções preventivas realçassem não mais o poder dissuasório das sanções penais contra potenciais delinquentes, mas se voltassem especialmente ao sujeito que praticou a infração penal, com o intuito de neutraliza-lo (prevenção especial negativa) até que estivesse em condições de voltar ao seio social, segundo o ideal ressocializador (prevenção especial positiva).

Enquanto observações empíricas contemporâneas acarretam descrença quanto à função preventiva especial positiva da pena, diante da ineficácia do tratamento ressocializador em condições de privação de liberdade,[586] suas funções preventivas negativas encaixam-se perfeitamente às molduras da contemporaneidade, afigurando-se úteis ao atendimento de uma pretensa eficácia punitiva,[587] aos reclames ditados pela sociedade do risco[588] e ao modelo penal da segurança cidadã.[589] Com efeito, as teorias

---

[583] HASSEMER, Winfried *¿Por qué...*, p. 47.
[584] MIR PUIG, Santiago. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 39, n. 1, pp. 49-58, 1986, p. 49.
[585] O positivismo criminológico teve início em 1876 com a publicação da obra *L´Uomo Delinquente*, de Cesare Lombroso, que defendia que o delinquente comete crimes em razão de seus caracteres antropológicos. Mais tarde Lombroso mudou esse entendimento e, a par dos estudos de Jung, passou a sustenrar que questões psicológicas - e não caracteres antropológicos - impediriam o livre-arbítrio. Também podem ser citados como expoentes da Escola Positiva Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934) (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *op.cit.*, pp. 136-143).
[586] MIR PUIG, Santiago. *Función...*, p. 50.
[587] Cf. item 1.3.2, *supra.*
[588] Cf. item 1.5, *supra*.
[589] Cf. item 1.4.1.2, *supra*.

preventivas convivem harmoniosamente com tais questões pós-modernas, à medida que o medo do perigo e a prevenção são ideias que se fortalecem mutuamente, de modo que o agravamento indiscriminado das sanções, inevitalmente, traz em si a marca da prevenção.[590]

Um exemplo do Direito dos Estados Unidos bem ilustra essa situação. Até o início da década de 1970, todos os 50 estados e o próprio sistema federal daquele país regiam-se pelo modelo de penas indeterminadas, detendo os juízes a mais ampla liberdade para a determinação do *quantum* das penas e, na fase de execução, os *parole boards*, espécie de colegiados de liberdade condicional, também contavam com amplíssima liberdade para decidir quando os condenados estavam prontos para retornar ao convívio social.[591] O modelo de penas indeterminadas ("indeterminate sentencing"), largamente difundido depois da guerra civil (1861-1865), e implantado pelos conhecidos sistemas penitenciários de Filadélfia e Auburn,[592] era justificado pelo movimento da *new penology*, a partir da necessidade de se buscar a correção individual do condenado.[593]

Entretanto, o malogro do ideal ressocializador causado pela observação das taxas de reincidência nos Estados Unidos fez ser deflagrado um movimento crescente em prol da implantação de um sistema de penas determinadas, como medida que atenderia às garantias individuais e ao *due process* e, por isso, foi reconhecido como um movimento penal garantista ("justice model").[594] Nesse contexto, a atenção à natureza retributiva das penas ("just desert") foi destacada pela obra *Doing Justice,* publicada em 1976 e fruto dos estudos de Andrew von HIRSCH e dos demais integrantes do *Commitee for the Study of Incarceration*, fundado em 1971; e a necessidade da implementação de *sentences guidelines,* diretrizes bem mais rígidas para a fixação das penas, baseadas na gravidade dos delitos e nos

---

[590] HASSEMER, Winfried *¿Por qué...*, pp. 66 e 69.
[591] TONRY, Michael. *Sentencing matters*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996, p. 4.
[592] Inexistam diferenças radicais entre ambos os sistemas. Ambos impediam que os presos pudessem se comunicar entre si e os separava em celas individuais durante a noite. A diferença principal era que o sistema filadélfico, conhecido como *regime celular*, os presos também eram separados durante o dia, ao passo que no sistema auburniano os presos, em silêncio, dedicavam-se ao trabalho diurno. Bitencourt lembra que enquanto o primeiro sistema teve maior aceitação na Europa, o auburniano predominou nos EUA. Dentre as razões, provavelmente porque estes eram mais necessitados da força de trabalho prisional (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 108-110).
[593] QUIRÓS, Diego Zysman, *op.cit.*, pp. 28-29.
[594] HUDSON, Barbara. *Justice through punishment: a critique of the "justice" model of correction*. London: Macmillan, 1987, p 37. No mesmo sentido: GASPARINI, Alessandro. *Dall'indeterminate sentence alle sentencing guidelines: una riforma rivoluzionaria negli USA.* L'indice Penale, Padova, v. 28, pp. 36-64, 1994, p. 41.

antecedentes criminais do agente, foi o cerne da obra de 1972 de Marvin FRANKEL, denominada *Criminal sentences: law without order*.[595]

O curioso é que esse novo modelo, de matiz inicialmente garantista, na prática logo foi deturpado e se desapegou da noção de retribuição e estabelecimento de penas proporcionais. É que, visando à intimidação ("deterrence") ou à neutralização ("incapacitation"), as leis, por meio das *mandatory penalties,* passaram a prever penas mínimas ou fixas muito altas, com aumentos irrazoáveis das sanções para algumas espécies de delitos, como tráfico de drogas e crimes sexuais, ou mesmo a conferir desmasiada importância aos maus antecedentes dos agentes, como fizeram as leis dos *three strikes*, que possibilitavam prisões perpétuas, inclusive, àqueles que praticassem crimes de pequena gravidade, como furtos de valores irrisórios, desde que contassem com vastos históricos criminais.[596]

A partir do mau exemplo dos Estados Unidos se observa que pouco adianta que as sanções sejam predeterminadas, atendendo-se à garantia formal da legalidade, se o seu conteúdo atende exclusivamente a demandas político-sociais preventivas. Decerto, as teorias preventivas possuem o mérito de colocar a tutela penal a serviço de finalidades estatais, comprazendo-se ao funcionalismo penal, porém o seu perigo está na sua insubmissão a limites ditados pela proporcionalidade em relação ao fato praticado.

O conflito entre concepções retributivas e preventivas propiciou o surgimento de teorias ecléticas que, ao mesmo tempo em que vislumbram na prevenção o sentido do castigo, têm de buscar a manutenção do equilíbrio interno entre sanção e fato criminoso. Com isso, chega-se a um modelo penal que está a serviço da prevenção, embora limitado pela proporcionalidade e pela culpabilidade. Esse sincretismo deu ensejo a certas teorias de prevenção geral positiva da pena,[597] as quais, respeitadas as suas diversas abordagens, podem ser congregadas sob o mote da contemplação da pena como instrumento de conservação e reforço da confiança na firmeza e exequilibidade do ordenamento jurídico.[598]

Diz-se *certas teorias* porque nem todas as concepções de prevenção geral positiva possuem vocação para limitar as penas, frenando os anseios ditados pela prevenção geral

---

[595] QUIRÓS, Diego Zysman, *op.cit.*, pp. 35 e 88.
[596] QUIRÓS, Diego Zysman, *op.cit.*, pp. 111-113. A respeito das leis *three strikes you're out*, vide item 1.4.1.2, *supra.*
[597] MIR PUIG, Santiago. *Función...*, pp. 49-50.
[598] ROXIN, Claus. *Derecho…*, p. 91.

negativa e pela prevenção especial. É o caso da construção de JAKOBS, quem, coerentemente ao seu funcionalismo, apresenta-a apenas como uma teoria apta a *fundamentar* a pena, sem, contudo, limitá-la.[599] Para ele, a pena possui a função de reafirmar a vigência da norma violada, mas ao fazê-lo, cumpre uma função eminentemente preventiva ao proteger as expectativas normativas por meio do exercício de confiança na norma, de fidelidade ao Direito e aceitação das consequências.[600]

O grande problema desse pensamento reside na inexistência de qualquer potencial crítico às normas positivadas, buscando-se que sejam mantidas a garantia da vigência das normas e a estabilidade social, sem qualquer preocupação quanto à justiça dos preceitos penais primários, tampouco ao equilíbrio e proporcionalidade dos preceitos penais secundários.[601]

Elaborações de teorias de prevenção geral positiva com o escopo de *limitar* a pena (teorias da prevenção geral positiva limitadora), frenando os anseios ditados pela prevenção geral negativa e pela prevenção especial [602] podem ser encontradas nas diferentes construções de ROXIN e HASSEMER.

ROXIN, sob a rubrica da *teoria unificadora preventiva dialética*, afasta qualquer ideia de retribuição como finalidade da pena, buscando combinar elementos das diversas teorias preventivas na fundamentação da sanção penal.[603] Ele aduz que o momento da cominação da pena atende aos reclames puros de prevenção geral; já, na etapa da fixação da pena concreta, devem ser observadas necessidades preventivas gerais e especiais; e, finalmente, na execução dessa sanção, deve preponderar a prevenção especial.[604] ROXIN obtempera que a pena deve ser limitada pela culpabilidade, de modo que necessidade preventiva alguma pode justificar uma pena superior à culpabilidade.[605]

---

[599] MIR PUIG, Santiago. *Función...*, p. 53.
[600] JABOKS, Günther. *Derecho penal…*, p. 18.
[601] Sem contar as críticas de cunho criminológico que podem ser endereçadas a essa teoria, como a constatação de que a manutenção dessa suposta coesão social ocorre às custas de certa parcela da sociedade, à medida que, no processo de criminalização, são os interesses de certas classes e não a identidade da sociedade como um todo que se costuma proteger por meio das intervenções penais (CACIEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva.* Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 139).
[602] MIR PUIG, Santiago. *Función...*, p. 51.
[603] ROXIN, Claus. *Derecho…*, p. 95 e 99.
[604] *Idem, ibidem*, p. 104.
[605] ROXIN, Claus. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 35, v. 9, pp. 13-27, 2001, p. 25).

Inobstante o mérito de se preocupar com o fim social das penas a partir de concepções preventivas, o que se harmoniza à compreensão roxiniana de que o objetivo do Direito Penal é justamente a proteção de bens jurídico-penais,[606] a fragilidade dessa teoria está na ausência de referência a parâmetros que possam limitar a cominação das penas em abstrato. Ao estabelecer a culpabilidade como limite das penas, ROXIN apresenta diretrizes que tão somente podem auxiliar na fixação e na execução de penas, deixando o legislador aparentemente livre para o estabelecimento de limites penais, transmitindo-se a impressão de que as necessidades de prevenção geral positiva de pena serão sempre satisfeitas, independentemente de se observar qualquer coerência e equilíbrio entre as normas penais secundárias de dado ordenamento jurídico.

Por sua vez, HASSEMER entendia que a teoria da prevenção geral positiva surge da conjugação das teorias retributivas e preventivas, tomando-se três pontos como bússula: a dignidade humana, a eficácia e a proporcionalidade.[607] Sob o espeque da prevenção geral positiva, a própria retribuição deixaria de ser absoluta, relativizando-se, porque ela se colocaria ao serviço de finalidade que lhe é externa, a saber, a confiança no ordenamento jurídico,[608] que não é obtida por medo, mas, antes, resultado da racionalidade das leis, que redunda na confiança fundada na validade geral das normas. Em síntese, a persecução de fins preventivos somente se permite diante de uma reação proporcional ao fato ilícito e à culpabilidade do autor.[609]

De fato, a teoria de HASSEMER é a que mais bem demonstra que o reforço geral da consciência jurídica da norma, proposta da prevenção geral positiva, somente será obtido a partir do atendimento às ideias de pena justa e proporcional, o que remete à própria noção de retribuição.[610] Como lembra PRADO, segundo essa perspectiva *neo-retribucionista*, "a retribuição jurídica torna-se instrumento de prevenção, ao passo que a prevenção encontra na retribuição uma barreira que impede sua degeneração".[611] Na Itália, MORSELLI, muito embora não veja a prevenção geral positiva como função da pena, mas simplesmente como o efeito primário que se obtém de sua natureza retributiva, afirma que a consolidação da

---

[606] ROXIN, Claus. *Derecho…*, p. 84.
[607] HASSEMER, Winfried *¿Por qué...*, p. 83.
[608] *Idem, ibidem*, p. 92.
[609] *Idem, ibidem*, p. 97.
[610] PRADO, Luiz Regis. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões.* In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 373-391, 2015, p. 382.
[611] *Idem, ibidem*, p. 387.

consciência ("Gesinnung") jurídica coletiva somente será obtida a partir da satisfação do sentimento social de justiça.[612] E, no Brasil, SALVADOR NETTO leciona que a cominação das penas em abstrato deve se submeter às questões de prevenção geral positiva, limitadas pela retribuição; e, para que se evite um Direito Penal simplesmente da pena, não há como fugir de um conceito de pena abstrata que tenha como referencia a dimensão axiológica. [613]

É verdade que a pena não apresenta uma única e exclusiva missão. No mundo dos fatos, em maior ou menor grau, ela atenderá à prevenção geral negativa ao intimidar potenciais agentes, ao passo que a prisão, principalmente, retirará do livre convívio social aqueles que cumprem penas, satisfazendo-se a prevenção especial negativa. Além disso, no momento da aplicação da pena, a atribuição concreta do montante de pena e sua espécie deverão obedecer a outros ditames, que não da prevenção geral.[614]

No entanto, sob o plano abstrato, a cominação das sanções penais deve limitar o poder punitivo estatal, conferindo-se a necessária deferência à dignidade da pessoa humana,[615] o que será obtido quando as penas cominadas pelos tipos penais se mostrarem proporcionais aos fatos proscritos e, ao mesmo tempo, guardarem equilíbrio com todas as demais normas incriminadoras, o que se compraz, inclusive, aos reclames constitucionais do princípio da igualdade.[616]

Apesar de ser pouco realístico pretender que o legislador penal não atue movido pela carga emotiva de diversos alarmes sociais,[617] a prevenção geral positiva apenas provocará efeitos preventivos reais quando contemplar um conteúdo mínimo de justiça às normas a serem estabilizadas, por meio da atenção à proporcionalidade das penas; se inexistente esta, o efeito será justamente o oposto: penas desequilibradas e irrazoáveis provocarão a mais completa desconfiança da sociedade no ordenamento jurídico-penal.[618]

---

[612] MORSELLI, Elio. *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 31, pp. 48-78, 1998, p. 74.
[613] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral.* São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 261 e 263.
[614] Por exemplo, Roxin diz que, no momento da imposição da pena, o juiz deve tomar em consideração, na mesma medida, as necessidades preventivas especiais e gerais, ao passo que, na fase seguinte de execução da pena, a prevenção especial positiva deve passar para o primeiro plano (ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 104). Em sentido semelhante, apesar de conferir ainda maior destaque aos critérios de prevenção especial positiva no momento da fixação da pena, SALVADOR NETTO, Alamiro. *Finalidades...*, p. 266.
[615] COSTA, Regina Helena Lobo da. *A dignidade...,* p. 159.
[616] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 183.
[617] *Idem, ibidem*, p. 205.
[618]COSTA, Regina Helena Lobo da. *A dignidade...*, p. 149.

Não é raro que fatos socialmente menos graves prevejam penas mais altas que outros mais graves e, por outro lado, fatos de gravidades muito semelhantes admitam penas muito díspares, constatação que levou TAVARES, ao examinar o cenário jurídico-penal nacional, a acusar a necessidade de que houvesse uma reforma profunda nessas cominações, limitando-se o arbítrio do legislador, que estabelece penas em profundo desapego aos danos sociais das respectivas condutas.[619]

A grande questão é saber quais parâmetros poderão ser obedecidos para que exista um equilíbrio minimamente necessário entre as mais diversas sanções penais contempladas em um ordenamento jurídico. Ainda que inexistam fórmulas matemáticas que apontem com exatidão quais seriam os justos montantes das penas, aptos ao estabelecimento de simetria e harmonização entre todas as demais cominações, alguns critérios podem ser observados para que se alcance o mínimo de equilíbrio entre as mais diversas normas penais secundárias.

Sob o prisma formal, é importante que os tipos penais prevejam penas mínimas e máximas; penas mínimas, por indicarem qual o último grau a que pode ser reduzida a tutela penal de certo bem, sob certa forma de agressão; e penas máximas, por representarem importante garantia individual e segurança jurídica, vinculada ao princípio da legalidade.[620] Tais margens penais não devem ser muito amplas porque, quanto mais elastecidas forem elas, maiores serão as semelhanças entre todas as margens penais, perdendo-se referência aos diferentes graus de injusto de cada espécie delitiva.[621] E, por fim, é necessário que seja estabelecida alguma lógica entre as sanções mínimas e máximas e que ela seja observada para todas as infrações penais;[622] por exemplo, fazer com que as penas máximas sejam tantas vezes maiores que as mínimas.

Sob a dimensão material, diversos fatores devem ser considerados para a consecução de penas relativamente justas e proporcionais. A natureza do bem jurídico protegido, por

---

[619] TAVARES, Juarez. *Critérios…*, p. 84.
[620] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 163. Contudo, há quem defenda a eliminação das penas mínimas, dizendo que a culpabilidade pelo fato deve ser medida de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto (JULIANO, Mario Alberto. *La indefectible natureleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*. Pensamiento penal del sur, Buenos Aires, v. 1, pp. 485-503, 2004). Discorda-se dessa posição, porque a inexistência de penas mínimas estabelecidas pelo legislador incrementaria as desproporcionalidades do sistema, ao deixá-las ao exclusivo arbítrio judicial. Entretanto, ao decidir casos concretos, nada impede que a pena seja fixada aquém dos patamares penais mínimos, não apenas quando se está diante de uma causa de diminuição de pena, mas também de alguma circunstância atenuante, como a confissão, em atenção a questões de prevenção especial positiva, criticando-se, nesse contexto, o teor da Súmula 231 do STJ: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.
[621] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 165.
[622] *Idem, ibidem*, p. 167.

exemplo, é de fundamental importância, mas não pode ser o único fator a se considerar, já que é possível que se apene mais severamente um dano contra um interesse hierarquicamente inferior do que uma exposição a perigo de outro bem, mais valioso. Portanto, deve haver uma combinação entre a escala material dos interesses protegidos e as mais diversas modalidades de agressão em relação a esses bens.[623]

Em seguida, em atenção exclusiva aos desequilíbrios sancionatórios existentes no cenário brasileiro, serão examinadas algumas das desproporcionalidades penais relativamente aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, às condutas proscritas e aos resultados abstratamente contemplados pelos tipos penais.

2.2.3.1. Desproporcionalidades estritas e natureza de bens jurídicos

A identificação dos interesses jurídicos verdadeiramente protegidos pelas normas penais é um dos caminhos para se aferir a proporcionalidade das penas. Para a correção dessa atividade, não se deve conformar com a indicação por vezes equivocada do legislador. É o caso do crime de rixa (art. 137 do CP), que muito embora seja apontado pela lei como um delito contra a pessoa (Título I) protege, de maneira preponderante, a ordem e a paz públicas. Além do mais, é imprescindível a análise da própria estrutura típica, que poderá também revelar que a norma penal se presta à proteção de mais de um bem jurídico, como é o caso dos crimes complexos,[624] a exemplo do latrocínio (art. 157, § 3º, do CP) que, a despeito de se encontrar inserido no título relativo os crimes contra o patrimônio (Título II), também tutela a vida humana.

Logicamente que não se pretende catalogar e hierarquizar todos os bens jurídicos tutelados pelas normas penais brasileiras, mas apenas indicar alguns critérios que possam auxiliar no exame da proporcionalidade dos patamares sancionatórios estabelecidos pelo legislador. E, ainda assim, a tarefa é árdua porque a exatidão desse exame deve tomar por conta não apenas a natureza dos bens envolvidos, mas também as modalidades de agressão contra eles, o que implica na análise completa do injusto típico. Com isso, hipoteticamente, mesmo que se afirme que a vida humana é o bem mais valioso do sistema jurídico-penal,

---

[623] É nesse sentido que se diz não haver necessária coincidência entre o *valor* do bem jurídico e o *desvalor* da conduta constante do tipo penal incriminador (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A importância…*, p. 244).
[624] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 189.

pode ser compreensível que sua mera exposição a perigo contemple punições menores que a prática de lesão corporal grave, justificando-se as sanções mais brandas do delito de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP) em relação àquelas previstas no art. 129, § 1º, do Código Penal.

Os critérios para a indicação da hierarquia axiológica dos bens jurídico-penais não podem ser obtidos de outra fonte que não da própria compreensão de sua essência antropológica, como objetos densificadores de elementos vinculados ao postulado da dignidade da pessoa humana. Se eles devem ser necessariamente funcionalizados à proteção dos interesses do ser humano, é de se concluir que quanto mais forte e evidente for esse vínculo, posições mais altas eles devem ocupar nessa escala hierárquica.

É conveniente que se faça um corte metodológico entre bens jurídicos individuais e coletivos. Em relação aos bens individuais, deve ser naturalmente considerada a dimensão individual da pessoa humana. Quanto mais afeto ao núcleo da dignidade humana, mais valioso o bem será. Daí decorrer a primazia da proteção da vida humana, pressuposto para a existência de qualquer outro bem, seguida da tutela de interesses indisponíveis da pessoa, como a incolumidade física, a saúde, a honra e a liberdade individual, abarcando a liberdade pessoal e a liberdade sexual, além das inviolabilidades de domicílio, de correspondência e de segredos.

A indisponibilidade desses interesses não significa que não possam ser renunciados, diante de situações específicas. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito ofendido em sua honra decide não ofertar a ação penal correspondente, com aquele que acaba por se conformar com o ingresso de uma pessoa inicialmente indesejada em sua residência, ou mesmo com a tolerância da vítima em relação àquele que devassou suas correspondências. O atributo da indisponibilidade refere-se simplesmente à impossibilidade de sua renúncia irrestrita e absoluta, o que implicaria, em última análise, renúncia da própria dignidade, ato juridicamente impossível de ocorrer. Em verdade, nada há que o indivíduo possa fazer para perdê-la, já que ela se encontra definitivamente vinculada à condição humana, rejeitando-se a figura do *homo sacer*, que era considerado pelo Direito Romano como todo aquele que não mais detinha direitos, podendo ser morto por qualquer um.[625] Essa construção harmoniza-se à doutrina civil-constitucional acerca dos direitos da personalidade, irrenunciáveis por

[625] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: *o poder soberano e a vida nua*. 2ª ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 87.

expressa disposição legal,[626] que vincula a *cláusula geral* da proteção da personalidade de modo indissociável à dignidade humana.[627]

Sob a ótica constitucional e do modelo de Estado Democrático de Direito, deve-se reconhecer a prevalência do *ser* em relação ao *ter*. Se isso é verdade, a proteção penal dos atributos da pessoa deveria ser maior do que a proteção que se destina ao seu patrimônio. A disposição topográfica da Parte Especial do Código Penal, ao tratar dos crimes contra a pessoa logo em seu início,[628] transmite a falsa impressão de que o legislador penal se atenta para essa necessidade. Porém, referida conclusão não resiste a uma comparação entre os demais marcos sancionatórios do Título I e aqueles destinados às infrações contra o patrimônio, previstas no título seguinte,[629] que destacam um indesejado protagonismo da tutela penal da propriedade privada.[630]

Com efeito, as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio são desproporcionais se comparadas às sanções da maioria dos tipos que tutelam a pessoa. Por exemplo, critica-se o estabelecimento da pena mínima de 6 anos de reclusão para o crime conhecido como "sequestro-relâmpago" (art. 158, § 3º, CP, incluído pela Lei Federal 11.923/2009), por ser a mesma sanção mínima prevista para o delito de homicídio simples (art. 121, *caput*, CP).[631]

A proeminência da tutela penal do patrimônio privado também é claramente percebida a partir das diferenças abissais entre as penas cominadas às lesões corporais e ao roubo. Observem-se duas situações hipotéticas: na primeira, "A" encontra-se com "B" e, sem motivo aparente, desfere-lhe um soco no rosto, causando-lhe lesão corporal de natureza leve. Na segunda, "A" encontra-se com "B" e lhe exige um bem qualquer, de um valor muito

---

[626] Art. 11 do Código Civil: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são instransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".
[627] SZANIAWSKI, Elimar, *op.cit.*, p. 139.
[628] Os crimes contra a pessoa estão contemplados no Título I da Parte Especial do Código Penal e compreendem: Capítulo I: crimes contra a vida (arts. 121 a 128); Capítulo II: lesões corporais (art. 129); Capítulo III: da periclitação da vida e da saúde (arts. 130 a 136); Capítulo IV: rixa (art. 137); Capítulo V: crimes contra a honra (arts. 138 a 145); e Capítulo VI: crimes contra a liberdade individual, gênero que compreende a liberdade pessoal (arts. 146 a 149-A), a inviolabilidade de domicílio (art. 150), de correspondência (arts. 151 e 152) e de segredos (arts. 153 a 154-B).
[629] Artigos 155 a 183.
[630] SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio.* São Paulo: Atlas, 2014, p. 194.
[631] No mesmo sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A lei 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 199, pp. 8-9, 2009, p. 9.

baixo, quase insignificante, sob a ameaça de lhe desferir um soco na face e acaba por levar consigo a *res*.

Ora, o primeiro caso contempla a concretização do mal prometido no segundo exemplo. Ainda assim, desafiará penas de 3 meses a 1 ano de detenção (art. 129, *caput*, do CP),[632] ao passo que, na segunda situação, as penas variarão entre 4 e 10 anos de reclusão, além do pagamento de multa (art. 157, *caput*, do CP). Esses exemplos refletem com clareza a irrazoabilidade do *discrímen* entre os marcos sancionatórios abstratos, por atenderem a uma indesejada lógica patrimonialista.

Raciocínio semelhante deve permear o exame da simetria das penas para os bens jurídico-penais coletivos. Como já exposto,[633] o decisivo para a sua identificação, gozem eles da concretude dos bens jurídicos verdadeiros ou da pulverização inerente ao conceito dos falsos bens jurídicos, é a sua *funcionalização ao atendimento dos interesses fundamentais do indivíduo*. Se, por um lado, esse atributo é imprescindível para se identificar a existência de um bem jurídico coletivo, por outro, o grau de atendimento a esses interesses é o critério que permitirá se identificar sua hierarquia. E, sob esse aspecto, grande parte dos considerados falsos bens coletivos, como a saúde e a segurança públicas, sobrepõe-se aos tidos por verdadeiros bens coletivos, a exemplo da incorruptibilidade dos funcionários públicos, a preservação da estrutura funcional do Estado, a administração da justiça e a higidez do sistema tributário. Obviamente que a proteção desses interesses atende, de forma mediata, aos interesses dos indivíduos. No entanto, essa funcionalização torna-se mais evidente para os casos dos bens coletivos falsos, de modo que, em tese, desconsiderados quaisquer exames sobre as estruturas típicas, justifica-se a proteção penal mais intensa destes em relação àqueles, porque a tutela indireta dos interesses individuais ocorre de maneira menos remota.

Nesse ponto particular da hierarquia dos bens jurídicos coletivos, torna-se difícil serem cotejadas as penas de tipos penais específicos como, por exemplo, serem comparadas as penas do peculato com as do tráfico de drogas, porque esse exame envolveria necessariamente questões em torno da estrutura típica, dos desvalores das condutas e, eventualmente, dos resultados. Entretanto, na análise holística das proporcionalidades das

---

[632] Sem contar a possibilidade de benefícios processuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, desde que presentes os requisitos dos artigos 76 e 89 da Lei Federal 9.099/95, cujos cumprimentos das condições acarretarão na extinção da punibilidade do acusado.
[633] Cf. item 2.2.1.2, *supra*.

sanções penais em abstrato, a natureza do bem jurídico coletivo e sua proximidade com a proteção indireta de interesses individuais fundamentais deve ser um critério a se considerar.

2.2.3.2. Desproporcionalidades estritas e desalvores abstratos das condutas

O segundo modo de serem examinadas as desproporcionalidades das penas é a partir da análise das condutas típicas, comparando-se dois ou mais comportamentos, compreendidos pelo mesmo tipo penal ou por outros que guardem semelhanças ou algum ponto de referência com o primeiro e, por isso, podem ser utilizados como *tertium comparationis*.

Quando a análise recair sobre condutas existentes em um mesmo tipo penal, duas questões podem indicar desproporcionalidades penais. A primeira ocorre quando são estabelecidas as mesmas penas para diversas condutas incriminadas, que não guardam entre si semelhante desvalor.[634] A segunda celeuma se verifica quando condutas abstratamente menos graves recebem respostas penais mais severas.

Observa-se claramente a primeira das duas questões quando se examina o crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei Federal 11.343/2006, que estabelece as mesmas penas de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa para todas as dezoito modalidades de condutas, deixando, por um lado, de considerar faixas sancionatórias diversas de acordo com quantias mínimas e com a potencialidade lesiva das substâncias proscritas[635] e, por outro, de reconhecer maior desvalor às condutas imbuídas de *desígnio mercantil*, em relação àquelas outras ações despidas da finalidade de lucro.[636]

A segunda possibilidade de se analisar as possíveis desproporcionalidades inseridas em um mesmo tipo penal ocorre quando condutas menos graves desafiam penas mais graves. Naturalmente, em atenção à especialidade das normas, partindo-se dos tipos fundamentais, tipos atenuados devem receber penas mais brandas, ao passo que as penas mais altas devem

---

[634] Como lembra Mariângela Gomes, em princípio, não há problema algum de o legislador se valer da técnica dos tipos mistos alternativos, desde que estabeleça condutas de gravidades semelhantes (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 199).
[635] CARVALHO, Salo de. *A política...*, p. 283.
[636] Observa-se que que o *dolo de comércio* é elemento indissociável ao próprio conceito de tráfico de drogas, que se relaciona às noções de *mercancia*, *trato mercantil* e *negócio fraudulento indecoroso* (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 145). E, nesse sentido, as condutas que não fossem acompanhadas de dolo de comércio sequer deveriam ser compreendidas no tipo de tráfico de drogas, cf. CARVALHO, Salo de. *A política...*, p. 283.

ser destinadas aos tipos agravados.[637] Não é raro que esses agravamentos refiram-se apenas ao incremento de desvalores das condutas, independentemente dos resultados.[638] Também é evidente que, no que toca à tipicidade subjetiva, a culpa deve ser apenada de modo mais suave que o dolo.[639] A despeito dessa obviedade, por exemplo, existe desproporcionalidade no preceito penal secundário do tipo de receptação qualificada, se cotejado com o tipo fundamental. É que enquanto este se satisfaz com a presença do *dolo direto,* consubstanciado na expressão "sabe ser produto de crime" e, para essa modalidade, prevê penas de 1 a 4 anos de reclusão e multa, seu tipo qualificado, que diz respeito à receptação realizada no exercício de atividade empresarial (art. 180, § 1º, CP) comina penas bem mais severas, de 3 a 8 anos de reclusão e multa, apesar de flexibilizar o tipo subjetivo, ao se contentar com a caracterização do dolo eventual, refletido na expressão "deve saber ser produto de crime". A única peculiaridade é o fato de se tratar de crime próprio, exigindo-se do sujeito ativo a qualidade de comerciante ou industrial, atividades habituais,[640] em regra lícitas, circunstância que não justifica o considerável aumento de pena estabelecido pelo legislador, ao cominar penas menos severas ao dolo direto, mais intenso que o eventual.[641]

Análises acerca das desproporcionalidades das penas a partir das condutas também podem ocorrer entre tipos penais diversos, nos casos em que, a despeito da cominação de

---

[637] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 195.

[638] No caso do crime de furto (art. 155 do CP), à exceção do § 6º ("subtração de semovente domesticável de produção"), incluído pela Lei Federal 13.330/2016 e do § 7º ("subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego"), incluído pela Lei Federal 13.654/2018, todas as qualificadoras referem-se às condutas. O mesmo se diga em relação às causas especiais de aumento de pena do crime de roubo: ressalvada a "subtração de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego" (art. 157, § 2º, VI) e a produção de lesão corporal grave ou a morte (art. 157, § 3º, CP), ambos incluídos pela Lei Federal 13.654/2018, todas as demais elevações de pena dizem respeito a circunstâncias que agregam desvalores às condutas, e não ao resultado. Por isso, nenhuma dificuldade técnica haveria quanto à manutenção da causa especial referente ao emprego de arma, que era prevista no inc. I do § 2º do art. 157 e foi revogada pela citada Lei Federal 13.654/2018.

[639] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 192.

[640] A extensão dos conceitos de comerciante e industrial se dá pela definição mais ampla de empresário, hoje prevista no artigo 966, *caput*, do CC: "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

[641] Não se pode deixar de registrar a existência correntes diversas acerca do elemento subjetivo. Há quem sustente que a expressão "deve saber" compreende não apenas o dolo eventual, mas também o dolo direto, porque o legislador teria dito menos do que pretendida, impondo-se que a interpretação seja extensiva para que se concretize o espírito normativo (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 644-645). Para outra corrente, a locução *deve saber* é elemento normativo do tipo e indica a potencial consciência da ilicitude (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 313-317). E, por fim, há quem sustente que a expressão indica dolo direto, porque, caso o legislador quisesse se referir ao dolo eventual, a expressão correta seria "deveria saber" (AZEVEDO, David Teixeira. *O crime de receptação e formas de execução dolosa: direta e eventual.* In: AZEVEDO, David Teixeira. *Atualidades no direito e processo penal.* São Paulo: Método, 2001, pp. 25-55).

marcos sancionatórios diversos, eles se colocarem à proteção dos mesmos bens jurídicos e descreverem condutas bastante semelhantes entre si. Uma comparação bastante conhecida é aquela que se dá entre as penas cominadas aos já citados crimes de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão, e multa) e de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (10 a 15 anos de reclusão, e multa). Em tese, ambos visam a proteger o mesmo falso bem coletivo e não se pode dizer que as condutas deste último tipo apresentam-se mais desvaloradas que as do primeiro, ao ponto de justificar reprimendas tão díspares. Mas será que, nesse caso, é possível se justificar o maior rigor nas sanções do art. 273 do CP em relação ao tráfico de drogas, por conta do maior zelo com a saúde pública, haja vista finalidade terapêutica e medicinal dos produtos?

A questão, não tão óbvia para outros casos que se fundamentam em semelhantes razões, junge-se estabelecimento de critérios para que possam ser analisadas criticamente as razões que levaram o legislador a estabelecer patamares penais diversos para condutas criminosas semelhantes e, a partir desse exame, concluir-se pela legitimidade ou não dessas proposições.

2.2.3.3. Desproporcionalidades estritas e desvalores abstratos dos resultados

A terceira e última maneira de serem examinadas eventuais desproporcionalidades sancionatórias abstratamente previstas em tipos penais é a partir dos desalvores dos resultados. Sob esse prisma, duas questões merecem destaques: (1) como regra, crimes de dano devem ser apenados mais severamente do que crimes de perigo, e delitos de perigo concreto devem receber maior reprovação em relação aos delitos de perigo abstrato, desde que, em todos os casos, protejam os mesmos bens jurídicos. Da mesma forma, as modalidades consumadas devem receber reproches penais mais intensos do que suas respectivas formas tentadas; e (2) tipos penais que objetivem à proteção dos mesmos bens e contemplem condutas e resultados com idênticos ou semelhantes desalvores, em geral, devem estabelecer os mesmos patamares sancionatórios.

Na primeira das hipóteses, pondera-se não fazer o menor sentido que sejam punidas mais severamente as condutas que exponham a perigo certo bem jurídico-penal do que outras condutas que efetivamente lesionem esses bens. Segundo esse raciocínio, mostram-se proporcionais as penas cominadas aos tipos que cuidam da periclitação da vida e da saúde

(artigos 130 a 136 do CP), atentando-se que todas as suas penas são menores do que as sanções previstas para o crime de homicídio simples. No entanto, a desproporcionalidade salta aos olhos se essas mesmas penas forem comparadas às sanções cominadas à infração de lesão corporal leve do art. 129, *caput*, do CP (3 meses a 1 ano de detenção), já que, à exceção dos crimes de omissão de socorro (art. 135 do CP) e de maus-tratos (art. 136 do CP), nenhuma delas lhes é inferior.

Mesmo os tipos que se voltam à proteção de falsos bens coletivos não devem contemplar penas maiores do que os tipos de dano daqueles bens individuais a que se referem indiretamente. Esse entendimento pode causar alguma perplexidade, porque poderia se argumentar que, em verdade, por meio deles se protege um sem-número de bens jurídicos individuais. No entanto, considerado o caráter meramente instrumental desses bens jurídicos aparentes, não se mostra proporcional admitir que a punição do *perigo* ao conjunto desses bens pode ser apenada mais severamente do que a efetiva concretização do *dano* a algum bem individual.[642] Com isso, também sob esse prisma merecem críticas as penas cominadas ao crime do art. 273 do CP e ao tráfico de drogas, os quais, sob o pretexto da proteção da saúde pública, estabelecem pena mínima de 10 anos de reclusão, no primeiro caso, maior do que os 6 anos do homicídio simples, bem como a maior pena possível para o tráfico de drogas, 25 anos de reclusão, se considerado o maior acréscimo da causa especial de aumento de pena do art. 40, 2/3, sobre a pena máxima do preceito penal secundário do art. 33, ambos da Lei Federal 11.343/2006.[643] Em atenção às diretrizes da proporcionalidade em sentido estrito, as sanções de ambos os tipos deveriam guardar sintonia com as penas estabelecidas para o crime de lesão corporal gravíssima, porque, se em última análise, pretende-se evitar que exista o consumo de drogas e esse consumo acarrete uma adição a essas substâncias, seria razoável que as penas para o tráfico de drogas não ultrapassassem aquelas previstas para os casos de *enfermidade incurável*, nos termos do art. 129, § 2º, II, do Código Penal.

Sob outro ângulo, a atenção à proporcionalidade recomenda que, desde que se destinem à tutela dos mesmos interesses, os crimes de perigo abstrato devem prever punições mais severas do que os delitos de perigo concreto. Esse parâmetro é vulnerado, por exemplo, pelo cotejo entre as penas cominadas aos delitos do art. 306 e 309, ambos do CTb, que se colocam à proteção do também aparente bem jurídico coletivo segurança viária. Enquanto o

---

[642] GRECO, Luís. *Modernização…*, p. 95

[643] Nesse sentido, VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 427.

primeiro tipo estabelece penas de 6 meses a 3 anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir para a conduta de embriaguez ao volante, que se configura mediante a simples identificação de certa quantidade de álcool no organismo, independentemente da produção concreta de qualquer perigo, o segundo preceito penal comina sanções sensivelmente menores, de 6 meses a 1 ano de detenção, ou multa, para aqueles que dirigem veículo automotor em via pública, sem a devida permissão ou habilitação para tanto, *gerando perigo de dano*, circunstância que justificaria penas mais elevadas para estes casos, pelo incremento do desvalor do resultado jurídico.

Igualmente, é natural que a previsão típica de formas consumadas receba sanções mais severas que seus correspondentes tentados, porque, ainda que as condutas possam, sob o plano abstrato, apresentar idêntico desvalor, a imperfeição na execução delitiva impõe que sejam observados graus de atenuação da pena, à própria luz do princípio da ofensividade. É o motivo pelo qual a tentativa assume a natureza de causa genérica de diminuição de pena, estabelecendo o parágrafo único do art. 14 do CP que "*salvo disposição em contrário*, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços)." E, por vezes, por questões de política-criminal, de modo excepcional a lei estabelece aos crimes tentados as mesmas penas previstas para as modalidades consumadas. É o que ocorre com o crime de evasão mediante violência contra pessoa (art. 352 do CP), que impõe as mesmas penas de 3 meses a 1 ano de detenção, além da correspondente à violência, tanto ao preso ou sujeito submetido a medida de segurança que se evade, quanto àquele que tenta evadir-se, valendo de violência.

Se a legitimidade da equiparação sancionatória das formas tentadas às consumadas já deve ser colocada sob suspeita, essa desproporcionalidade torna-se evidente ao se examinar o art. 5º da Lei Federal 13.260/2016, conhecida por "Lei Antiterrorismo", porque estatui, de maneira inédita, a punição de atos preparatórios que são, na fase do *iter criminis*, anteriores aos atos executórios, etapa em que se torna possível o reconhecimento da tentativa,[644] preceituando que a pena, nesses casos, "será a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade." Tais redutores são, curiosamente, menores do que as causas de diminuição estabelecidas pelo art. 14, parágrafo único, do CP, e o legislador extraordinário, ao menos expressamente, não os estendeu às hipóteses de tentativa, de modo que, observada a impossibilidade de analogia *in malam partem*, uma

[644] REALE JÚNIOR, Miguel, *op.cit.,* p. 280.

interpretação literal conduziria à esdrúxula situação de o autor de meros atos preparatórios ser punido mais severamente do que aquele que pratica atos executórios.[645]

Por fim, em tese, haverá lesão ao corolário da proporcionalidade em sentido estrito quando tipos penais estabelecerem patamares sancionatórios diversos a partir de peculiaridades do objeto material, insuscetíveis de agregar desvalor ao resultado. Por exemplo, o art. 155, § 6º, do CP, incluído pela Lei Federal 13.330/2016, estabelece como furto qualificado, atribuindo penas de 2 a 5 anos de reclusão se a subtração for de "semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração". Semelhantemente, a Lei Federal 13.654/2018 trouxe outra modalidade de furto qualificado, ao cominar penas de 4 a 10 anos de reclusão e multa se a subtração for de "substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego". Esta última lei também incluiu mais uma causa especial de aumento de pena ao crime de roubo, desde que recaia sobre os mesmos objetos (art. 157, § 2º, VI, CP). No primeiro caso, são bastante questionáveis os critérios utilizados pelo legislador para a cominação de penas mais graves para furtos de alguns animais, muitas vezes bem menos valiosos do que outros objetos que ensejam a punição apenas pelo furto simples. E, em se tratando das alterações promovidas pela segunda lei, embora possa se vislumbrar legitimidade na pretendida punição de explosivos, não há razão para que o mesmo rigor se volte aos seus acessórios, por vezes desprovidos de qualquer potencialidade lesiva e representativos de lesões insignificantes aos patrimônios das vítimas.

Uma vez mais, assim como questionado no item acima, a questão é saber quais critérios podem ser utilizados para o estabelecimento de limites intransponíveis ao legislador penal, dentro dos quais ele possa concretizar decisões político-criminais e validamente estabelecer marcos sancionatórios diversos para fatos aparentemente semelhantes. Para esse desiderato, bem como para a consecução de outros patamares legislativos dotados de maior racionalidade, impõe-se o estudo mais detido do princípio da proporcionalidade e suas repercussões para a seara da legislação penal.

---

[645] MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Os atos preparatórios na nova lei "antiterrorismo"*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 284, pp. 11-12, 2016, p. 11.

3. Parâmetros para a aferição da proporcionalidade de tipos penais

SUMÁRIO: 3.1. Considerações acerca de uma necessária aproximação entre Direito Penal e Constituição; 3.2. Princípio da proporcionalidade; 3.2.1. Subprincípios da proporcionalidade; 3.3. Princípio da razoabilidade; 3.3.1. Os *standards* materiais do Direito Constitucional dos Estados Unidos; 3.4. Questões acerca do rendimento da proporcionalidade como critério limitador da intervenção penal; 3.5. Algumas propostas de concretização dos elementos da proporcionalidade no âmbito penal; 3.6. A concretização dos elementos da proporcionalidade em matéria penal por meio de sua integração à ideia subjacente aos *standards* constitucionais.

3.1. Considerações acerca de uma necessária aproximação entre Direito Penal e Constituição

No sistema jurídico brasileiro, após o cenário inaugurado com a Constituição de 1988, parece não haver discussão a respeito da importância do texto constitucional, cuja proeminência vem revelada pela ênfase aos princípios que veicula e pela possibilidade de florescimento de uma hermenêutica garantidora da efetividade máxima de direitos fundamentais, funcionalizados ao atendimento das condições necessárias ao livre desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, as normas constitucionais passam a invadir todos os demais ramos jurídicos, cujas regras não mais se justificam por si sós, à medida que sua legitimidade deve ser extraída do justo, do razoável e do equânime, dando ensejo à chamada *constitucionalização* do Direito.[646]

A necessária atenção aos valores constitucionais implica na produção de efeitos dúbios quanto às normas incriminadoras, à medida que a Constituição pode funcionar tanto como *limite* à intervenção penal, quanto ser o seu próprio *fundamento.*

Sob o primeiro plano, da Constituição como limite, convém observar em primeiro lugar que as normas constitucionais, mormente os princípios constitucionais penais, expressos e implícitos, conferem fundamento e consistência às razões penais em nível de

[646] A constitucionalização do Direito vai além da simples necessidade de aferição da compatibilidade das regras jurídicas com a Constituição, o que se garante pela mera compreensão da supremacia do texto constitucional. Mais do que isso, a constitucionalização retrata a *invasão* das normas constitucionais no conteúdo das leis infraconstitucionais, de modo a regulamentá-las e lhes conferir legitimidade substancial (CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición.* In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, pp. 197-208, 2009, p. 203).

política criminal, dogmática e interpretação legal,[647] atuando como barreiras às pretensões punitivas estatais, a partir de sua vinculação estrita à dignidade humana.[648] Podem ser lembrados como princípios explícitos, além do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a legalidade (art. 5º, XXXIX), a irretroatividade da *novato legis incriminadora* e da *novatio legis in pejus* (art. 5º, XL), a intranscendência (art. 5º, XLV), a individualização (art. 5º, XLVI) e a humanidade das penas (art. 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e XLIX). Como princípios penais constitucionais implícitos adquirem relevo a culpabilidade,[649] a ofensividade[650] e a proporcionalidade, este último de conteúdo não exclusivamente "penalístico",[651] porque se aplica a todas as demais normas jurídicas, porém com aptidão de influenciar fortemente na substância e na forma dos tipos penais.

A compreensão do funcionamento da Constituição como limite às intervenções estatais, mormente as intervenções penais, as mais agressivas à esfera individual, encontra respaldo na própria história do constitucionalismo mundial. No longínquo ano de 1215, a conhecida Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem-Terra, apesar de não ser propriamente

---

[647] YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los princípios penales: su naturaleza y funciones em la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 132.

[648] A partir da tipologia de Humberto Ávila, Helena Regina Lobo da Costa constata que, para o Direito Penal, a dignidade humana pode servir como *fundamento jurídico*, ao lhe determinar que preste a necessária deferência à base antropológica, observando-se os fins e os limites da intervenção penal; como *postulado*, ao servir como critério de interpretação das normas penais, materiais e processuais; e, finalmente, como *princípio*, impondo-lhe a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição de tortura, além de intermediar outros princípios de maior concreção, como a culpabilidade e a humanidade das penas (COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade....*, pp. 60-62).

[649] A culpabilidade, sob esse ângulo, entendida não como elemento do conceito analítico de crime como fato típico, ilícito e culpável, tampouco como medida de gradação de pena, como sugerem os artigos 29 e 59 do Código Penal. A culpabilidade como princípio representa a máxima *nullum crimen sine culpa,* que veicula o pensamento de somente se pode tornar alguém responsável pela prática de um fato quando existe um nexo volitivo entre a ação e o resultado (TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20). Sob esse prisma, ele representa um *limite do âmbito punível*, que pode ser dessumido de algumas garantias constitucionais fundamentais, porque "inclui ou pressupõe, por sua vez, os princípios de responsabilidade pessoal ou responsabilidade subjetiva, de responsabilidade pelo fato, da presunção de inocência e da individualização da pena" (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 68-69).

[650] O princípio da ofensividade, materializado na necessidade de ofensa ou exposição a perigo de bens jurídico-penais, é intrínseco ao próprio modelo de Estado Democrático de Direito, que obsta que se dê lugar, mormente no terreno do poder punitivo, a quaisquer formas de autoritarismo e intolerância, ou perseguições de credo, cor ou classe; ao revés, zela pelo respeito às diferenças e a partir destas se desenvolve, compatibilizando-se com a exigência de que somente recaia o poder punitivo sobre fatos ofensivos para os quais a intervenção penal se mostre efetivamente necessária (D'ÁVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 69-70).

[651] Palazzo bem diferencia os "princípios de direito penal constitucional" dos "princípios constitucionais pertinentes à matéria penal". Os primeiros, segundo o autor italiano, representam um conteúdo tipicamente penalístico, delineando a "função constitucional de determinado sistema penal", ao passo que os segundos atêm-se a matérias estranhas à penal, mas acabam por influenciá-la, condicionando o seu conteúdo (PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989, pp. 22-23).

uma Constituição, mas um pacto estamental entre a Coroa e os senhores feudais, já consagrava uma série de garantias penais, como a proporcionalidade das penas, o devido processo legal e a liberdade de locomoção, garantias estas que se aplicavam originalmente apenas à nobreza e ao clero, mas, diante de seu potencial expansivo, adquiriram força de lei e se estenderam aos súditos no século XVII, com o advento da *Bill of Rights* (1689).[652] Ainda no âmbito do constitucionalismo inglês, importantes conquistas foram alcançadas por outros documentos, que materializaram verdadeiros marcos na tutela dos direitos fundamentais por visarem à contenção do arbítrio estatal, como a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Act of Settlement* (1689).

Ainda que se aparte do constitucionalismo antigo, como o inglês, no âmbito do constitucionalismo moderno, coincidente com a queda do Estado Absolutista, suas ideias grassam em torno do Iluminismo e do consequente antropocentrismo, vale dizer, na valorização de direitos individuais como escudos às arbitrariedades estatais.[653] Tratou-se do *leitmotif* das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos ("Bill of Rights")[654] e, excetuados os arroubos autoritários que marcaram o estabelecimento do Poder Moderador pela Constituição do Império em 1824, a índole fascista da outorga da Constituição de 1937 e as rompantes ditatoriais que se seguiram ao advento da Lei Fundamental de 1967, grosso modo, as Constituições brasileiras voltaram-se, ao menos textualmente, à consagração de direitos e garantias fundamentais, quer seja por meio de premissas liberais conservadoras que marcaram o período imperial e o da primeira república, com a Constituição de 1891, quer seja a partir do constitucionalismo do Estado social, inaugurado com a Carta de 1934 e mantido, em diversos graus, nas seguintes[655] e abarcado, pela atual ordem constitucional, no modelo de Estado Democrático de Direito.[656]

---

[652] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*, pp. 305-319. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 313.

[653] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 26.

[654] Chemerinsky observa que o próprio texto original da Constituição contém poucas referências a direitos individuais, porque os *framers* imaginaram que a declaração de direitos contra o Estado seria desnecessária, à medida que a própria Constituição limitava a atuação estatal, acreditando-se que, com tais limitações, os direitos individuais já estariam protegidos. Por outro lado, havia uma preocupação de que, ao enumerar certos direitos, outros igualmente importantes ficassem de fora e, por isso, tivessem sua proteção enfraquecida (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitucional law: principles and policies*. 2a ed. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 456).

[655] BONAVIDES, Paulo. *Curso…*, p. 362.

[656] Historicamente, o Estado Democrático de Direito surge nas sociedades europeias logo após a Segunda Guerra, como forma de superação dialética entre os diversos modelos liberais e sociais de Estado, após o malogro destes. Ele se propõe à revalorização dos direitos individuais, que jamais podem ser sacrificados em nome de qualquer outro interesse coletivo ou consecução de qualquer fim social. Com isso, o modelo

E é exatamente esse modelo democrático de Direito, fundamento jurídico e político da organização institucional brasileira, que deve ser vetor primordial para as opções fundantes do sistema dogmático penal.[657] Tanto é assim que a tendência de se valer da tutela penal para a proteção de ideologias ou moralismos puros, embora se compatibilize a Estados totalitários, não encontrará base de legitimidade alguma em Estados democráticos, os quais, por deverem observar a absoluta primazia da pessoa como destinatária das normas, e a respectiva autonomia à busca de seu livre desenvolvimento,[658] somente autorizarão a punição de comportamentos que, de forma penalmente relevante, afrontem as condições essenciais de uma vida em comum.[659]

Naturalmente, a Constituição funciona como limite à intervenção penal, de modo que seu objetivo primordial não é a descrição de condutas proibidas,[660] tampouco o reconhecimento de que certos valores devem ser, *prima facie*, necessariamente tutelados pelo Direito Penal.[661] É tarefa do legislador aquilatar a real necessidade de haver normas incriminadoras, à luz de verificação da base empírica da realidade social, vinculada a preceitos constitucionais. Caso contrário, se os valores dignos de tutela já estivessem pressupostos constitucionalmente, seria sobremaneira apequenado o âmbito do Direito Penal, reduzindo-se o seu objeto a questões meramente quantitativas das sanções que deveriam ser atribuídas aos valores constitucionais já catalogados,[662] abrindo-se caminho para uma série de tipos que apresentam uma aparência de legitimidade formal, porém se revelam substancialmente anacrônicos.

Em certas situações, contudo, a Constituição pode funcionar coom fundamento da intervenção penal. E, nesse ponto, reside certa polêmica relativamente aos chamados *mandados de criminalização*, que materializariam deveres impostos ao legislador ordinário,

---

democrático implica no comprometimento prioritário do Estado com os direitos fundamentais, e não com poderes organizados institucionalmente ou mesmo com o próprio Estado (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade...,* p. 307).

[657] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 85, pp. 267-296, 2010, p. 268.

[658] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 68.

[659] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.* Porto: Universidade Católica Portuguesa: 1995, pp. 139-140.

[660] Cf. REALE JÚNIOR, Miguel, *op. cit.*, pp. 27-28.

[661] Nesse sentido, adverte Ana Elisa Bechara: "[n]em todo bem, interesse ou valor estabelecido na Constituição pode ser considerado um bem jurídico com dignidade penal. De outro lado, nem todo bem jurídico necessita de tutela penal, bastando muitas vezes a proteção por outros ramos do Direito. Resta, assim, evidente o vício de se pretender fazer derivar do reconhecimento de valores e interesses na Constituição a obrigação do legislador de promover-lhes a tutela penal." (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 62).

[662] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 111.

para que ele proteja certos valores por meio do Direito Penal. É o que se pode extrair de alguns dispositivos da Constituição, como seu artigo 5º, XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"), XLII ("a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), XLIII ("a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem"), XLIV ("constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático"); bem como em seu artigo 225, § 3º, ao estabelecer que "as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos" , além do artigo 227, § 4º, que estabelece que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

Em todos esses casos, conforme identifica Mariângela Gama de Magalhães GOMES, o legislador constituinte estabelece "obrigações expressas de incriminação", valendo-se dos mesmos critérios de política criminal, merecimento e necessidade de pena, dos quais deve se valer o legislador ordinário. E, segundo a professora da Universidade de São Paulo, ele assim o faz por conta da "experiência histórica do Estado, o que inclui, também, projetos e objetivos aos quais este se propõe no momento em que é criada a nova Carta Política".[663]

Em sentido contrário, Janaína Conceição PASCHOAL adverte inexistirem mandados de criminalização, na medida em que a Constituição deve figurar como limite, e não fundamento, de incriminações, o que se conforma aos reclames de um Direito Penal mínimo.[664] Caso contrário, a constatação de necessidades automáticas de criminalização apenas atenderia à sede de criminalização da atualidade, porque o fundamento constitucional

---

[663] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…,* pp. 112-113. No mesmo sentido, em Portugal, Maria da Conceição Ferreira da Cunha alerta que a Constituição não pode ser vista apenas de forma unilateral, preocupada com a defesa contra o Estado, mas também deve ser observado que ela se volta à proteção de potenciais vítimas e de toda a sociedade (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op.cit.*, p. 307). E, na Itália, semelhantemente, NUVOLONE, Pietro. *Norme penali e principi costituzionale.* Milão: Giuffrè, 1957, p. 7. No Brasil, embora reconheça a ausência de critérios sofisticados para o exame da proibição da insuficiência, SARLET. Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 47, v. 12, pp. 60-122, 2004, pp. 94-95.

[664] PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

seria o bastante para se justificar a edição de novas normas penais, sem qualquer investigação acerca da eficácia da intervenção punitiva.[665]

Com efeito, como regra, somente há se falar em impedimentos constitucionais à criminalização, à medida que a função principal da Constituição em matéria penal é declarar barreiras à intervenção punitiva. Excepcionalmente, como retratam as hipóteses pontuais acima destacadas, é possível que se reconheçam mandados de criminalização ao legislador ordinário. Entretanto, ecoa-se a advertência de GOMES, que sustenta que, para tais casos, muito embora a necessidade de pena já tenha sido antevista pela Constituição, a existência desses deveres de criminalização não obstaculiza a devida aferição pelo legislador ordinário da via mais adequada de tutela penal, que deve se atentar aos requisitos constitucionais da idoneidade da incriminação e da proporcionalidade em sentido estrito.[666]

Deveras, não obstante a exigência de proteção de tais valores pela via do Direito Penal, caberá ao legislador observar as limitações veiculadas pelos diversos princípios penais constitucionais, explícitos e implícitos. Assim, por exemplo, não é porque a Constituição, retoricamente, determinou a punição de *qualquer* discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), que se impedirá que o legislador dose a efetiva gravidade das discriminações proibidas pela norma penal. No mesmo sentido, não é pela circunstância de a Carta Maior ter determinado a punição do tráfico de drogas e sua equiparação aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII) que o legislador não terá margem de liberdade para *definir* o que seja o tráfico de drogas, de modo a proscrever somente aquelas modalidades de condutas mais graves, realmente dignas de receber a tutela penal, como, por exemplo, estabelecer certa quantidade de drogas como elementar do tipo. Em todos os casos, não se pode abrir mão do conceito de danosidade social da conduta que, ao lado da dignidade do bem jurídico, compõe o conceito de *dignidade penal*, da maneira como desenvolvido na Alemanha nos anos 1950 pelo labor de SAX e MÜLLER-DIETZ.[667]

É constitucionalmente adequada essa aproximação minimalista do Direito Penal. Ao lado da definição da estrutura do Estado e da organização dos poderes, sob a perspectiva democrática, o texto constitucional existe para a defesa e, consoante o modelo social, à promoção de direitos fundamentais, dentre os quais se insere inegavelmente a liberdade. Bem por isso, se incumbe ao Estado, como garante da segurança individual, a proteção das

---

[665] *Idem, ibidem,* pp. 72-75.
[666] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…,* p. 114.
[667] *Apud* CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.*, pp. 140-141.

condições para o livre desenvolvimento das pessoas, em princípio, somente se houver necessidade para a proteção dessas condições é que se justifica a utilização do instrumental jurídico-penal.[668]

Nesse diapasão, a Constituição assume a relevante missão de limitar a intervenção penal. Tais limites podem assumir feição exclusivamente negativa, quando ela apenas estabelece as matérias que não podem ser objeto de criminalização, deixando o legislador livre para a eleição dos valores que podem ser criminalmente tutelados, que não necessitam estar contemplados pela Lei Maior. [669] Porém, há quem sustente que a Constituição, além de limitar negativamente o legislador, também o limita em termos positivos, o que significa dizer que a legislação criminal deverá servir como um *espelho* da Constituição, de modo que qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou lugar que ocupe na escala de valores constitucionais;[670] ou, em termos mais moderados, que o bem ou valor, para que seja digno de tutela penal, deve contar com a natureza de direito fundamental, contando com previsão explícita ou implícita no texto constitucional.[671]

Esta última posição é a que mais atende aos reclames democráticos do Direito Penal, já que estabelece um duplo-limite à intervenção: as normas constitucionais, por um lado, dizem o que não pode ser criminalizado e, por outro, *autorizam*, e não impõem, ressalvados os mandados de criminalização, a utilização da intervenção penal para certo grupo de valores que alçou à categoria de direitos e garantias fundamentais. Como sustenta Vittorio MANES, o status constitucional do bem jurídico deve ser condição legitimante do tipo penal.[672]

Além do mais, a fluidez dos princípios constitucionais, aliada ao reconhecimento constitucional expresso de ausência de taxatividade do rol desses direitos, torna praticamente impossível que exista um valor digno de ser protegido pelo Direito Penal que não encontre

---

[668] STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 101-122, 2016, pp. 105-106.
[669] PASCHOAL, Janaína Conceição*, op.cit.*, p. 55.
[670] *Idem, ibidem,* pp. 60-62. Partidário desta tese, na Itália, Bricola ponderava que a sanção penal deveria ser somente adotada para a proteção de um bem de envergadura constitucional, ainda que ele não fosse do mesmo nível que o bem sacrificado (liberdade individual). Em outras palavras, o ilícito penal apenas poderia concretar-se exclusivamente com uma significativa lesão a um valor constitucionalmente relevante (BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. Buenos Aires: IBdeF, 2012, p. 35).
[671] É a posição de PASCHOAL, Janaína Conceição, *op. cit.*, p. 68.
[672] MANES, Vittorio. *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, v. 50, pp. 739-789, 2007, p. 782.

guarida, expressa ou implícita, no catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

A legitimidade democrática do legislador não lhe confere poderes ilimitados para a edição de tipos penais. O respeito à democracia não significa, simplesmente, a prevalência da vontade da maioria, expressada por meio de processo legislativo regular, independentemente do resultado alcançado. Muito além disso, ele imporá a observância substancial a uma série de valores dela decorrentes, que servirão para conformar a essência do tipo às exigências constitucionais democráticas, já que a democracia, apesar de permitir o respeito a uma pluralidade de formas de ser e de viver, não é sinônimo de mero relativismo, à medida que, no fundo, como adverte FELDENS, o discurso sobre a legitimação do Direito Penal confunde-se com o exame acerca de sua conformação material à Constituição.[673]

Com razão, o impacto que o constitucionalização trouxe ao Direito Penal levou FERRAJOLI a identificar uma segunda revolução, a do *legalismo substancial*, ao lado do já proclamado *legalismo formal*,[674] justamente por haver notado a potencialidade de introjeção de valores constitucionais no interior dos tipos penais, que devem resultar impregnados por anseios democráticos, garantidores de sua legitimidade.

Decerto, as leis incriminadoras, por serem as únicas capazes de cercear a liberdade individual,[675] carecem de um exame de conteúdo mais apurado do que a simples compatibilidade formal com o texto constitucional, que demarca os limites da política criminal, ao estabelecer barreiras intransponíveis às estratégias de combate à criminalidade a serem adotadas pelo Estado.[676] Para tanto, deve haver um necessário imbricamento entre a dogmática constitucional e a dogmática penal, de modo que seus institutos, ao mesmo tempo que limitam e conferem razoabilidade à intervenção punitiva, ressoem o espírito constitucional democrático.

---

[673] FELDENS, Luciano. *A constituição penal...*, p. 38.
[674] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias: la ley del más débil.* Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trota, 1999, p. 67.
[675] Ressalvado apenas o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição, que autoriza a prisão do devedor de pensão alimentícia e inexistindo mais a possibilidade de prisão do depositário infiel, também contemplada pelo dispositivo, à luz do Pacto de São José da Costa Rica, conforme reconheceu a Súmula Vinculante 25 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".
[676] LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60.

Por isso, soa um equívoco contrastar a teoria da proteção de bens jurídicos com a ordem constitucional. Pelo contrário, referida teoria deve servir como eixo de argumentação do princípio da proporcionalidade, colocando-se, portanto, a partir da ordem constitucional, e não contrária a ela, a fim de não apenas orientar a atividade legislativa, mas, sobretudo, contribuir para possíveis soluções dos déficits de razoabilidade da legislação penal. Igualmente vinculado à proporcionalidade, apresenta-se o princípio da lesividade como clara exigência de delimitação do Direito Penal, tanto ao legislador, inicialmente, no processo de elaboração das leis, quanto ao julgador, posteriormente, quando da aferição da legitimidade dos tipos penais.[677]

Mas a questão é de que maneira se poderia controlar constitucionalmente o legislador penal.[678] A norma penal encontra-se distante de ser um ente abstrato e neutro; antes, representa a síntese da interação de uma série de interesses que se manifestam no processo de sua elaboração.[679] Por esse motivo, revela-se de suma importância o estabelecimento de critérios dos quais possa se valer o legislador no momento da elaboração da norma penal.[680]

Voltado a essa preocupação, Juarez TAVARES identifica princípios limitadores materiais e princípios limitadores formais. Classifica na primeira ordem a dignidade humana, o bem jurídico, a necessidade de pena, a intervenção mínima, a proporcionalidade e as certas categorias lógico-objetivas. No segundo grupo ele estabelece a legalidade e os seus corolários, questões relativas à formação dos tipos, aos fatores de reprovação e à punibilidade.[681] Reputa por inconstitucionais os tipos que proíbem por proibir, que sancionam infrações meramente regulamentares e aqueles que fazem da norma mero reforço para a desobediência, sem qualquer referencia de proteção ao bem jurídico.[682] Defende, por outro lado, a identificação do bem jurídico como condicionante mínima da legitimidade do

---

[677] PALAZZO, Francesco C., *op. cit.*, pp. 79-80. No mesmo sentido, José Carlos Robaldo diz que a tarefa de adequação valorativa, inicialmente, pertence ao Poder Legislativo, já que o surgimento de uma lei penal pressupõe que seu conteúdo axiológico tenha sido submetido ao crivo das Comissões de Constituição e Justiça, o que não obsta, em verdade, o surgimento de normas inconstitucionais (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 84).
[678] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.*, p. 160.
[679] TAVARES, Juarez. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, número especial de lançamento, pp. 75-87, 1992, p. 75
[680] Muito embora Juarez Tavares chegue à trágica conclusão de que, em verdade, os critérios inexistem (*Idem, ibidem*, p. 75).
[681] *Idem, ibidem,* p. 76.
[682] *Idem, ibidem*, p. 79.

tipo, entendendo-o como um realidade natural, porque representa uma relação social concreta, "com todas as contradições que essa realidade encerra".[683]

É possível, contudo, que diversas dos limites suscitados pelo professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro sejam amalgamados na ideia reitora de proporcionalidade, que pode representar um instrumento muito eficaz para o estabelecimento de critérios limitativos à intervenção penal, podendo significar a abertura por meio da qual se realiza a devida filtragem constitucional dos diversos institutos penais.[684]

Como lembra Santiago MIR PUIG, a incidência da proporcionalidade no âmbito da legislação penal vai além do mero exercício de correspondência entre gravidade do fato e gravidade da pena,[685] oferecendo um fundamento sólido à intervenção penal; mais sólido, aliás, que o mero apelo a ideias preventivas e retributivas da pena,[686] afigurando-se verdadeiro "limite dos limites."[687] No mesmo sentido, ao analisar a legislação italiana, ANGIONI aponta que o princípio da proporcionalidade encerra verdadeiro limite teleológico de qualquer teoria racional sobre a função da pena.[688] E, por sua vez, DÍEZ RIPOLLÉS observa a importância da proporcionalidade na concreção dos direitos fundamentais no âmbito da intervenção penal.[689]

Torna-se oportuno, portanto, o estudo do princípio da proporcionalidade. Em seguida, haverá abordagens mais genéricas, voltadas ao Direito Constitucional, tanto da proporcionalidade quanto da razoabilidade, explanações que se mostrarão necessárias para, passo seguinte, ser analisada a possibilidade de rendimento da proporcionalidade como instrumento tendente à limitação da intervenção penal, o que se dará com a densificação de seus elementos, oportunizada, para a esfera penal, a partir da ideia dos *standards* constitucionais do Direito dos Estados Unidos.

---

[683] *Idem, ibidem*, p. 79.
[684] SARLET. Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 63.
[685] MIR PUIG, Santiago. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal.* In: MIR PUIG, Santiago e JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. *Constitución y princípios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 67-104, 2010, p. 68.
[686] *Idem, ibidem*, p. 71.
[687] *Idem, ibidem,* p. 73.
[688] ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico.* Milão: Giuffrè, 1983, p. 164.
[689] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade…*, p. 212.

3.2. Princípio da proporcionalidade

Em primeiro lugar, existe uma celeuma que grassa em torno da identificação da proporcionalidade como princípio ou como regra. A controvérsia funda-se a partir do conhecido conceito de princípios, elaborado por Robert ALEXY, e sua distinção das regras. De acordo com o professor alemão, princípios são "*mandamentos de otimização*, (...) caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende apenas de suas possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas", ao passo que as regras constituem "normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas [contendo] *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível".[690]

Compreende-se que se, por um lado, princípios são mandamentos cujos cumprimentos não se operam intransigentemente, devendo-se considerar as possibilidades fáticas e jurídicas, por outro, as regras obedecem à lógica do *tudo ou nada*,[691] devendo ser satisfeitas integralmente a partir de juízos de subsunção, e não pelos complexos juízos de ponderação, próprios dos princípios, que atendem a uma lógica de hierarquia axiológica flexível.[692] Isso é possível porque os princípios apresentam alto grau de abstração e baixa densidade semântico-normativa, exatamente o oposto das regras.[693] Por isso, a existência dos princípios é própria à aceitação da pluralidade inspirada da base constitucional democrática, por franquear a possibilidade de as normas jurídicas amoldarem-se às exigências de tempo e local, possibilitando-se uma resposta jurídica contextualizada com o flexível contexto social.[694] As regras, por outro lado, não permitem essa abertura própria dos princípios, todavia, sua rigidez permite maior segurança ao sistema jurídico.

O ideal, apesar de difícil verificação, seria que uma norma contivesse a rigidez de uma regra e, ao mesmo tempo, a intensidade valorativa, isso é, a *alma de justiça,* de um princípio. Em se tratando de normas penais incriminadoras, existe essa aproximação quando é possível se identificar, sem maiores esforços hermenêuticos, a natureza do bem jurídico e

---

[690] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 90-91.
[691] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 32.
[692] GUASTINI, Riccardo, *op.cit.,* p. 88.
[693] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: safE, 2003, p. 18.
[694] Na contemporaneidade, mais do que em outros tempos, aspira-se a uma enorme gama de valores e princípios conformadores da convivência coletiva (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2009, p. 16).

se constatar, a partir dessa identificação, a adequação de sua proteção penal. Isso porque, ao contrário dos princípios, os bens jurídicos não podem ser ponderados, porque já representam o produto de ponderações, indicando, quanto menos, um esquema normativo para a aferição de parte da legitimidade dos tipos penais.

A controvérsia acerca da natureza da proporcionalidade, se regra ou princípio, junge-se à constatação de que ela deveria ser critério constante para a tomada de todas as decisões estatais, impedindo-se que se apresente de forma contingencial, à medida que não faz muito sentido se admitir que, diante de certas peculiaridades, alguns atos poderiam não ser proporcionais. Por tal motivo, alguns consideram a proporcionalidade como espécie de regra, e não princípio.[695] Para outros, entretanto, com razão, não se pode negar a natureza de princípio à proporcionalidade, porque é composta por subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), que certamente são passíveis de ponderação, denotando uma flexibilidade inerente à apreciação de circunstâncias fáticas e jurídicas, o que impede, portanto, que seja classificado como regra.[696] Decerto, se, por um lado, a aferição da proporcionalidade deve ser uma constante, de modo que nunca se possa aceitar a legitimidade de atos desproporcionais, por outro, a abertura inerente ao conteúdo da proporcionalidade permite que ela assuma a natureza de princípio, inexistindo, portanto, qualquer óbice a essa constatação.

Considerada a sua natureza principiológica, pode-se dizer, em termos amplos, que a proporcionalidade consiste em instrumento indispensável para a manutenção da harmonia do próprio texto constitucional, possibilitando-se a concordância de seus termos, face ao princípio da unidade[697] e, consequentemente, para o estabelecimento da coerência dos demais ramos jurídicos, que encontram assento imediato ou remoto nas próprias normas constitucionais.

A ideia tradicional que subjaz à proporcionalidade, de imposição de limites ao Estado em benefício dos indivíduos a ele submetidos, confunde-se com a criação do próprio Estado de Direito. A citada Magna Carta (1215) já dava mostras de uma versão rudimentar da proporcionalidade, ao estabelecer: "O homem livre não deve ser punido por um delito

---

[695] É a posição de SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, pp. 23-50, 2002, p. 25, quando o autor também sustenta que o próprio Alexy classificou explicitamente a proporcionalidade como regra.
[696] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade...,* pp. 306-307.
[697] BONAVIDES, Paulo. *Curso…*, p. 439.

menor, senão na medida desse delito, e por um delito grave ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito".[698]

A essência da proporcionalidade, tal como se mostra no âmbito do Direito alemão, contudo, deixa raízes no movimento de codificação prussiano do ano de 1794, quando o Rei Friedrich WILHELM III fez estabelecer no artigo 10(2) do Código Prussiano que o "Estado deve utilizar os meios necessários para a manutenção da paz, segurança e ordem".[699] Poucos anos seguintes, em 1802, von BERG, pela primeira vez, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em virtude da atividade policial, em referência à possibilidade de indenização à vítima pelos prejuízos, empregou o termo *proporcional* ("verhältnissmäβig"), porém, foi apenas com o apoio de Otto MAYER que WOLZENDORF passou a usar a nomenclatura *Princípio da Proporcionalidade* ("Grundsatz der Verhältnissmäβigkeit"), em alusões à vedação da utilização da força policial para além do necessário e exigível para a consecução de um fim.[700]

Referida noção embrionária do princípio da proporcionalidade mantinha sua aplicação original, ainda que despida de maiores sofisticações, ao campo do Direito Administrativo. O seu desenvolvimento e sua expansão para o campo do Direito Constitucional, como forma de controle da constitucionalidade das leis, ocorreu apenas com o fim do nazismo, com o reconhecimento de seu valor implícito aos direitos fundamentais, pelo próprio Tribunal Constitucional alemão no ano de 1956,[701] que, visando ao cumprimento dos preceitos da Lei Fundamental, admitiu o status constitucional ao princípio da proporcionalidade e sua correlata *Proibição de Excesso* ("Übermaβverbot"), enquanto regra condutora de toda e qualquer atividade estatal.[702]

Se, por um lado, não há divergências quanto à natureza constitucional do princípio da proporcionalidade, em que pese normalmente ele não ser previsto expressamente pelos textos constitucionais,[703] há polêmica acerca de seu fundamento. Para certa corrente, a proporcionalidade deflui do próprio Estado de Direito;[704] para outra, da essência dos direitos

---

[698] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade…*, p. 313.
[699] GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 184.
[700] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade…*, p. 314.
[701] GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, *op. cit.*, pp. 185-186.
[702] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade…*, p. 314-315.
[703] RAMOS, Elival da Silva. *A exigência da proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro*. Revista de Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 115-139, 2010, p. 120.
[704] Parece ser a posição da própria Corte Constitucional alemã, apesar de que ela ora fundamenta o princípio da proporcionalidade como decorrência do Estado de Direito, a partir de seu desenvolvimento histórico desde

e garantias fundamentais;[705] e, por fim, terceira posição sustenta que a proporcionalidade defluiria do aspecto substantivo do devido processo legal, previsto, entre nós, no artigo 5º, LIV, da Constituição.[706]

É compreensível que o princípio da proporcionalidade seja alinhado à noção de Estado de Direito, porque a busca pelo justo e equânime guarda relação com o império da vontade das leis sobre a vontade dos homens. Aliás, todo instituto jurídico, em última análise, guarda relação com o Estado de Direito,[707] inexistindo qualquer particularidade à proporcionalidade. Também é plausível que ela seja compreendida no recôndito dos direitos fundamentais. Todavia, o problema desta constatação é que o princípio da proporcionalidade deve irradiar efeitos para todos os âmbitos das normas jurídicas, de modo que sua vocação generalizante não se compatibiliza com o reduzido espeque dos direitos e garantias fundamentais.[708]

Portanto, revela-se mais adequado o seu reconhecimento como uma garantia fundamental implícita, que não dependeria de todas as demais, mas, antes, defluiria da garantia do devido processo legal substancial, impondo-se ao legislador, no momento da elaboração das leis, e também ao juiz, quando da aplicação, o necessário exercício de conformidade constitucional, afastando-se quaisquer vilipêndios às normas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário. Como se verá,[709] aliás, é nesse sentido que se desenvolve o princípio da razoabilidade, segundo a construção do Direito dos Estados Unidos.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade compreende concepções originalmente diversas. Ao mesmo tempo que significa técnica de controle de constitucionalidade, isso é, a exigência de compatibilidade das leis à Constituição, também pode funcionar como recurso hermenêutico, no sentido de se buscar uma solução justa e equânime, logo, proporcional.[710] Em verdade, embora a primeira função pareça mais ampla que a segunda, as duas justapõem-se. A proporcionalidade deve funcionar como técnica de controle de constitucionalidade tanto pelo legislador, no exame preventivo de constitucionalidade das leis, quanto pelo juiz

---

o poder de polícia do Estado, ora o deflui do âmbito dos direitos fundamentais, cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 323.

[705] Cf. ALEXY, Robert. *Teoria…*, p. 117.

[706] Trata-se da posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, após o advento da Constituição atual (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op.cit.*, p. 329).

[707] RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 121.

[708] *Idem, ibidem*, p. 122.

[709] Cf. item 3.3.1., *infra.*

[710] RAMOS, Elival da Silva, *op. cit.*, p. 124.

que, antes de aplicar as leis, deverá também realizar esse controle, expurgando do ordenamento aquelas normas que, inarredavelmente e por qualquer ângulo que se tome, violem o texto constitucional.[711] Em um segundo momento, quando já consideradas válidas as normas, a obediência à proporcionalidade ainda permanece, quando o juiz deverá considerar, dentre as opções válidas, aquela que se revele mais justa à solução do caso concreto.

Calha pontuar que o princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas: a mais tradicional é aquela tateada até o momento, ligada à proibição de excesso ("Übermaβverbot") que coincide, como se viu, com o surgimento da própria ideia de proporcionalidade, vocacionada a escudo contra práticas arbitrárias, como um instrumento protetor de liberdades.[712] A segunda vertente relaciona-se à proibição de proteção deficiente ("Untermaβverbot"), enfatizando-se a necessidade de serem tomadas medidas adequadas e eficazes para a proteção de direitos fundamentais. Por se tratar de viés da proporcionalidade muito mais recente,[713] ainda inexiste um desenvolvimento adequado desses critérios, observando-se, a partir dos desenvolvimentos teoréticos de Claus-Wilhelm CANARIS e Josef ISENSEE, a existência de uma margem de discricionariedade bem mais ampla ao Estado no que toca ao escrutínio dos deveres de proteção de direitos fundamentais.[714]

Se, por um lado, o Estado possui o dever de proteção dos direitos fundamentais, por outro, não é exato que se sustente que, como se viu,[715] para certos casos, há um dever absoluto de lançar mão da tutela penal, que tenha nascido juntamente com o advento da Constituição, porque, em princípio, caberá ao legislador a tarefa de verificar a necessidade real de criminalização de certas condutas. Excepcionalmente, ainda que se considere a existência de mandados de criminalização, continuará a existir a necessidade de o arquétipo

---

[711] À medida que, segundo o princípio da interpretação conforme à Constituição, ainda que a norma contenha interpretações potencialmente violadoras de preceitos constitucionais, deve-se optar por aquelas outras que se afinem ao texto constitucional, "salvando-se" a norma infraconstitucional (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação*...pp. 188-195).

[712] NEUMANN, Ulfrid. *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena.* Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 201-212, 2012, p. 201.

[713] Ela foi utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão pela primeira vez em 1993, em uma decisão sobre o aborto. Afirmou o Tribunal que "o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma tutela adequada e, enquanto tal, eficaz." (Cf. BverfGE 88, 203 (254). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Fundação Konrad-Adenaur, 2005, pp. 273-294. Extrai-se da decisão que "caso não se pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas." (FELDENS, Luciano. *A constituição*..., p. 108).

[714] SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 99.

[715] Cf. item 3.1, *supra.*

penal descrever uma conduta suficientemente danosa ao ponto de ser digna de receber a proteção penal.

De todo o modo, a ênfase deste trabalho repousa sobre a vertente tradicional do princípio da proporcionalidade – a proibição de excesso – e a materialização de seus subprincípios, a fim de que seja instrumento útil à contenção do ímpeto desproporcionalmente expansivo da intervenção penal.

3.2.1. Subprincípios da proporcionalidade

O objetivo básico da proporcionalidade, expressada na proibição de excesso, é impedir que quaisquer restrições a direitos tomem dimensões desproporcionais, o que implica considerá-la como uma *restrição às restrições*. Conforme constata ÁVILA, observa-se uma crescente importância na proporcionalidade como instrumento de controle dos atos do poder público.[716]

Digna de nota é a constatação de que nada é proporcional ou desproporcional ontologicamente, mas apenas em relação a critérios que devam ser observados.[717] Para que o objetivo de controle seja satisfatoriamente atingido, vislumbrou-se a necessidade de escalonamento desse exame pelos filtros da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, considerados subprincípios da proporcionalidade.[718]

O estabelecimento desses critérios não é coevo ao estabelecimento da noção de proporcionalidade à seara jurídica. Por exemplo, LERCHE, ao se valer da expressão *proibição de excesso* ("Ubermass") como instrumento corretivo de atos desproporcionais, identificou a existência de apenas dois núcleos, apenas, a saber, a *necessidade da restrição*, que condizia com o exame de que o agente se valeu do meio mais idôneo e da menor restrição possível a direitos, e a *proporcionalidade,* consistente no exame da relação custo-benefício

[716] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 205-206.
[717] MATA BARRANCO, Noberto Javier de la. *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, v. 60, pp. 165-204, 2004, p. 175.
[718] Cf. SILVA, Virgilio Afonso da, *op.cit.*, p. 24, apesar de sua referência a *sub-regras* (e não subprincípios) da proporcionalidade.

da medida.[719] Portanto, para LERCHE, a proporcionalidade era elemento que compunha o vetor da proibição de excesso, e não o contrário.

Todavia, a proporcionalidade, como hoje se apresenta, é materializada a partir dos três corolários acima indicados, muito embora não se possa ignorar certa tendência, principalmente em autores que se ocupam do tema perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, de inserir um quarto elemento, pressuposto à análise dos outros três, relativamente ao exame da *legitimidade* dos fins que a medida questionada pretende atingir.[720] No entanto, a questão da legitimidade dos fins pode ser inserida no âmbito mais ampliado da adequação, a fim de se verificar se o fim visado se revela adequado aos valores constitucionais.[721]

O consenso recai, portanto, sobre os três corolários que, de maneira singela, podem ser assim explanados: (1) *adequação*: que condiz com o controle da viabilidade de se atingir o fim pretendido por determinado meio; (2) *necessidade*: relativa à eleição do meio menos gravoso para a restrição; e (3) *proporcionalidade em sentido estrito*: referente à demanda por equilíbrio entre o meio utilizado e o fim colimado.[722]

Dito de maneira menos sintética, na adequação, a partir das possibilidades fáticas existentes, analisa-se se o meio escolhido promove o fim visado.[723] Deve ser reputado por inadequado apenas o meio que em nada contribuir para fomentar o objetivo pretendido.[724]

O exame da necessidade refere-se à eleição, dentre os diversos meios adequados, daquele que restrinja um direito de modo menos intenso.[725] Assim como ocorre com a adequação, a necessidade também se condiciona ao exame das possibilidades fáticas,[726] com

---

[719] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 585-586.
[720] JOWELL, Jeffrey. *Beyond the rule of law*: *towards constitutional judicial review*, Jowell JL, pp. 671-683, 2000, p. 679.
[721] Principalmente em matéria penal, como se verá especialmente no item 5.3, *infra.* Nesse sentido: FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 71.
[722] SARLET, Ingo Wolfgang*, op.cit.*, p. 101.
[723] ALEXY, Robert. *Teoria…*, p. 117.
[724] SILVA, Virgilio Afonso da, *op. cit.*, p. 36. Na mesma direção de autocontenção, afirmando que o controle de adequação é um controle *fraco,* de modo que apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa, posiciona-se ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 214. Igualmente, ao dizer que apenas quando a lei se mostrar inequivocadamente idônea a alcançar o seu objetivo é que deve ser anulada, é o magistério de BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 75.
[725] ALEXY, Robert. *Teoria…*, p. 588.
[726] *Idem, ibidem*, p. 117.

o escopo de sua otimização.[727] Com efeito, somente se pode identificar o meio necessário quando se observa que a realização do objetivo perseguido não pode ser promovida, com a mesma intensidade, por um outro meio que limite, em menor medida, o direito atingido.[728]

Por fim, a aferição da proporcionalidade em sentido estrito, diferentemente dos outros dois corolários, deve levar em contas as possibilidades jurídicas existentes, e não as fáticas, oportunizando-se uma análise de custo-benefício que leve em consideração: (1) o grau de não-satisfação (afetação) de um princípio; (2) a importância de satisfação do princípio colidente e (3) em que medida a satisfação do princípio colidente justifica a afetação do princípio colidente.[729] Em termos mais simples, pode-se afirmar que, identificado o meio necessário, deverá ser analisado, em seguida, se existe uma proporção razoável entre a restrição causada a um direito, de um lado, e o fim almejado por aludida restrição, de outro, perquirindo-se acerca de uma "equânime distribuição de ônus".[730] Se a conclusão for de que há justa proporção entre o meio e o fim, a restrição será legítima.

Com isso, ainda no que toca à proporcionalidade em sentido estrito, estabelece-se uma barreira para as restrições. Por mais importantes que sejam os fins, há certos obstáculos instransponíveis, que não podem ser objeto de restrição. Para alguns, este limite redunda na impossibilidade de anulação da dignidade da pessoa humana, independentemente de qual seja a situação concreta de colisão entre princípios e direitos fundamentais.[731] Ainda que se reconheça o acerto desta posição, já que, absolutamente, não se pode tornar sem efeito a dignidade humana, a sua baixíssima densidade normativa indica a necessidade de um esforço tendente à identificação do que seria esse limite imponderável da dignidade humana, um *núcleo duro*, que não admitira qualquer espécie de restrição.

Um passo para a solidificação da ideia de intangibilidade do núcleo essencial da dignidade humana redunda no reconhecimento de que é possível se identificar um núcleo em cada direito fundamental. Não é por outra razão que algumas Constituições explicitam a adoção desse princípio. Por exemplo, a Constituição alemã prevê em seu artigo 19.2 que "em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência". Na mesma trilha caminha o artigo 18.3 da Constituição portuguesa, ao prever que "leis restritivas de

---

[727] BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 79.
[728] SILVA, Virgilio Afonso da, *op. cit.*, p. 38.
[729] ALEXY, Robert. *Teoria…*, pp. 117 e 594.
[730] BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 81.
[731] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade…*, p. 306.

direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais". E, por fim, à necessidade de proteção do núcleo essencial se refere o artigo 53.1 da Constituição espanhola, ao determinar que "os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar o seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades".[732]

Como lembra Suzana de Toledo BARROS, muito embora a Constituição brasileira de 1988 não tenha dispositivo semelhante, o princípio da proteção do núcleo essencial pode ser facilmente haurido da própria natureza dos direitos fundamentais, porque não faria muito sentido que se admitisse a legitimidade de uma restrição estatal qualquer no âmbito desses direitos para destruí-los por completo,[733] ainda mais quando se estabelece que direitos e garantias fundamentais não podem ser abolidos sequer por emenda constitucional, tratando-se de cláusula pétrea.[734]

Contudo, ainda que o reconhecimento de núcleos essenciais seja um passo à materialização da ideia de intangibilidade do núcleo da pessoa humana, não se pode ignorar que permanece a pulverização desse conceito. Diante da grande dificuldade da tarefa de se determinar em abstrato qual seria o "coração de cada direito", a doutrina constitucional discute, inclusive, se isso seria mesmo possível. Para HESSE, por exemplo, o núcleo essencial somente pode ser determinado a partir de cada situação concreta, diante de um conflito específico, fixando-se os limites para cada hipótese, segundo juízo de ponderação.[735]

O problema, contudo, de se admitir que núcleos essenciais contenham membranas elásticas é a necessidade de se delimitar até que ponto pode ser validamente esticado o elástico, remanescendo o problema da possibilidade de se vislumbrar uma essência realmente intocável. Tais dificuldades levaram alguns constitucionalistas a, resignadamente, aceitar o mero significado retórico do princípio da proteção do núcleo essencial,[736] o que não obsta, contudo, que sejam afastadas as restrições que acabam por neutralizar por

---

[732] BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.*, p. 94.
[733] *Idem, ibidem*, p. 94.
[734] Cf. o art. 60, § 4º, IV, da Constituição.
[735] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 1998, pp. 267-268.
[736] BARROS, Suzana de Toledo, *op. cit.,* p. 97.

completo toda e qualquer proteção compreendida no âmbito de um direito ou garantia fundamental.

3.3. Princípio da razoabilidade

Costuma haver certa confusão entre as noções de proporcionalidade e razoabilidade. Em grande medida, isso se deve ao fato de, em linhas gerais, ambas visarem aos mesmos objetivos, quais sejam, às correções de atos e medidas estatais à luz de critérios de justiça, observando-se se eles se apresentam equilibrados, harmoniosos, razoáveis e proporcionais.[737]

Para BARROSO, inexiste diferença ontológica entre a proporcionalidade e a razoabilidade, embora reconheça que a primeira assenta suas origens no Direito alemão, ao passo que a segunda relaciona-se ao *common law*, especialmente o Direito dos Estados Unidos.[738] Para SILVA, entretanto, soa como equívoco tratá-las como sinônimos, malgrado a semelhança entre os seus objetivos, porque a razoabilidade, em verdade, corresponde apenas à adequação, revelando-se menos ampla do que a proporcionalidade.[739]

Nos Estados Unidos, a razoabilidade, enquanto instrumento de correção dos "defeitos de verdade das leis",[740] passou a ser entendida como componente inseparável do devido processo legal substantivo ("substantive due process"), que foi construído a partir da expressão "lei da terra" ("law of the land"), contemplada já na Magna Carta de 1215.[741]

É difícil saber exatamente o que significava, àquela época, dizer que ninguém seria privado de sua liberdade ou de seus bens sem que fosse aplicada a "lei da terra". Mas, conforme apontou Edward COKE ainda no século XVII, essa exigência referia-se à aplicação do "direito comum" ("common law"); e, para que o direito fosse comum, era

---

[737] BARROSO, Luís Roberto. *Curso…*, p. 281.
[738] *Idem, ibidem*, p. 277.
[739] SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 23.
[740] BONAVIDES, Paulo. *Curso…*, p. 439.
[741] O documento estabelecia que "nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, a não ser por um juízo legal de seus pares e segundo a *lei da terra*" (tradução livre e ênfase acrescida, ORTH, John V. *Due process of law*. Kansas: University Press, 2003, p. 7). Enquanto a necessidade de *julgamento pelos pares* materializava uma garantia processual, materializada na atenção a questões formais e vinculada ao *procedural due process*, a aplicação da *lei da terra* assumia a forma de garantia material, de conteúdo da norma, referida ao *substancial due process.*

imprescindível que houvesse o devido processo ("due process").[742] É muito curioso observar que, a partir da independência dos Estados Unidos, a maioria das Constituições estaduais apegou-se às palavras da Magna Carta, estabelecendo a garantia de julgamentos segundo a *law of the land*, porém, diferentemente, a *Bill of Rights*, na Quinta e na Décima Quarta emendas, substitui essa expressão por *due process of law*, que passou a ser o termo usado pelo Direito dos Estados Unidos a partir de então.[743]

Portanto, o *due process*, historicamente vinculado à noção de *law of the land*, apresenta-se vocacionado à correção do conteúdo dos atos estatais, que deveriam se manter fieis ao sentimento normativo da coletividade. Pontua-se, contudo, que, no início da independência dos Estados Unidos, o *due process* servia como *fundamento* para as ações governamentais, porque os atos estatais eram, supostamente, tomados pelo povo e para o povo, muito embora recaísse sobre tais atos certo controle, ainda que muito timidamente, à luz do direito natural.[744] Sob essa ótica, inclusive, eram criminalizados comportamentos sem que houvesse lei anterior que os definissem como tal, desde que a necessidade de pena se harmonizasse às naturais necessidades sociais, assim declaradas pelos tribunais do júri, aproximando-se das concepções sociológicas defendidas, no continente europeu, por Raffaele GAROFALO, que entendia crime como a violação a sentimentos altruísticos fundamentais, e, semelhantemente, por Émile DURKHEIM, que enfatizava o delito como lesão a sentimentos comuns à consciência coletiva, determinados e precisos.[745]

De maneira oposta, o reconhecimento do *due process* como instrumento apto ao controle dos atos estatais somente adquiriu visibilidade a partir dos anos 1870, diante do incremento de leis que visavam ao controle da economia, como resposta à crescente industrialização e à detenção do poder econômico, quase que exclusivamente, pelas grandes corporações. A partir de citado período, diversas leis passaram a ser invalidadas, sob o argumento de que elas interferiam de maneira indevida sobre a propriedade e a liberdade de contratar, em atenção à grande simpatia de que granjeava à época, como ainda hoje, a teoria

---

[742] Com essa análise, fica fácil se perceber o motivo de tamanha importância histórica dada à garantia de julgamentos, cíveis e criminais, pelos tribunais do júri, conforme expressado pela Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, porque, somente assim, a lei da terra seria aplicada pelos pares.

[743] A*pud* ORTH, John V., *op. cit.*, p. 8. O *due process* é contemplado tanto pela Quinta Emenda à Constituição, quanto pela Emenda 14, sendo certo que o escopo de ambas é idêntico. A única diferença é que a primeira tem aplicação restrita ao nível federal, ao passo que a segunda se aplica em nível estadual, conforme já decidiu a Suprema Corte em West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

[744] Referências ao direito natural como fundamento do direito de propriedade, a fim de justificar as leis que o garantiam, já foram encontradas nas primeiras decisões da Suprema Corte, como, por exemplo, Fletcher v. Peck (10 U.S. 87 (1810) (CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit.*, p. 585).

[745] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 81.

da economia livre de Adam SMITH.[746] Entretanto, a invocação expressa da cláusula do *due process* como fundamento da irrazoabilidade e, logo, da inconstitucionalidade de atos normativos ocorreu apenas no bojo de uma decisão de 1887, quando a Suprema Corte estabeleceu que o juiz deveria se ater ao *conteúdo* das leis para aferir o suposto abuso do Poder Legislativo.[747] Consoante CHEMERINSKY, percebeu-se que, por meio do *due process*, permitia-se investigar se havia uma razão adequada para que o Estado interviesse na vida, na liberdade e na propriedade de uma pessoa.[748] O ativismo judicial em prol de uma economia livre, após sua pujança no período compreendido entre 1890 e 1937, apenas arrefeceu após as medidas de regulação econômica tomadas pelo Presidente Franklin ROOSEVELT, no contexto político do *New Deal*.[749]

A partir desta decisão, forjou-se, em âmbito jurisprudencial, uma estrutura própria de análise da razoabilidade de atos normativos, à luz da garantia do *due process*, que serviu para a invalidação de diversas leis que impunham certas restrições à liberdade de contratar e à propriedade. Como exemplo emblemático, pode ser lembrada uma decisão de 1905, em que foi reconhecida a irrazoabilidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que fixava em 60 horas semanais, ou 10 horas diárias, a jornada de trabalho para padeiros. Decidiu-se se tratar de interferência irrazoável à liberdade de contratar e, logo, violadora da garantia do *due process*.[750]

A utilização do *due process*, iniciada a partir da análise de leis de matizes econômicas, logo se estendeu ao campo dos direitos civis. Em 1917, por exemplo, ela serviu para invalidar uma lei estadual que impedia que negros transferissem suas residências para áreas tradicionalmente ocupadas por brancos[751] e, em 1923, foi o fundamento para se expurgar outra lei estadual que impedia que professores falassem outra língua que não o inglês em salas de aula.[752]

Timidamente, contudo, o *due process* foi utilizado para limitar a atuação do legislador penal, denotando-se, de certa forma, a lógica patrimonialista e o serviço prestado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos aos detentores de capital, em detrimento de muitos

---

[746] CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit.,* p. 587.
[747] Mugler v. Kansas, 123 U.S. 623 (1887).
[748] CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit*., pp. 523-524.
[749] NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 7ª ed. Illinois: Thomson and West, 2004, p. 442.
[750] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
[751] Buchanan v. Warley, 245 U.S. 60 (1917).
[752] Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

que contavam com sua liberdade irrazoavelmente cerceada. Por isso, poucas decisões podem ser lembradas, sendo digno de nota, no entanto, um julgamento do ano de 1992, que reconheceu a irrazoabilidade de uma lei californiana que punia com prisão de 90 dias a 1 ano a condição de adictos a drogas ("addicted to the use of narcotics"). A Suprema Corte decidiu pela ilegitimidade do tipo penal, porque ele não criminalizava uma conduta, mas um estado ou condição, que poderia, inclusive, ter sido contraído de maneira involuntária.[753] Em referida decisão, como lembra DRESSLER, estabeleceu-se que as leis poderiam, legitimamente, punir a fabricação, a venda, a compra ou posse de drogas. Não lhes seria lícito, porém, tratar do problema de adição a drogas por meio do Direito Penal, que deveria ser enfrentado a partir de políticas públicas de cunho educativo.[754]

A estrutura dos elementos da razoabilidade, à luz do *due process*, por ser afeta à jurisprudência, naturalmente não recebeu a mesma sofisticação teórica do princípio da proporcionalidade, tal como desenvolvido analiticamente pela doutrina alemã, o que provoca indagações acerca de quais seriam os indicadores de sua mensuração.[755]

Destarte, a partir das decisões da Suprema Corte, estabeleceu-se que a razoabilidade seria examinada a partir de sua composição pelos seguintes elementos: (1) *meios* ("means"): o meio eleito deve apresentar-se adequado para a satisfação dos objetivos pretendidos; (2) *fins* ("ends"): os objetivos visados devem ser legítimos e importantes; e (3) efeitos ("effects"): as leis serão ilegítimas se violarem substancialmente a liberdade e a propriedade.[756]

A partir do estudo de seus elementos, contrastados com os subprincípios da proporcionalidade, observa-se que os dois primeiros são inerentes à análise da adequação, porque no âmbito desta também tem cabimento a questão da aferição da legitimidade dos fins.[757]

---

[753] Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1992). A decisão foi fundamentada no *due process* e também na Oitava Emenda à Constituição americana, que proíbe a imposição de fianças e multas excessivas e que o Estado se valha de penas cruéis e anormais ("cruel and unusual punishments"). Segundo Dressler, esta última vedação representa uma dupla garantia, porque, ao mesmo tempo em que limita os conteúdos daquilo que pode ser criminalizado, impede que exista desproporção evidente entre a pena e a ofensa cometida (DRESSLER, Joshua, *op. cit.*, p. 34).
[754] *Idem, ibidem*, p. 98.
[755] STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 183-192.
[756] BLOND, Neil C. *Constitutional law*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009, p. 152.
[757] Cf. item 3.2.1, *supra.*

Todavia, discorda-se de SILVA, quando sustenta que a razoabilidade somente corresponderia à adequação, deixando de fora os demais elementos da proporcionalidade.[758] É que o último critério da razoabilidade guarda sintonia com o elemento da proporcionalidade em sentido estrito, porque implica, em certo sentido, o escrutínio acerca do equilíbrio entre os fins visados e as restrições operadas, concluindo-se, de antemão, pela ilegitimidade dessas restrições diante de violações substanciais à liberdade e à propriedade.

A ideia que tangencia a impossibilidade dessas violações substanciais é a mesma que levou a doutrina constitucional europeia a identificar um núcleo essencial intangível em cada direito fundamental. Como se percebe, há imensa dificuldade na delimitação desses núcleos e, nesse ponto, o Direito dos Estados Unidos pode contribuir, pela aparente maior facilidade de modulação dos critérios para se concluir que houve alguma violação substancial à liberdade e propriedade, assunto do qual se ocupam o denominados *standards* materiais.

3.3.1. Os *standards* materiais do Direito Constitucional dos Estados Unidos

O princípio da razoabilidade é indispensável à existência de coesão e harmonia ao sistema jurídico, apresentando-se como ferramenta hábil à resolução dos conflitos entre as normas, sejam eles reais ou aparentes. Contudo, um dos grandes problemas, assim como ocorre com a proporcionalidade, é que a razoabilidade encerra noção absolutamente fluida, com baixíssima densidade normativa.

Diante dessa preocupação, com os olhos voltados à redução da discricionariedade, a jurisprudência da Suprema Corte estabeleceu certos *testes de constitucionalidade*, que consubstanciam *standards* materiais, tão variáveis quanto sejam os direitos restringidos. Em verdade, estabeleceu-se um escalonamento a respeito do rigor que deve repousar sobre a análise das restrições a direitos, no exercício do juízo de razoabilidade das leis, denominado *means-end scrutiny*, por envolver o exame dos objetivos visados por certa prática estatal ("ends"), cotejando-os com as medidas utilizadas para atingi-los ("means"). A análise *means-end* ocorrerá sempre em consideração às *razões* que conduziram o legislador a atuar

[758] SILVA, Virgilio Afonso da, *op. cit.,* p. 33.

da maneira como fez,[759] e, nesse particular, permite o desenvolvimento de questões acerca da legitimidade da norma que fogem ao exame dos elementos da proporcionalidade.

Referidos *standards* materiais compõem um sistema segundo o qual as intervenções estatais são classificadas consoantes alguns critérios e depois submetidas a um dos três diferentes tipos de escrutínio: (1) escrutínio estrito ("strict scrutiny"); (2) escrutínio intermediário ("intermediate scrutiny") e (3) escrutínio de mera racionalidade ("rational basis scrutiny").[760]

O primeiro *standard* aplica-se à análise da razoabilidade de leis que, ainda que não substancialmente, restrinjam alguma espécie de direito fundamental. Por se tratar do nível mais severo, as restrições legais a direitos fundamentais normalmente serão reputadas por inconstitucionais, recaindo sobre tais leis uma presunção forte de inconstitucionalidade,[761] que somente será afastada, se o Estado lograr demonstrar que houve uma *razão constrangedora* ("compelling interest") para a edição da lei e, além disso, os objetivos visados não poderiam ter sido atingidos por caminhos menos discriminatórios.[762] Portanto, somente prevalecerão as leis restritivas de direitos fundamentais se elas forem editadas a partir de algum motivo constrangedor, real ou claramente evidenciado, aliado à demonstração de que, a partir das possibilidades fáticas, não havia outro meio menos restritivo, viável ao atendimento daqueles mesmos objetivos. Trata-se do critério normalmente utilizado para classificações legais que restrinjam algum direito de minorias raciais menos favorecidas,[763] reputadas pela Suprema Corte por *classificações suspeitas*;[764] que infrinjam a liberdade de expressão; o livre exercício da religião, entre outros direitos fundamentais,[765] observando-se, porém, que o rol desses direitos na Constituição dos

---

[759] GALLOWAY, Russel W. *Means-end scrutiny in american constitutional law*. Loyola of Los Angeles Law Review, v. 1, pp. 449-496, 1998, pp. 449-450.
[760] BAHGWAT, Ashutosh. *Purpose scrutiny in constitutional analysis.* California Law Review, v. 85, pp. 299-369, 1997, p. 303.
[761] *Idem, ibidem*, p. 454.
[762] CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit.*, p. 558.
[763] Como já pontuou a Suprema Corte, a partir do escrutínio estrito, as distinções baseadas em elementos raciais somente serão constitucionais somente se se apresentarem "narrowly tailored to further compelling governmental interests" (Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 326 (2003)). Isso obsta que se observe qualquer outra espécie de escrutínio à análise de restrições aos direitos de minorias raciais, cf. BENNET, John. *The diversity ruse: how Grutter upheld affirmative action by failing to apply strict scrutiny*. Cumberland Law Review, v. 45, pp. 225-301, 2015, p. 226.
[764] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1946). Anos seguintes, como fundamentou o *Chief Justice* Warren Burger, o principal objetivo da 14ª Emenda foi a eliminação de distinções baseadas na raça, que provavelmente dizem mais respeito a preconceitos que a legítimos objetivos estatais (Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429, 432 (1984)).
[765] GALLOWAY, Russel W., *op. cit.*, p. 453.

Estados Unidos, muito embora também não seja taxativo,[766] é bem menos abrangente do que a enumeração analítica da Constituição brasileira.[767]

A partir da ideia subjacente ao escrutínio estrito, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Ohio que criminalizava a apologia a "crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como forma de execução de reforma industrial ou política", por reputar violado o direito fundamental à liberdade de expressão;[768] e, valendo-se do mesmo *standard* de escrutínio estrito, reputou por incompatível com a Constituição uma lei texana que punia vandalismo a objetos sobre os quais se devesse respeito, que serviu para punir um indivíduo por ter ateado fogo à bandeira dos Estados Unidos, aparentemente como forma de ofensa a alguns transeuntes.[769]

Como argumenta Vittorio MANES, essa *ambientação constitucional* no contexto do controle de razoabilidade da norma é apta a fornecer não só um fundamento de legitimidade, mas também um limite, a partir do necessário balanceamento com valores fundamentais, condicionando-se referida legitimidade a uma justificação que possa passar pelo filtro positivo do *strict scrutiny*, o que vai além da mera constatação de que a norma não seja *manifestamente* irrazoável.[770]

Por sua vez, o *standard* do escrutínio intermediário é utilizado para situações pontuais, nas quais, muito embora o direito objeto da restrição não seja fundamental, a ele deve ser conferido um peso especial, em deferência à sua particular importância, que demanda um olhar mais criterioso. Trata-se do escrutínio de aplicação mais recente, estabelecido pela Suprema Corte em meados dos anos 1970, a partir da análise de casos de discriminação sexual.[771] Igualmente, tem-se aplicado o escrutínio intermediário para os casos de discriminações baseadas no gênero[772] e discriminações a filhos havidos fora do

---

[766] Costuma-se reconhecer direitos fundamentais implícitos, extraídos das "penumbras" dos explícitos, normalmente vinculados ao direito à liberdade, como já procedeu a Suprema Corte ao reconhecer o direito fundamental à privacidade, em Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
[767] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 41-54.
[768] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). A Suprema Corte, a partir do *strict scrutiny*, estabeleceu o conhecido *Brandenburg Test*, também denominado *iminent lawless action test*, de modo que somente se pode reputar legítima a criminalização de apologias se ela for direcionado a indicar ou produzir diretamente condutas ilícitas ("directed at inciting or producing imminent lawless action") e idônea a incitar ou produzir tais ações ("likely to incite or produce such action"). Como o tipo de Ohio não continha tais elementos, ele foi reputado inconstitucional.
[769] Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
[770] MANES, Vittorio *Attualità...,* p. 788.
[771] GALLOWAY, Russel W., *op. cit.*, p. 455.
[772] Craig v. Boren, 429 U.S. 190 (1976).

casamento.[773] Em todos estes casos, somente se reconhecerá a razoabilidade, logo, a constitucionalidade, de leis que restrinjam esses *direitos especiais* se tais discriminações legais tiverem por base alguma *razão importante* que as justifique ("important interest"), juntamente com a demonstração de que os meios, além de necessários, são substancialmente eficazes ("substantially effective") ao atingimento dos objetivos visados.[774] Facilmente se observa, portanto, um arrefecimento dos critérios próprios ao escrutínio estrito. [775]

Por fim, o escrutínio da mera racionalidade representa o *standard* mais flexível possível de controle de razoabilidade das leis. Sua aplicação é residual, por abranger todas as demais restrições ou discriminações a direitos que não sejam fundamentais, tampouco gozem de proteção especial, a partir dos casos pontuais decididos pela Suprema Corte. Em tais casos, para o atendimento aos reclames da razoabilidade, bastam a existência de uma *razão legítima* ("legitimate interest") e uma conexão racional ("rational connection") entre essa razão e os meios utilizados.[776] Assim, por se tratar do parâmetro mais leniente de controle, referido *standard* contenta-se com qualquer interesse válido e com qualquer meio, chancelando-se a razoabilidade de todas as leis que não se afigurem evidentemente irrazoáveis.[777] Ele foi utilizado, por exemplo, na análise de leis que discriminavam com base no critério etário[778] e no econômico.[779]

É interessante notar como o direito à igualdade relaciona-se intimamente ao princípio da razoabilidade.[780] No entanto, muito embora ele seja expressamente contemplado pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, nem toda análise que o tenha por fundamento será objeto de escrutínio estrito. Ele acompanha as modulações inerentes ao *due process*, de

---

[773] Clark v. Jeter, 486 U.S. 456 (1988).
[774] GALLOWAY, Russel W., *op. cit.*, p. 455.
[775] No que tange às discriminações baseadas no gênero, Chemerinsky observa que a tendência é se reconhecer a irrazoabilidade de leis que se baseiem em papeis esteriotipados do gênero, o que não ocorre quando o objeto da lei for atenuar discriminações do passado, ou o seu fundamento se assentar nas próprias diferenças biológicas entre homem e mulher (CHEMERINSKY, Erwin, *op. cit.*, p. 731). Transpondo-se à realidade brasileira, portanto, a lei contra a violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei Federal 11.343/2006) naturalmente atenderia aos reclames da razoabilidade.
[776] O critério foi expressamente utilizado pela primeira vez pela Suprema Corte em United States v. Carolene Products Co. 304 U.S. 114.
[777] O escrutínio da mera razoabilidade pode ser subdividido em *deferential rational basis* e *nondeferential rational basis*, importando-se esta numa forma de controle um pouco mais exigente, por buscar questionamentos acerca da efetividade dos meios utilizados (GALLOWAY, Russel W., *op. cit.*, p. 452). Suas especificidades, porém, fogem ao escopo do presente trabalho.
[778] Massachussets Board of Retirement v. Murgia, 427 U.S. 307 (1976).
[779] Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977).
[780] NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D., *op. cit.*, p. 460.

modo que o direito à igualdade não demandará, por si só, certa espécie de *standard*. Sua função é instrumental, sempre contingencial à espécie de discriminação operada.[781]

A técnica dos *standards* constitucionais, em síntese, procura fornecer parâmetros mais seguros para o acertamento acerca da razoabilidade de leis e atos normativos. Ela não é infensa a críticas, direcionadas, muitas vezes, à compreensão das incertezas que permeiam os conceitos próprios a cada um dos *standards* – *e.g.*, o que levaria uma razão a ser constrangedora?; que critérios são utilizados para a aferição de meios menos discriminatórios?; qual a diferença entre razões legítimas e importantes?; - entre outras.[782] No entanto, não deixa de ser valiosa a tentativa de indicação de parâmetros mais seguros à colmatação das imensas zonas de incertezas provocadas pela excessiva fluidez que permeia o princípio da razoabilidade.

Deveras, tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade não se assentam sobre elementos objetivos ou mesmo valores que pertençam a um escalonamento hierárquico fixo. Eles não se harmonizam à lógica do *all* ou *nothing*, própria das regras; antes, eles flertam com uma ideia *fuzzy*, aberta e dúctil, quadro que permite que sejam trabalhadas modulações, atenuações, temperamentos e, inclusive, renúncias.[783]

3.4. Questões acerca do rendimento da proporcionalidade como critério limitador da intervenção penal

A necessária digressão a searas que não são próprias do Direito Penal serviu de pano de fundo para o enfrentamento de diversas questões candentes acerca da possibilidade de o

---

[781] As imbricações entre razoabilidade e igualdade foram bem notadas em doutrina nacional pela pena de Santiago Dantas, que se dispôs a estudar a questão de leis especiais arbitrárias à luz do princípio da igualdade, situando o *due process* como "instrumento técnico de sujeição parcial das leis aos princípios superiores do direito" (SANTIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 3, n. 32, 2002. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/892/878. Acesso em 10.04.2018). Na doutrina penal europeia continental, Carbonell Mateu reconhece existir uma estreita vinculação entre proporcionalidade e igualdade, enxergando com mais acuidade esse nexo na proporcionalidade em sentido estrito, porque "resulta contrario a ambos principios la previsión de la misma pena para conductas de muy diferente trascendencia" (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 205).

[782] TREIMAN, David M. *Equal protection and fundamental rights – a judicial shell game*. Tulsa Law Review, v. 15, pp. 183-229, 1979, p. 184.

[783] MANES, Vittorio. *Attualità...,* p. 788.

princípio da proporcionalidade funcionar como critério satisfatório a limitar a intervenção penal.

Um ponto que se coloca inicialmente é a preferência pela proporcionalidade, em detrimento da razoabilidade, em que pesem sua semelhança conceitual e a quase identidade de propósitos. A opção terminológica decorre de dois motivos. O primeiro deles advém da sofisticação dogmática da proporcionalidade, à medida que seus critérios apresentam maior agucidade teórica que os contornos um tanto empíricos dados à razoabilidade da *common law*.[784] O segundo redunda da constatação de que, com relativa frequência, as discussões nacionais são travadas em torno da *proporcionalidade*, e não razoabilidade, da intervenção penal, por conta da influência europeia continental, em especial a alemã, no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, como se verá,[785] a ideia reitora da análise sobre o equilíbrio da intervenção penal valer-se-á da estrutura do princípio da proporcionalidade e de seus elementos, porém o interior destes será preenchido por critérios que se harmonizam à construção jurisprudencial da razoabilidade pelo Direito dos Estados Unidos.

Outra consideração preliminar centra-se na superioridade do princípio da proporcionalidade como critério limitador da intervenção penal. É que a proporcionalidade, ainda que se discuta a sua natureza de princípio ou de regra, possui assento constitucional direto, apesar de implícito, tornando-se parâmetro natural para o exame de constitucionalidade de tipos penais. É claro que a proporcionalidade, por si só, não basta como ferramenta à análise da legitimidade de tipos penais. Todavia, em sua aparente debilidade reside o seu grande trunfo, já que, por sua verdadeira vocação integradora, ela permite que diversos institutos penais que, no fundo, refletem garantias democráticas, possam assumir roupagem constitucional. Com isso, diversos institutos penalísticos como o bem jurídico-penal, a ofensividade, a *ultima ratio*, a subsidiariedade e o grau de desvalor a conduta e do resultado, dentre outros, podem ser congregados no âmbito dos elementos da proporcionalidade e, assim, decodificados em termos constitucionais, afigurando-se úteis ao exercício de controle de constitucionalidade, quer seja preventivamente, pelo legislador, durante o processo de elaboração das leis penais, quer seja em momento posterior, em sua

[784] Cf. item 3.3, *supra*.
[785] Cf. Capítulo 4, *infra*.

aplicação pelo juiz,[786] reconduzindo-se ambas as atividades a parâmetros democráticos de legitimidade.[787]

A proporcionalidade pode representar um instrumento deveras eficaz quanto ao estabelecimento de limites à intervenção penal, diante de sua potencialidade de realizar uma leitura constitucionalmente adequada dos diversos institutos jurídico-penais. Portanto, sua aplicação vai além da mera busca de referencias equânimes entre a gravidade do crime e a gravidade da pena, âmbito do bojo do qual se desenvolveu a proporcionalidade em matéria penal.[788]

Se, inicialmente, o seu desenvolvimento jungia-se a critérios relacionais entre pena e conduta,[789] em linhas de evolução, ele passou a abarcar os questionamentos mais profundos acerca da própria legitimidade material dos tipos penais,[790] devendo o seu exame, necessariamente, fazer-se presente em todos os casos de intervenções estatais que impliquem restrições a direitos ou liberdades.[791] COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN já deitavam luzes acerca do destaque que ela poderia conferir ao caráter fragmentário do Direito Penal, ao se admitir a percepção de que nem todos os bens jurídicos precisam da proteção penal, reservando-se esta somente àqueles bens verdadeiramente dignos dessa proteção, suscetíveis a ela e carentes dela; e, por outro lado, não é pela constatação de que certo bem é digno dessa proteção que todo e qualquer ataque contra ele deva receber a ameaça de sanção penal, mas somente aqueles ataques de maior severidade devem receber tutela penal.[792] Para tais elucidações, o apelo à proporcionalidade em sentido amplo representaria valiosa ferramenta.

Se é verdade que uma das finalidades primordiais do Direito Penal é a manutenção da paz jurídica, tanto por meio da proteção dos bens jurídicos mais importantes, quanto pela

---

[786] Já que a proporcionalidade deve operar-se tanto no momento da criação, quanto da interpretação e da aplicação das leis penais, cf. MATA BARRANCO, Noberto Javier de la, *op. cit.*, p. 176.
[787] LASCÚRIAN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal.* Revista Ibero-americana de Ciencias Penales, Porto Alegre, v. 1, n. 0, pp. 223-250, 2000, p. 224.
[788] Sinteticamente, comparando a proporcionalidade à igualdade, Ferrajoli esclarece que "se desde o ponto de vista externo, dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um se estima menos grave que o outro, é contrário ao princípio da proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada que a prevista para o segundo. Em todos os casos, o princípio da proporcionalidade equivale ao princípio da igualdade em matéria penal". (FERRAJOLI, Luigi, *Direito…*, p. 402).
[789] Segundo Estellita, no campo do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade significa que uma reação (pena), para ser legítima, deve ser proporcional à ação (ofensa) (ESTELLITA, Heloísa. *Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, pp. 11-13, 2003, p. 11.
[790] LASCÚRIAN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *op.cit.,* , p. 224-225.
[791] MATA BARRANCO, Noberto Javier de la, *op. cit.*, p. 169.
[792] COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 86-87.

canalização dos sentimentos sociais de vingança após o cometimento do fato, não é menos verdadeiro que, para a sua consecução, não é permitida ao Estado a adoção de quaisquer medidas; pelo contrário, ele deve se valer somente daqueles meios que se destinem à proteção de circunstâncias que condigam com a liberdade dos cidadãos, para que estes possam desenvolver uma convivência pacífica e segura.[793] Dessa maneira, a proteção penal deve jungir-se à evitação de condutas socialmente danosas, que dificultem de maneira relevante a vida em comum e qualquer outra criminalização deverá ser reputada por desproporcional.[794] Movido por inquietações semelhantes, no século XVIII, BECCARIA já elucidava que "toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica".[795]

Nesse passo, ecoa a advertência de MOURULLO, para quem a liberdade, compreendida genericamente como autonomia individual, apresenta-se como um dos principais eixos axiológicos do sistema democrático, decorrendo que somente serão legítimas as normas penais que promoverem mais liberdade do que a sacrificarem. Caso contrário, evidenciará sua desproporção, quer seja pela desnecessidade completa de pena, quer seja porque uma pena menor poderá alcançar o mesmo nível de proteção, com similar eficácia.[796]

O protagonismo do princípio da proporcionalidade encontra guarida no pensamento de Teresa AGUADO CORREA. A professora da Universidade de Sevilla não deixa de apontar como problemática a inexistência de consenso acerca de sua origem e de seu conteúdo,[797] mas, nem por isso, menoscaba sua relevante função no âmbito penal. Pelo contrário, enxerga a proporcionalidade como critério de correção não apenas no bojo da tipicidade, como expressão de limite à criminalização de condutas, tendo também como necessário o seu exame no contexto das causas excludentes de ilicitude; e, por fim, na relação entre a conduta típica e suas consequências jurídicas, como a pena, os demais efeitos da

---

[793] STERNBERG-LIEBEN, Detlev, *op. cit.*, p. 102.
[794] *Idem, ibidem*, pp. 102-103.
[795] BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Paulo M. Oliveira. 13ª ed. São Paulo: Ediouro, 1999, p. 63.
[796] MOURULLO, Gonzalo Rodriguéz. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional.* Madrid: Civitas, 2002, p. 74.
[797] AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999, p. 137. Quanto à origem da proporcionalidade, a autora destaca que a Corte Constitucional espanhola a extrai a partir de três preceitos constitucionais básicos: a afirmação de que a Espanha é um Estado social e democrático de direito e, por isso, propugna como valores superiores de seu ordenamento a justiça e a liberdade (art. 1.1, da Constituição espanhola); a proibição de arbitrariedades dos poderes públicos (art. 9.3); e da dignidade da pessoa humana (art. 10.1) (*Idem, ibidem*, p. 134).

condenação e a própria medida de segurança, que desafiaria uma atenção ainda maior à proporcionalidade, por conta de sua flexibilidade e inexistência de prazos prefixados.[798]

Por seu turno, BOTTINI ainda recorda que o apelo à proporcionalidade permite a exaltação da concepção retribucionista da pena, porque visa ao estabelecimento das sanções a partir da medida de gravidade dos fatos típicos.[799] Consoante sua explanação, existe uma espécie de antagonismo entre proporcionalidade e a função preventiva da pena,[800] à medida que, com vistas à prevenção geral negativa, serão estabelecidos marcos sancionatórios a partir do potencial intimidatório coletivo; e, se o objetivo for a prevenção especial, as sanções visarão ao atendimento da capacidade de o indivíduo introjetar valores (prevenção especial positiva) ou à sua própria inocuização (prevenção especial negativa). Em nenhuma dessas hipóteses, a ênfase da medida de pena recairá sobre a gravidade do fato, o que se revela absolutamente problemático, porque, além de desequilibrar a dialética da política criminal em favor de aspectos repressivos,[801] deixa lacunas ao influxo dos ideais do Direito Penal do Autor, invariavelmente antidemocrático.

Na contemporaneidade, multiplicam-se as normas penais, desvelando-se de modo evidente o elastecimento da tutela penal para diversos ilícitos administrativos, de maneira artificialmente construída pelo legislador, sem critérios e sem preocupações com a identificação do bem jurídico-penal como limite à criminalização de condutas. Por outro lado, frequentemente são utilizadas diversas formas de antecipação da tutela penal, expandidas as hipóteses de crimes omissivos impróprios e menosprezadas as garantias oriundas do princípio da legalidade, como a taxatividade e a tipicidade, consoante o ritmo ditado pela suposta necessidade de eficiência punitiva.

Acomodar os postulados clássicos do Direito Penal às modernas realidades de tutela penal é um enorme desafio.[802] Com BRICOLA,[803] constata-se que o quadro demanda um inegável repensar crítico acerca dos limites substanciais da intervenção penal, pontuando-se

---

[798] *Idem, ibidem*, pp. 114-118.
[799] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio…,* p. 271.
[800] Como lembra Bottini, referido antagonismo entre proporcionalidade e função preventiva da pena é atenuado diante da prevenção geral positiva, porque essa vertente enxerga na pena um elemento de consolidação de valores e expectativas. E, assim, referida introjeção de valores mostra-se infrutífera se não for observado o caráter didático entre fato e pena (*Idem, ibidem*, p. 272).
[801] AGUADO CORREA, Teresa, *op. cit.*, p. 113.
[802] ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la mesa de Henri Batasuna*. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 70, pp. 219-244, 2000, p. 235.
[803] BRICOLA, Franco, *op. cit.*, pp. 27-29.

a preferência pelo princípio da proporcionalidade como valioso instrumento corretivo da intervenção penal, por causa de seu perfil agregador, funcionando como verdadeira *janela aberta* à leitura constitucional de institutos penais, verdadeiras barreiras ao poder punitivo estatal.

Muito embora exista relativo consenso acerca da importância da proporcionalidade para o fim de limitar a intervenção penal, as grandes questões grassam em torno de sua concretização para esse desiderato. No plano abstrato, ele se encontra bem estruturado, a partir de seus elementos integradores. Concretamente, contudo, faz-se ecoar a constatação de NEUMANN: tratando-se de instrumento altamente complexo e mui abstrato, o princípio da proporcionalidade precisa de ajustes, "tal qual uma espada afiada", viabilizando-se sua observância com mais técnica e maior rigor científico,[804] diante da sensível vagueza e da fluidez que seus elementos apresentam. No mesmo sentido, SCHÜNEMANN lamenta o fato de, até o presente momento, o Tribunal Constitucional Federal alemão não ter desenvolvido uma teoria específica da limitação do legislador penal, contentando-se em se socorrer da teoria geral dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, parâmetros que ele reputa "extraordinariamente frouxos".[805]

Com efeito, um dos grandes desafios da dogmática penal contemporânea centra-se no desenvolvimento de uma teoria da criminalização, de viés minimalista, calcada no princípio da proporcionalidade.[806] Se ele deve ser observado também no momento da criação das leis penais,[807] é plausível a defesa de uma teoria da criminalização que possa fornecer parâmetros ao legislador, em um primeiro momento, quando da edição dos tipos penais e, *ex post*, também seja útil ao trabalho dos juízes, na aferição da constitucionalidade desses tipos, *da norma por si mesma*, isso é, absolutamente desvinculada de eventuais análises das vicissitudes *do fato à norma*, como seria a sua vinculação aos princípios da insignificância, adequação social e da imputação objetiva, teorias estabelecidas sob o plano abstrato, cujas aplicações, porém, não fazem qualquer sentido se desvinculadas de análises fáticas concretas.

---

[804] NEUMANN, Ulfrid, *op. cit.*, p. 203.
[805] SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal…*, op. cit., p. 72.
[806] *Idem, ibidem*, p. 211, apesar de o autor referir a modelos argumentativos destinados a *grupos concretos de casos*, o que sugere sua aptidão para a orientação do trabalho judicial, apenas, com a aproximação de uma teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. Sobre este assunto, analiticamente, TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 59-70.
[807] AGUADO CORREA, Teresa, *op. cit.*, p. 114.

A grande celeuma reside na tradução em termos penais suficientemente claros dos elementos da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal como as duas faces de Jano, o resultado dessa construção deverá representar a proporcionalidade, sob a ótica do Direito Constitucional, e, ao mesmo tempo, sob o prisma do Direito Penal, diversos institutos jurídico-penais, conformadores da liberdade individual. De acordo com essa ótica, a proporcionalidade atua como uma válvula de escape desses institutos, que parecem fazer sentido apenas no âmbito do Direito Penal, permitindo-se sua migração a searas constitucionalistas, a partir do caminho que lhes foi aberto pela proporcionalidade.

A ausência de lapidação da proporcionalidade resulta no ceticismo em torno de sua capacidade de rendimento como princípio limitar da intervenção jurídico-penal, fazendo com que hoje, de modo resignado, ele represente nada mais do que um desejo de que o legislador seja racional ao editar leis penais.[808] Por isso, a proporcionalidade tem permanecido aquém de seu potencial limitador.

Na Itália, por exemplo, muito embora Stefano CORBETTA veja com aparente otimismo o labor de sua Corte Constitucional na declaração de ilegitimidade das leis penais, observa que, para que isso ocorra, o desvio deve ser "radicalmente injustificado".[809] Em Portugal, CUNHA pontua que, em razão das incertezas reinantes em torno do "in dubio pro libertate", segundo o qual, em caso de dúvidas, caberia ao legislador o ônus de provar a danosidade social da conduta e a imprescindibilidade da tutela penal, consolidou-se uma posição de possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade de leis penais apenas diante de casos de "flagrante irrazoabilidade".[810] E, finalmente, MATA BARRANCO obtempera que o Tribunal Constitucional espanhol, que até o final dos anos 1990 aceitava de modo puramente teórico a utilização da proporcionalidade para o exame das leis penais, com rotineiras deferências às decisões do legislador, passou a reconhecer, ainda que parcimoniosamente, a inconstitucionalidade de certos preceitos penais. Esse reconhecimento passou a se realizar por meio de um estreito filtro, ainda que tomasse por base pressupostos aberto como a *indeterminabilidade* de conceitos, a presença de uma *trivialidade*, inútil de coação; um sacrifício *excessivo* a um direito fundamental; de um

---

[808] NEUMANN, Ulfrid, *op. cit.*, p. 203.
[809] CORBETTA, Stefano. *La cornice editalle della pena e il sindicato de legitimittà costituzionale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 40, n. 1, pp. 137-174, 1997, p. 139.
[810] CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *op. cit.*, p. 161.

atentado contra um *valor fundamental de justiça* próprio do Estado de Direito; ou uma atividade pública *arbitrária* e *desrespeitosa* da dignidade humana, observadas as *pautas axiológicas* constitucionais.[811]

A limitação da aplicação da proporcionalidade a casos de flagrante incompatibilidade inibe o seu potencial limitador, mas é o máximo que pode ocorrer, diante da inexistência de critérios mais seguros acerca de sua concretização. Em tom pessimista, MANES constata que sua aplicação em matéria penal é permeada de incertezas, de modo que a proporcionalidade fica condenada a um "limbo conceitual".[812]

Uma das grandes dificuldades para o refinamento de seu conceito está na constatação de que a proporcionalidade é sempre *relacional*, porque é impossível se realizar um juízo genérico de proporcionalidade, sem relação direta a outros valores ou sem que sejam especificados os critérios ou as medidas que instrumentalizam essa comparação. Por isso, não se trata de um conceito afeto à ontologia jurídica, mas, sim, à sua deontologia,[813] já que nada é proporcional ou desproporcional ontologicamente, impondo-se a observância aos critérios da relação sob exame.[814] Se, por um lado, este caráter dúctil projeta incertezas, por outro, essa mesma textura maleável harmoniza-se aos reclames contemporâneos da pós-modernidade, que repudia dogmas e a rigidez de valores e conceitos.[815]

Todo e qualquer juízo de proporcionalidade é influenciado pelas condições de tempo e espaço, além de teleologicamente orientado a considerações político-criminais.[816] A marca da proporcionalidade é a relatividade, de maneira que dela, isoladamente, não decorrem proibições absolutas de criminalização,[817] de onde se extrai a imprescindibilidade de sua vetorização e instrumentalização a partir de princípios e institutos penais democráticos.

Em que pese sua porosidade, calha o desenvolvimento de ideias tendentes à concretização da proporcionalidade, de modo a tornar os seus elementos mais densos, menos abertos e indeterminados, a fim de que possam ser utilizados para a limitação da intervenção jurídico-penal, de maneira um pouco mais satisfatória.

---

[811] MATA BARRANCO, Noberto Javier de la, *op. cit.*, pp. 167-168.
[812] MANES, Vittorio. *Attualità...*, p. 761.
[813] MATA BARRANCO, Noberto Javier de la, *op. cit.*, p. 223.
[814] *Idem, ibidem*, p. 175.
[815] Cf. item 1.2, *supra*.
[816] LA MATA BARRANCO, Noberto Javier de la, *op. cit.*, p. 176.
[817] *Idem, ibidem*, p. 174.

3.5. Algumas propostas de concretização dos elementos da proporcionalidade no âmbito penal

Como reiteradamente se disse, a proporcionalidade penal é composta por adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Mas há a possibilidade de serem decompostos esses elementos em termos dogmáticos penais, aproximando-os, à luz da vertente da proibição de excesso, de institutos penalísticos para a indicação de critérios seguros para a aferição da legitimidade de tipos penais, tanto as normas penais primárias, que descrevem as condutas típicas, quanto às secundárias, que estabelecem os limites sancionatórios?

Para PALAZZO, a evidente discricionariedade legislativa quanto à eleição de tipos e quantificação de penas torna-se praticamente impossível que se estabeleça a dosagem constitucionalmente devida para cada tipo penal incriminador.[818] Michele PAPA também indica que, a par da racionalidade das diversas construções dogmáticas, é difícil negar que a eleição de crimes e penas seja pouco influenciada por juízos constitucionais de legitimidade.[819]

Ainda que, à primeira vista, tangencie-se essa impossibilidade e se constate que, na prática, o cientificismo jurídico parece pouco influenciar o labor legislativo, é possível que sejam construídos critérios que, pelo menos, tornem mais coerente o ordenamento jurídico, sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade; referida coerência, sob a égide do Estado Democrático de Direito, deve ter alguns pontos de partida, tais como a legitimação da pena quanto mais importante seja o bem jurídico tutelado; quanto mais próxima for a lesão a esse bem; e quanto mais reprovável se afigure a conduta.[820] É natural, ademais, que a quantidade de penas determinadas para cada infração deve se diferenciar de acordo com os diversos graus de afronta aos diversos bens jurídico-penais, de modo que a proporcionalidade tenha por base o próprio princípio da igualdade.[821]

---

[818] PALAZZO, Francesco. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 41, pp. 350-384, 1998, pp. 368-369.
[819] PAPA, Michele. *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 27, pp. 726-758, 1984, p. 727.
[820] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio…*, p. 280.
[821] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A lei 11.923/09...*, p. 8.

Em âmbito doutrinário, encontram-se algumas propostas que, sensíveis à possibilidade de a proporcionalidade ter algum rendimento como limite ao trabalho do legislador penal, procuram concretizar os seus elementos.

Na Espanha, COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN foram os primeiros a reconhecer a potencialidade da proporcionalidade como instrumento limitador da intervenção penal.[822] Para eles, a adequação significa *adequação a um fim*, já que a medida criminalmente adotada deve ser apta a alcançar os fins que a justificam e deve ser conforme a eles. [823] Trabalham referidos autores com a ideia de pena vinculada a certo fim, que não precisa, necessariamente, ser retributivo.[824] Por sua vez, a necessidade diz respeito à *menor ingerência possível*, aproximando-se do princípio da intervenção mínima, de modo que a tutela penal deve ser absolutamente necessária, utilizada apenas quando restar excluída a possibilidade razoável de serem obtidos aqueles legítimos fins visados por meios menos gravosos. [825] Por conseguinte, apontam que o caráter subsidiário do Direito Penal é consequência da necessidade, porque a reação penal não se mostra adequada se o bem puder ser protegido por meio menos gravoso.[826]

Os autores se atentaram para o significado da adequação e da necessidade sob a ótica constitucional, vinculando o primeiro conceito a noções de finalidade da pena e o segundo à intervenção mínima e à subsidiariedade da intervenção penal. Porém, como eles mesmos reconhecem, sua análise apresenta problemas.[827] Em primeiro lugar, muito embora se exija, na adequação, o exame da aptidão da medida para o alcance dos fins visados, inexiste controle finalístico, deixando-se o legislador aparentemente livre para a escolha dos fins da pena que lhe aprouver, os quais, como ressaltaram os próprios autores, sequer precisam se assentar em premissas retribucionistas. O estabelecimento de penas tão somente sob critérios de prevenção não se preocupa com a manutenção de equilíbrios internos ao tipo, entre o fato praticado e a pena prevista, o que se revela problemático na aferição da proporcionalidade. Em segundo lugar, a noção de necessidade como imprescindibilidade de tutela penal não fornece maiores subsídios à concretização desse elemento, ainda considerada a inexistência

---

[822] Segundo Teresa Aguado Correa, referidos autores foram os primeiros a trabalhar com a noção de proporcionalidade em sentido amplo na Espanha, obtemperando que "la intervención restrictiva de los Poderes Públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adequada y proporcionada" (*apud* AGUADO CORREA, Teresa, *op. cit.,* p. 138).
[823] COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás S., *op. cit.*, p. 84.
[824] *Idem, ibidem,* p. 86.
[825] *Idem, ibidem,* p. 86.
[826] *Idem, ibidem,* p. 87.
[827] *Idem, ibidem,* p. 84.

de *níveis* de necessidade, dentro da própria esfera penal, como pode ocorrer, por exemplo, com a preferibilidade dos tipos de dano sobre os tipos de perigo, se dado bem jurídico-penal puder ser satisfatoriamente protegido por aquela primeira conformação, consoante princípio da lesividade.

Ainda na Espanha, AGUADO CORREA diz que os subprincípios da proporcionalidade são concretizados da seguinte forma: (1) a idoneidade[828] requer que o Direito Penal seja apto à tutela do bem jurídico e a medida adotada, tanto a pena quanto a medida de segurança, seja adequada a conseguir a finalidade perseguida;[829] (2) a necessidade representa o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da intervenção mínima, com seus corolários da *ultima ratio* e o caráter fragmentário do Direito Penal;[830] e (3) a proporcionalidade em sentido estrito redunda na análise da proporcionalidade das penas e das medidas de segurança com o ilícito praticado.[831]

O mérito de AGUADO CORREA é conjugar, sob a umbrela da proporcionalidade, diversos princípios penais garantistas. Seu pensamento, contudo, suscita algumas inquietações. A primeira é que a autora coloca a análise do modo de proteção penal antes do objeto de proteção penal, ao trabalhar com a proteção dos bens jurídicos apenas na segunda etapa, a da necessidade, o que parece não ser correto, não apenas pelo protagonismo que se deve reconhecer a esse princípio da proteção de bens jurídicos, como pelo fato de indicar ser mais lógica a análise, em um primeiro momento, do objeto a ser protegido para, somente então, ser observada a forma dessa tutela. Além disso, defender-se a tutela dos bens jurídicos no âmbito da necessidade pode transmitir a falsa impressão de que, para certos tipos de bens, a proteção penal se faz sempre necessária, *prima facie*, como se houvesse *deveres automáticos de criminalização,* dispensando-se, equivocadamente, o imprescindível exame da via mais adequada para a proteção, relegando-se a intervenção penal àqueles valores que não podem ser adequadamente tutelados por medidas extrapenais.

A segunda objeção fica por conta do enfoque dado à proporcionalidade em sentido estrito, porque, ao se referir ao ilícito *praticado*, a autora transmite a impressão, reforçada pela referência às medidas de segurança, de ter abandonado a perspectiva abstrata e ter

---

[828] Que é sinônimo de adequação.
[829] AGUADO CORREA, Teresa, *op. cit.*, p. 147.
[830] *Idem, ibidem*, p. 147.
[831] *Idem, ibidem,* p. 148.

passado a analisar a proporcionalidade sob o plano concreto, no momento da aplicação das leis penais.

MATA BARRANCO, outro autor espanhol, curiosamente pontua que a distinção entre os diferentes elementos não deve ocorrer de maneira estanque, apesar de a análise escalonada ser metodologicamente mais correta. Preferencialmente, o estudo da proporcionalidade dos tipos deve levar em consideração as diversas perspectivas, por meio de esquemas valorativos e utilitários, que não podem ser vistos separadamente.[832] Em seguida, trabalha com os elementos da proporcionalidade do modo seguinte: (1) a idoneidade é relacionada à finalidade da intervenção penal. Aduz que, se a finalidade for a prevenção de delitos, a pena deverá ser idônea a essa finalidade, determinando-se previamente quais condutas deseja evitar, isso é, quais bens jurídicos deseja proteger. Reconhece que boa parte da doutrina situa a teoria da proteção de bens jurídicos no âmbito da necessidade, embora entenda ele que referida teoria deva ser situada no campo da idoneidade;[833] (2) a necessidade, por seu turno, vincula-se à ideia de modalidade de intervenção menos gravosa possível, evitando-se restrições desnecessárias à liberdade. À necessidade, portanto, conjugam-se as noções de subsidiariedade e, em certa medida, de fragmentariedade;[834] e, finalmente, (3) a proporcionalidade em sentido estrito implica na exigência de ponderação entre a carga coativa da pena, privação ou restrição de direitos, e o fim perseguido com a incriminação.[835]

A defesa de que os elementos da proporcionalidade não podem ser analisados de maneira escalonada não é correta. Em verdade, para que se tenha uma visão estrutural e funcional da proporcionalidade em sentido amplo, revela-se muito importante que se observe que a análise da adequação precede a da necessidade e a análise desta precede a da proporcionalidade em sentido estrito, porque tais elementos compõem uma ordem de prejudicialidade lógica.[836] Portanto, as análises estanques são possíveis, didáticas e metodologicamente corretas, inexistindo razão para, a depender do caso, inverter-se a ordem de análise dos elementos da proporcionalidade, ou mesmo analisá-los conjuntamente, como se fossem objetos indivisíveis.

---

[832]MATA BARRANCO, Norberto Javier de la, *op. cit.*, p. 172.
[833]*Idem, ibidem*, p. 178.
[834] *Idem, ibidem*, p. 179.
[835] *Idem, ibidem*, p. 182.
[836] Assim se posiciona a maioria da doutrina, cf. SILVA, Virgilio Afonso da, *op. cit.*, p. 34, que sustenta haver nexo de subsidiariedade necessária entre os critérios; e ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, p. 206.

Não obstante, o grande mérito da construção de MATA BARRANCO é situar a proteção de bens jurídicos já na adequação e trabalhar no contexto da necessidade a modalidade de intervenção, muito embora também lhe possam ser endereçadas as críticas feitas ao pensamento de COBO DEL ROSAL e VIVÉS ANTON, que deixaram de modular os diversos graus de intervenção, dentro da própria esfera penal. Por fim, não houve contribuições à densificação da proporcionalidade em sentido estrito, porque MATA BARRANCO limitou-se a defender a necessidade de equilíbrio entre a pena e o fim perseguido pela norma, além de ter deixado de enfatizar aspectos retributivos relacionados à gravidade do fato.

Na Itália, ANGIONI não destrincha os subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo como os autores espanhóis acima citados. Entretanto, desenvolve, à sua maneira, uma interesse tese acerca da concretização do princípio da proporcionalidade. Para ele, a proteção penal deve recair apenas sobre valores constitucionais, ainda que implícitos.[837] Dentre estes, identificam-se bens jurídicos primários e bens jurídicos secundários. Os primeiros referem-se aos bens de caráter individual, assim entendidos como aqueles sem os quais o indivíduo não pode realizar-se, nas mínimas formas existenciais (vida, saúde, liberdade moral, honra, trabalho, domicílio);[838] e os bens de caráter coletivo, considerados aqueles necessários para que o indivíduo possa realizar-se nas mínimas expressões sociais; e os bens institucionais, que configuram o tipo de Estado contemplado pela Constituição. Os bens jurídicos secundários apresentam caráter residual, muito embora tenham de estar, explícita ou implicitamente, plasmados no texto constitucional.[839]

A par dessa distinção, ANGIONI argumenta que somente deve haver a pena de restrição da liberdade se o fim da norma for a proteção de bens primários, porque estes se encontram no mesmo nível hierárquico da liberdade restringida. Por seu turno, a pena pecuniária serve tanto à proteção dos bens primários, quanto dos bens secundários.[840] Ademais, para o professor italiano, quanto mais importante for o bem em questão, menor é a exigência quanto ao grau de lesão e de culpa, a fim de que pudesse haver a tutela penal. Por este motivo, são em princípio legítimos os tipos de perigo abstrato apenas para a proteção

---

[837] ANGIONI, Francesco, *op. cit.*, p. 178.
[838] Para Angioni, nem todo bem individual condiz com a realização das mínimas formas existenciais. Por exemplo, ele cinde o patrimônio em diversas categorias, que podem se relacionar à essencialidade de uma vida digna (e, nesse aspecto, seria um bem primário), ou não, revelando-se tratar de bem supérfluo (*Idem, ibidem,* p. 179).
[839] *Idem, ibidem*, pp. 179-180.
[840] *Idem, ibidem*, p. 178.

de bens jurídicos primários, ao passo que os secundários somente podem ser protegidos por meio de tipos de dano ou de perigo concreto.[841] Portanto, nem sempre a prisão é a resposta viável da intervenção penal.[842]

A proposta de hierarquização de bens jurídicos e a ideia de subsidiariedade extremada que deve recair sobre tipos de perigo abstrato parecem bastante razoáveis. Por outro lado, não soa adequado haver cessões relativas ao nível de concretude de lesão ao bem jurídico e mesmo ao grau de culpa, a depender do bem jurídico tutelado. Em outras palavras, da constatação da grande importância de certo bem jurídico-penal não deve advir a admissibilidade de sua proteção por qualquer forma de conduta, ou mesmo a ausência de questionamentos da legitimidade de tipos culposos. Por mais importante que seja o bem, sempre poderá haver considerações acerca da danosidade social da conduta.

Ademais, a exigência de que o legislador prefira tipos de dano aos tipos de perigo, sempre que possível, deve ser uma constante, independentemente do bem protegido pela norma. Por outro lado, também não se mostra razoável se dispensar a pena de prisão para alguns bens reputados por secundários, porque é possível que estes sejam lesados de tal intensidade que somente a pena privativa de liberdade se mostrará adequada. E, nesse particular, revela a constatação de Tullio PADOVANI: se existe a possibilidade de o Estado se valer da tutela penal, deve também haver a possibilidade do cerceamento da liberdade;[843] vale dizer, se não se vislumbra que a proteção de certo bem, da maneira como se pretende, não é digna de desafiar o cerceamento da liberdade, o Estado não deve se utilizar da tutela penal de modo algum, já que, em realidade, não é apenas a restrição da liberdade que traz o potencial estigmatizante do Direito Penal. Ademais, mesmo sanções criminais diversas da prisão projetam-se para o futuro, de modo a, ao menos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, de um lado, possibilitar sua reconversão em prisão[844] e, de outro, influenciar o

---

[841] *Idem, ibidem*, p. 77 e ss.

[842] Esta ideia guarda alguma semelhança com a teoria do "Direito Penal de duas velocidades", apresentada por Silva Sánchez. Se bem que, segundo esta construção, a pena de prisão, juntamente com a preservação de garantias penais e processuais penais clássicas, deve ser reservada aos casos de condutas que lesem os exponham a perigo real e concreto bens individuais. No entanto, para os tipos de perigo abstrato e delitos de acumulação deve ser admitida a flexibilização daquelas garantias tradicionais, desde que, em contrapartida, sejam impostas somente penas restritivas de direitos ou sanções pecuniárias, nunca a prisão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión…*, pp. 178-182). Muito embora ambos os autores cheguem à conclusão de que a prisão é ilegítima, é perceptível que eles se valem de distintos pontos de partida; enquanto Angioni põe em relevo a *natureza do bem* tutelado como critério à aferição da legitimidade da prisão, Silva Sánchez destaca a *forma de tutela* penal.

[843] PADOVANI, Tullio. *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di reforma: il problema della comminatoria edittale.* Rivista Italina di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1992, pp. 449-450.

[844] Art. 44, § 4º, do Código Penal.

reproche de eventuais penas futuras, por assumirem a feição de maus antecedentes[845] e da própria reincidência.

No Brasil, calha destacar o pensamento de Mariângela Gama de Magalhães GOMES. Curiosamente, GOMES observa que, em se tratando da análise da proporcionalidade das normas penais, diferentemente do que ocorre com as demais espécies de normas, a análise da necessidade precede à da adequação, à medida que, em primeiro lugar, deve haver o exame acerca da necessidade de que determinada conduta seja incriminada para, somente então, como segundo pressuposto, analisar-se a "probabilidade de determinada incriminação vir a cumprir a finalidade preventiva a que se propõe o direito penal".[846]

Com isso, GOMES visa à concretização ao campo penal dos subprincípios da proporcionalidade em sentido amplo da seguinte maneira: (1) a necessidade deve condizer com a exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma seja suficientemente relevante para ensejar uma delimitação da esfera de liberdade. Por isso, no bojo da necessidade, o legislador deve realizar um juízo de ponderação, identificando, em um primeiro momento, quais bens jurídicos podem ser alçados à categoria de bens jurídico-penais; e, em um segundo plano, a medida em que tais bens jurídico-penais podem ser tutelados criminalmente, separando-se somente aquelas modalidades de ataques às quais seja indispensável o recurso ao Direito Penal.[847] Neste âmbito, portanto, devem ser trabalhados os princípios penais da intervenção mínima[848] e da ofensividade; [849] (2) na adequação, idoneidade ou utilidade do "intervento punitivo",[850] deverá ser observada a capacidade de proteção do bem jurídico-penal pela norma, ou seja, a medida "em que a incriminação cumprirá, efetivamente, a tarefa constitucional à qual o direito penal se propõe."[851] Por isso, revelar-se-ão inadequadas certas estruturas normativas, quando tutelarem ineficazmente os bens a que visam proteger.[852] Com isso, a adequação permite uma contextualização mais rica do bem jurídico, porque sua proteção é cotejada com a funcionalidade da intervenção

---

[845] Os maus antecedentes possuem a natureza de circunstância judicial desfavorável, a ser valorada na fixação da pena-base, a teor do art. 59 do Código Penal, além de influenciar na fixação de regime mais gravoso do que aquele previsto para o montante da pena fixada em concreto (art. 33,§ 3º, do Código Penal) e na negativa de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos (art. 44, III, Código Penal) e na vedação ao *sursis* (art. 77, II, Código Penal).
[846] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio…*, p. 80.
[847] *Idem, ibidem*, p. 83.
[848] *Idem, ibidem*, pp. 83-87.
[849] *Idem, ibidem*, pp. 87-90.
[850] *Idem, ibidem*, p. 126.
[851] *Idem, ibidem*, p. 127.
[852] *Idem, ibidem*, p. 128.

punitiva utilizada,[853] mediante análise empírica, ou seja, a partir do modo pelo qual a norma é recepcionada pela sociedade, juízo este que pode ser prognóstico, ou seja, anteriormente à entrada em vigor da norma;[854] e, por fim, a (3) proporcionalidade em sentido estrito, também denominada proporcionalidade material, trata de questões atinentes à medida da resposta sancionatória.[855] A partir de exigências de penas mínimas que, vinculadas ao princípio da ofensividade, representam o último grau a que pode se rebaixar a tutela penal de certo bem,[856] e de exigências de penas máximas, que atendem aos reclames de segurança jurídica e de garantia individual, tratando-se da mais importante garantia decorrente da legalidade penal,[857] citando PAGLIARO, GOMES observa que os tipos penais podem ser analisados sob o prisma horizontal, que implica a garantia de paridade para tipos que contenham semelhantes desvalores, e sob o prisma vertical, o que sugere a atribuição de penas apropriadas para cada delito.[858] Além do mais, quando a proteção penal recair sobre um mesmo bem jurídico, dois fatores devem ser levados em consideração pelo legislador penal: a intensidade e a modalidade de agressão ao bem jurídico.[859] De todo o modo, quando da aferição da proporcionalidade em sentido estrito, os seguintes critérios devem ser necessariamente observados: a pluralidade de interesses envolvidos;[860] as diferenças decorrentes do elemento subjetivo do tipo;[861] a especialidade da norma;[862] e a circunstância de a norma conter várias condutas incriminadas.[863]

A professora da Universidade de São Paulo trabalha, com sensível refinamento metodológico, com conexões entre a teoria da proteção de bens jurídicos e outros princípios penais limitadores da intervenção penal. Ela constata, com razão, que a eleição de bens jurídicos dignos de receberem a proteção da tutela penal não basta, de modo que deve haver uma necessária conjugação entre essa eleição e as modalidades de ataques a esse bem. Realizado esse filtro no âmago da necessidade, no passo seguinte, na adequação, ocorrerá o exame acerca da concretização dessa proteção penal pretendida no âmbito do tipo, evitando-

---

[853] *Idem, ibidem*, p. 129.
[854] *Idem, ibidem*, p. 131.
[855] *Idem, ibidem,* pp. 155-156.
[856] *Idem, ibidem*, pp. 161-162.
[857] *Idem, ibidem*, p. 163.
[858] *Idem, ibidem*, p. 183.
[859] *Idem, ibidem*, pp. 170-171.
[860] Os tipos penais podem visar à proteção de dois ou mais bens jurídicos, como ocorre com os crimes complexos. *Idem, ibidem*, pp. 188-191.
[861] Os tipos dolosos devem ser punidos mais gravemente que os tipos culposos. *Idem, ibidem*, pp. 191-193.
[862] Os crimes agravados devem receber penas maiores que os crimes atenuados. *Idem, ibidem*, pp. 193-197.
[863] Em se tratando de crimes de ações múltiplas, nem sempre as condutas contempladas são portadoras da mesma carga de desvalor, para que possam ser apenadas do mesmo modo. *Idem, ibidem*, pp. 197-200.

se tutelas ineficazes e, portanto, inadequadas. Por fim, a autora estabelece uma série de critérios a serem observados ao atingimento do equilíbrio entre os preceitos penais secundários, a partir da finalidade e estrutura dos preceitos penais primários, visando ao fornecimento de elementos mais seguros para a eleição de medidas mais justas e seguras para as sanções abstratamente previstas.

Sua construção, no entanto, provoca algumas inquietações. A primeira delas fica por conta de não haver razão para a inversão da ordem de exame dos subprincípios pretendida, situando-se o exame da necessidade antes da adequação. Não há motivos para se deturpar a ordem lógica tradicionalmente empregada ao exame do princípio da proporcionalidade em sentido amplo,[864] se for possível, já no terreno da adequação, situar-se a teoria da proteção de bens jurídicos e a intervenção mínima, no sentido de que tais noções guardam referência com tudo aquilo que pode ser adequadamente protegido por meio do Direito Penal.

Por outro lado, na segunda etapa da proporcionalidade, não é exato serem tratadas questões atinentes à *utilidade* da intervenção penal. O escrutínio acerca da capacidade de rendimento da estrutura da norma para a proteção de certo bem pode transmitir a impressão equivocada de que quanto mais proteção, melhor; conclusão que não se harmoniza à vertente da proibição de excesso e parece não se apresentar muito capaz de conter a intervenção punitiva estatal. Pelas considerações de GOMES, dessume-se que, a partir do momento em que se reconhece a característica de bem jurídico-penal e são selecionadas quais modalidades de ataques a esse bem que possam sofrer o reproche penal – filtro realizado na primeira etapa – na segunda fase, o legislador deveria atuar positivamente, voltando-se às formas de criminalização que mais protegeriam o bem penal, o que poderia, em tese, ser justificativa para a opção pela antecipação da tutela penal, por meio de tipos de perigo abstrato, ainda que tipos de perigo concreto, ou mesmo tipos de dano, pudessem servir igualmente a essa proteção, com menor sacrifício da liberdade individual.

Por fim, são muito ricos os critérios utilizados por GOMES na aferição da proporcionalidade em sentido estrito, apesar de ser possível se cogitar de sua condensação em eixos mais amplos.[865] Uma das poucas críticas que pode ser endereçada à teoria reside

---

[864] MELO, Ricardo José Borges Galvão, *op. cit.,* p. 191, que também relaciona a teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos e a ofensividade no âmbito da adequação (*Idem, ibidem*, p. 187).

[865] É o que se pretendeu fazer neste trabalho, em referência às desproporcionalidades em sentido estrito pela natureza dos bens jurídicos (item 2.2.3.1, *supra*), pelos desvalores abstratos das condutas (item 2.2.3.2, *supra*) e desvalores abstratos dos resultados (item 2.2.3.3, *supra*).

na constatação de que, quando a proteção penal recair sobre o mesmo bem, devem ser analisados os critérios da intensidade e da modalidade de agressão a esse bem. Muito embora frequentemente deva mesmo ocorrer a análise tão somente desses dois critérios, não se pode ignorar, no terreno do debate lateral, que algumas vezes razões histórico-sociais, devidamente reconhecidas pela Constituição ou por tratados sobre direitos humanos, ligadas à finalidade preventiva geral negativa, recomendarão penas diferenciadas para idênticas modalidades de condutas, que promovam o mesmo grau de lesão a um único bem jurídico-penal. O exemplo mais palpitante redunda na diferença de penas entre o crime de lesão corporal leve, de 3 meses a 1 ano de detenção, a teor do disposto no art. 129, *caput,* do Código Penal, e as penas contempladas para o crime de lesão corporal leve no contexto de violência doméstica, 3 meses a 3 anos de detenção, a teor do parágrafo 9º, do mesmo dispositivo. Em tese, não há se cogitar de ilegitimidade nesse *discrímen*, por conta da ênfase constitucional, ditada pela aparente subjugação histórica do gênero feminino, à coibição da violência doméstica, nos termos do art. 228, § 8º, da Constituição.

3.6. A concretização dos elementos da proporcionalidade em matéria penal por meio de sua integração à ideia subjacente aos *standards* constitucionais

O princípio da proporcionalidade pode ser instrumento eficaz no estabelecimento de limites à intervenção penal, desde que sua estrutura seja devidamente concretizada, a partir da interação com critérios de garantia do Direito Penal. A proposta deste trabalho, que será apresentada analiticamente no capítulo subsequente, é procurar concretizar os elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito a partir da ideia que ilumina os *standards* constitucionais, técnica utilizada para a aferição da legitimidade das mais diversas restrições estatais a direitos.

Os *standards* constitucionais não são regras utilizados exclusivamente para a aferição de legitimidade das leis penais, tampouco o exame destas leis deverá sempre tomar por base o escrutínio estrito, o que seria natural se houvesse uma adesão ao reconhecimento de que todas as leis penais, em última análise, implicam restrições à *liberdade*, direito cuja natureza fundamental é ululante. Nos Estados Unidos, de maneira incompreensível, o escrutínio de mera racionalidade tem sido frequentemente utilizado para a análise de todos os tipos penais, o que quase sempre desagua no reconhecimento da legitimidade dessas normas, ainda que elas promovam responsabilidade penal sem culpa ("strict liability

crimes*"*), bastando que se chegue razoavelmente à conclusão de que a segurança pública demandava tais medidas draconianas.[866]

Ainda assim, os Estados Unidos diferenciam o *harm principle to others* do *offense principle,* de maneira que, enquanto aquele condiciona a legitimidade dos tipos penais à previsão de *danos a terceiros*, este serve para justificar a criminalização de condutas não danosas, porém sérias o suficiente para a utilização da tutela penal, a partir da natureza dos interesses protegidos pela norma. Nessas hipóteses, por dispensarem a configuração de dano, condicionam a legitimidade a critérios mais rigorosos relacionados à seriedade, razoabilidade e interesse social,[867] visando justamente a coibir o colapso do *harm principle*, para que a compreensão de *danos a terceiros* não seja demasiadamente ampliada, dissimulando-se a criação de tipos intrinsecamente ilegítimos que, no fundo, referem-se apenas a regras de cunho moral, exclusivamente.[868]

É conveniente a adoção de referidas ideias para o Direito Penal brasileiro. Mas não se trata de importação acrítica da teoria dos *standards* constitucionais como critérios de legitimidade de tipos penais, da idêntica maneira como seria feito o exame pela jurisprudência dos Estados Unidos. Também não se pode pretender substituir a teoria da proteção de bens jurídicos pelo *harm principle*; e, tampouco, deseja-se simplesmente que *offense principle* passe a ser utilizado para a justificação de tipos de perigo abstrato.

Diferentemente, propõe-se o aproveitamento das ideias que subsidiam a teoria dos *standards*, que podem ser úteis à releitura do princípio da proporcionalidade como instrumento de contenção da intervenção penal. Elas possibilitarão, por um lado, o reagrupamento, no âmago de seus três campos normativos, dos mais importantes critérios limitadores já utilizados pela dogmática penal e, por outro, novas releituras desses critérios, por meio da maleabilidade inerente aos referidos *standards.*

Constata-se que, em verdade, cada subprincípio se dispõe a encontrar respostas para indagações fundamentais acerca do estabelecimento de limites à intervenção penal: "o que

---

[866] HUSAK, Douglas. *Overcriminalization...*, p. 50.
[867] FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Vol. I. Nova Iorque: Oxford, 1985, p. 71.
[868] HARCOURT, Bernard E. *The collapse of the harm principle*. The Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, vol. 90, pp. 109-194, 1999, p. 109.

punir?" é a pergunta de que deve se ocupar a adequação; "como punir?", deve ficar a cargo da necessidade; e "quanto punir?", da proporcionalidade em sentido estrito.

Já de início, no âmago da adequação, devem repousar inquietações concernentes às características do bem jurídico-penal, a partir de sua natureza individual ou coletiva. Além da natural deferência à proteção dos interesses individuais, o que decorre da própria natureza democrática do Estado de Direito, o protagonismo dos interesses individuais também permite certa operatividade no conceito de bens jurídicos, para que eles gozem da desejada concretude, quando disserem respeito à proteção da vida, integridade física, patrimônio, liberdade etc., ou mesmo, em se tratando de bens coletivos, sejam verificadas as suas conexões com esses próprios interesses individuais.

No entanto, *fabricar-se* um bem, apenas para se cumprir farisaicamente o dogma de que todo o tipo deve proteção a um bem jurídico, sem maiores preocupações com sua vinculação com interesses individuais, é pretender conferir a certas normas penais uma legitimidade inicial que não possuem. Evita-se, com isso, o fenômeno da *parábola involutiva*, segundo a qual, mediante a manipulação do conceito de bem jurídico, qualquer interesse possa ser justificado indevidamente sob esse rótulo, distorcendo-se o caráter subsidiário do Direito Penal, para o atendimento de reclames expansionistas.[869]

Portanto, é o momento de ser colocada *sob suspeita* a legitimidade de certas normas penais não referíveis a bens jurídicos individuais e, à luz da proporcionalidade, serem estabelecidos requisitos adicionais para a aferição de sua legitimidade, relativos à imposição de deveres especiais ao legislador, sob o plano da tipicidade. Com isso, leis penais que tutelam bens coletivos devem ser submetidas ao escrutínio estrito; para a sua legitimidade, o legislador deve superar dois limites negativos. Por um lado, a identificação de que o interesse coletivo é protegido pela Constituição, de modo expresso ou implícito, e que ele promove, indiretamente, a proteção de interesses individuais. Por outro lado, a constatação de que outras formas extrapenais de proteção seriam inidôneas a cumprir o papel de sua proteção.

Na segunda etapa, no âmbito da necessidade, as questões grassarão em torno das *formas* de tutela penal. Não é porque se identificou um bem ou interesse digno de proteção que se admitirá qualquer modo de intervenção penal para protegê-lo. É suficiente que se observe a indiscutível necessidade de proteção penal da vida humana e a grande celeuma em

---

[869] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 85.

torno dos tipos de auto-aborto (art. 124, CP) e do aborto consentido (art. 126, CP), ou mesmo a necessidade de tutela penal do meio ambiente e os diversos *tipos suspeitos* da Lei 9.605/1998.[870]

A necessidade, portanto, guarda pertinência com a estrutura dos tipos, adotando como referencial o princípio da ofensividade que, agregando-se ao objeto de proteção, deverá nortear as decisões político-criminais, estabelecendo os limites críticos fundamentais ao Direito Penal.[871] A necessidade deve condizer com a eleição do meio menos gravoso à liberdade individual para a proteção do bem ou valor a que se visa tutelar.[872]

Por isso, invariavelmente os tipos de dano e de perigo concreto serão preferíveis aos tipos de perigo abstrato, cujas leis deverão ser submetidas ao teste do escrutínio estrito. Vale dizer, ao optar pela adoção desta última estrutura, o legislador deverá superar dois limites: por um lado, estabelecer possibilidades não-fabricadas de dano, que terão conformações próprias, a depender da espécie de crime de perigo abstrato; por outro, devem ser vislumbradas razões da frustração da proteção do interesse por meio de outras formas de tutela penal, conduzindo-se, portanto, à utilização de tipos de perigo abstrato.

No que tange ao terceiro elemento, serão modulados três elementos (*eaden*), a partir de ideias retributivistas da pena: a *natureza do bem jurídico tutelado*, o *desvalor abstrato da conduta* e o *desvalor abstrato do resultado*. Tais elementos são aptos a conferir absoluto protagonismo ao fato típico, sem desconsiderar, todavia, algum tipo de importância marginal ao contexto histórico-social da incriminação, que conformará algumas das questões de prevenção geral negativa, alargando-se um pouco mais as fronteiras da porção de liberdade do legislador na eleição de preceitos penais secundários.

Nesse contexto, a construção dos *standards* constitucionais facilitará a aferição da legitimidade do *quantum* das penas, por meio de duas dimensões, a horizontal, que se verificará diante de plena coincidência entre os três *eaden*, e a vertical, quando essa coincidência não existir. Apenas na primeira hipótese o escrutínio será severo, de modo que somente a identificação de motivos excepcionais poderão autorizar esse *discrímen.*

---

[870] Como o emblemático art. 51, que estabelece: "Comercializar motosserra ou utilizá-la na floresta ou nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente. Pena: detenção, de três meses a um ano, e multa."
[871] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal…*, p. 84.
[872] MELO, Ricardo José Borges Galvão, *op. cit.*, p. 190.

4. Uma teoria da proporcionalidade legislativa penal: critérios densificadores para o conceito material de crimes e proporcionalidade das penas

SUMÁRIO: 4.1. Proporcionalidade e legislação penal: uma utopia?; 4.2. Adequação; 4.2.1. Proteção de bens jurídicos individuais sob escrutínio de mera racionalidade; 4.2.2. Proteção de bens jurídicos coletivos sob escrutínio estrito; 4.2.2.1. Critério democrático-constitucionalista; 4.2.2.2. Subsidiariedade penal simples; 4.3. Necessidade; 4.3.1. Tipos de dano e de perigo concreto sob escrutínio de mera racionalidade; 4.3.2. Tipos de perigo abstrato sob escrutínio estrito; 4.3.2.1. Possibilidades não-fabricadas de dano; 4.3.2.2. Subsidiariedade penal qualificada; 4.4. Proporcionalidade em sentido estrito; 4.4.1. Critério dos três *eaden*; 4.4.1.1. Dimensão vertical sob escrutínio de mera racionalidade; 4.4.1.2. Dimensão horizontal sob escrutínio estrito.

4.1. Proporcionalidade e legislação penal: uma utopia?

Logo no início deste trabalho, pretendeu-se abordar as bases teóricas mais genéricas e contemporâneas que procuram explicitar as desproporcionalidades da legislação penal para, em seguida, serem observadas diversas das repercussões dessa crise, sentidas nas próprias leis penais brasileiras. Enquanto o Capítulo 1 teve por mote o desenvolvimento das bases epistemológica, político-econômica e sociológica, vinculadas ao fenômeno multifacetado da pós-modernidade, o Capítulo 2 voltou-se ao exame das normas incriminadoras vigentes no Brasil, visando a destacar as principais manifestações de suas desproporcionalidades, a partir do estudo de tutelas penais inadequadas, desnecessárias e estritamente desproporcionais. Por último, o Capítulo 3 teve por objetivo apresentar as teorias constitucionais em torno do princípio da proporcionalidade, cotejá-las com a estrutura do princípio da razoabilidade construída pelo Direito dos Estados Unidos e, particularmente, suscitar reflexões em torno do aproveitamento das ideias subjacentes ao modelo estadunidense para a concretização dos elementos da proporcionalidade no âmbito legislativo penal.

Se até o presente momento, o leitor já se convenceu da existência do problema das desproporcionalidades da legislação penal em geral, e da brasileira, em particular, o objetivo parcial destas investigações já foi atingido. Também deve ser evidente a necessidade de que as leis sejam proporcionais, de modo que a busca por proporcionalidade é sempre legítima,

porque equivale à própria busca por justiça.[873] A questão que resta a ser examinada relaciona-se ao estabelecimento mecanismos de correção, a serem observados *ex ante* pelo legislador, no próprio bojo do procedimento legislativo, como vetores de políticas criminais mais justas e coerentes, ao menos no que toca à criminalização primária.[874] Decerto, o apelo puro à política criminal pode representar o grande perigo de esvaziar a carga axiológica das normas penais, funcionalizando-as apenas ao atendimento de questões de prevenção geral. Por isso, ainda que essa abertura revista-se de algum potencial crítico e, de certo modo, seja desejável, ela não pode prescindir da construção de algumas barreiras valorativas instransponíveis, estabelecidas pela dogmática penal.[875]

Entretanto, mesmo que sejam construídos critérios compreensíveis e aceitáveis sob o ponto de vista dogmático, indaga-se, preliminarmente, se é factível se supor que a política se curvará à ciência, prestando-lhe alguma deferência. Se, academicamente, pode ser natural se defender que as ciências criminais devem orientar e avaliar os interesses político-criminais das propostas legislativas,[876] simples observações empíricas têm indicado que essa não é, nem remotamente, uma das preocupações dos parlamentares, movidos por uma série de interesses próprios de sua atividade política.

A própria linguagem científica é muito diferente da política. Àquela não importa a opinião da maioria, buscando explicar a realidade por meio de premissas generalizantes e não contraditórias, que permitam formulam enunciados teóricos, permeados de rigores terminológicos e tendentes ao hermetismo. Esta, ao contrário, é orientada à formação de consensos e, por justamente por esse motivo, deve ser flexível, pragmática e toleravelmente contraditória, além de conseguir dialogar com diversas formas de explicação do mundo, tais como a tradição, a religião e, inclusive, a própria ciência. Não bastasse, as linguagens

---

[873] MESSUTTI, Ana, *op.cit.*, pp. 37-38.

[874] No Brasil, indevidamente, a política criminal restringe-se à definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, que passam a representar a única resposta oficial para a questão criminal. Antes, a política criminal, enquanto mecanismo de controle do crime e da criminalidade, a par das possibilidades de punição, também deveria abarcar políticas públicas de emprego, salário digno, moradia, saúde, entre outras, capazes de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada, que coincidentemente é a mais atingida pelo poder punitivo do Estado. O que deveria ser uma *política criminal positiva* converte-se em mera *política penal negativa* (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 421). Porém, se é assim, que pelo menos essa política penal negativa seja condicionada a critérios mínimos de proporcionalidade.

[875] SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 121, pp. 13-50, 2016, p. 31.

[876] RUIVO, Marcelo Almeida. *Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 137, n. 25, pp. 323-245, 2017.

científica e política submetem-se a noções de tempo muito díspares: enquanto a primeira demanda períodos de reflexão e maturação de ideias, a segunda reflete o tempo urgente dos acontecimentos,[877] o que também explica, relativamente à produção legislativa penal, a razão pela qual quanto mais as normas penais forem pautadas por discursos de emergência, maior será a tendência à desproporcionalidade.

Talvez o descrédito de que uma aproximação pudesse render frutos fez com que as ciência jurídicas, ao longo do tempo, deixassem de se aproximar da política, preferindo dialogar com o judiciário, sobretudo com as Cortes Constitucionais.[878] O advento do próprio positivismo jurídico já contribuiu para o afastamento da academia dos debates parlamentares porque, com ele, a missão exclusiva do jurista passou a ser a interpretação do Direito posto, produto do legislador, sem muitas preocupações com o estabelecimento de premissas que pudessem servir durante o processo de formação das próprias leis. Como lembra Adán Nieto MARTÍN, na seara penal, BINDING já noticiava a existência de uma *espessa neblina* que encobria as decisões do legislador.[879] A sofisticação da dogmática alemã, como se observa, por exemplo, no funcionalismo penal desenvolvido ROXIN e suas diversas repercussões sobre o bem jurídico-penal, a imputação objetiva e os fins da pena encontram-se voltadas primordialmente à interpretação e aplicação das normas penais positivadas, com reduzidas possibilidades de rendimento à atividade legislativa.

Acontece que todas essas construções, malgrado sua essencialidade, não são bastantes para se garantir o mínimo aceitável da proporcionalidade da intervenção penal, justamente por seu reduzido potencial de interferência na criminalização primária. Por outro lado, o princípio da separação dos poderes e o constante déficit de legitimidade democrática são verdadeiros empecilhos à efetivação de um idealizado ativismo judicial *pro libertatis*, baseado em premissas cientificamente neutras.[880]

---

[877] SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais*. Revista de informação legislativa - RIL, Brasília, v. 47, n. 186, p. 7-28, 2010, pp. 15-16.

[878] É o que constata Donini, ao analisar a realidade italiana. Ele diz que, ao cabo da experiência do tecnicismo jurídico e depois do Código Rocco, a academia tem depositado na Corte Constitucional, e não no Parlamento, suas esperanças de que ocorram as reformas penais desejadas (DONINI, Massimo. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 44, n. 1, pp. 27-55, 2001, p. 47).

[879] MARTÍN, Adán Nieto. *Un triángulo necessário: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental*. In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, pp. 407-443, 2016, p. 411.

[880] LANZI, Alessio. *Considerazioni sull´eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminale*. L´indice Penale, Padova, v. 6, n. 3, pp. 895-903, 2003, p. 902.

Se, como pontua HABERMAS, exigências mínimas de racionalidade a serem observadas nos processos legislativos condicionam a legitimidade das normas,[881] torna-se oportuno o estabelecimento de bases de uma Ciência da Legislação Penal que, com a necessária deferência ao princípio democrático, avalie as opções político-criminais do legislador, contribuindo com aportes científicos para esse mister.[882] As leis em geral, e principalmente as leis penais, não podem se resumir a simples *atos de força*, devendo ser colocadas à prova pela ciência jurídica, que deverá funcionar como um quarto poder que, embora impotente, vigie se as atividades dos outros três poderes potentes se sustentam em legítimas razões.[883] No que tange à prática legislativa, esse campo de estudo insere-se no âmbito da Legística, assim entendida como "o ramo da Ciência da Legislação que estuda os métodos e as técnicas que se destinam a assegurar a qualidade formal e substancial dos actos legislativos".[884]

Em geral, teorias da legislação não têm recebido grande atenção.[885] Na seara da legislação penal, no âmbito do Direito Comparado, duas construções importantes podem ser lembradas, uma de *civil law*, outra de *common law*; respectivamente, a teoria da racionalidade legislativa de José Luís DÍEZ RIPOLLÉS, e a teoria de Douglas HUSAK, ao discorrer sobre o fenômeno da *overcriminalization*.

Em síntese, o pensamento de DÍEZ RIPOLLÉS, inspirado na teoria de Manuel ATIENZA, sustenta ser impossível se pretender qualquer racionalidade judicial sem que exista uma prévia racionalidade legislativa, tampouco se pode falar em argumentação jurídica se ela não condizer com a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito.[886] A partir da compreensão de que a existência de um sistema jurídico livre de contradições deve ser a meta de todo processo legislativo, [887] o autor espanhol desenvolve cinco níveis de racionalidade legislativa: ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística.[888]

---

[881] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 363
[882] MARTÍN, Adán Nieto. *Un triángulo*…, pp. 413-414.
[883] GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. Trad. coord. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 26.
[884] BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007, p. 68.
[885] KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* Trad. António Ulisses Cortês. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 24-25.
[886] DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade*…, p. 79.
[887] *Idem, ibidem*, p. 80.
[888] *Idem, ibidem*, p. 91.

No nível inaugural da racionalidade ética devem importar questões de legitimidade da intervenção penal, relacionadas às profundas convicções compartilhadas pela sociedade, a partir do critério democrático,[889] que visa ao atendimento dos anseios das sociedades plurais e democráticas,[890] por meio de princípios estruturais de primeiro nível, que abarcam: (1) *princípios de proteção*, que compreendem pautas limitadoras da intervenção penal, como o princípio da lesividade, princípio da essencialidade ou fragmentariedade, princípio do interesse público e princípio da correspondência com a realidade;[891] (2) *princípios de responsabilidade*, que cuidam dos requisitos para que se possa exigir responsabilidade criminal de certo comportamento: princípio da certeza ou segurança jurídica, princípio da responsabilidade pelo fato, princípio da imputação, princípio da responsabilidade ou culpabilidade e princípio da jurisdição;[892] e (3) *princípios de sanção*, que destacam os fundamentos da sanção penal à conduta criminalmente responsável: princípio da humanidade das penas, princípio teleológico ou dos fins da pena, princípio da proporcionalidade das penas e princípio do monopólio punitivo estatal.[893]

No nível seguinte da racionalidade teleológica, adquirem relevo as indagações acerca dos objetivos perseguidos pela lei penal, ou seja, se os fins visados pela norma são efetivamente por ela atendidos, levando-se em consideração, pelo menos, a importância do objeto protegido, a intensidade da obediência exigida, as repercussões negativas dela derivadas e suas inter-relações.[894]

Já no terceiro nível, relacionado à racionalidade pragmática, o exame recai sobre a aferição se os objetivos traçados abstratamente pela racionalidade teleológica possuem reais condições de atendimento, isto é, se eles são susceptíveis de cumprimento prático, satisfazendo-se a função da norma como diretiva de conduta.[895] Em palavras mais simples, a questão é saber se, na prática, a lei possui factibilidade, revelando-se o seu sentido e alcance social.

---

[889] Não apenas a racionalidade ética, mas, para Díez Ripollés, o critério democrático também tem grande importância na racionalidade teleológica. Essa importância diminui para os outros três níveis, mas readquire sua proeminência quando se tratar de acomodar o conjunto dos cinco níveis (*idem, ibidem*, p. 92).
[890] *Idem, ibidem*, p. 171.
[891] *Idem, ibidem*, pp. 133-140.
[892] *Idem, ibidem*, pp. 141-152.
[893] *Idem, ibidem*, pp. 152-156.
[894] *Idem, ibidem*, p. 93.
[895] *Idem, ibidem*, p. 94.

Na sequência, em se tratando da racionalidade jurídico-formal, deve-se pesquisar se a lei é coerente com o ordenamento jurídico dentro do qual ela se insere,[896] ou seja, se existe harmonia entre a lei e os princípios informadores do sistema jurídico-penal, observando-se a necessidade de coesão e harmonia como características de um sistema, que se pretende racional.

Por fim, no quinto nível encontra-se a racionalidade linguística, que visa a garantir as habilidades comunicativas da norma,[897] pretendendo-se que a decisão legislativa racional seja tomada com simplicidade, clareza e precisão suficientes para que a mensagem normativa possa ser adequadamente transmitida, repudiando-se defeitos sintáticos, obscuridades semânticas e tecnicismos desnecessários.[898]

A teoria de DÍEZ RIPOLLÉS tem por escopo, por meio de premissas bastante sólidas, antecipar-se à necessidade de serem observados parâmetros de racionalidade no processo de elaboração das normas penais incriminadoras, calham-lhe algumas críticas.

Como se viu, no contexto da racionalidade ética, o autor espanhol entende que a legitimidade da intervenção penal deve ser extraída dos grandes consensos sociais, por meio do que denominou *critério democrático*. Para ele, o que importa para a criminalização é a aferição de sua conformidade às convicções sociais amplamente majoritárias, atendendo-se aos reclames das sociedades pluralistas e democráticas.[899] Por isso, devem ser levadas em consideração as "opiniões compartilhadas de maneira generalizada pela população, de forma que só ficariam de fora dessa visão minorias muito reduzidas", obtidas por meios confiáveis, como *métodos demoscópicos*, especialmente as pesquisas de opinião.[900]

A par da dificuldade de identificação de consensos em sociedades cada vez mais heterogêneas, o puro atendimento ao critério democrático, segundo constata o próprio autor,[901] tem recebido críticas relacionadas à probabilidade de aparição de respostas inverídicas diante da irritação social a respeito de certo problema; a vocação autoritária das opiniões majoritárias de *sociedades de vítimas*; e a provocação de indesejado populismo, à

[896] *Idem, ibidem*, p. 95.
[897] *Idem, ibidem*, p. 96.
[898] *Idem, ibidem*, p. 189.
[899] *Idem, ibidem*, p. 171.
[900] *Idem, ibidem*, p. 180.
[901] *Idem, ibidem*, p. 181.

medida que da atividade parlamentar seriam suprimidos os debates, passando a simplesmente homologar o resultado das consultas populares.

Além disso, a racionalidade ética, apesar de situar o princípio da lesividade como um dos princípios estruturais de proteção, ela não confere o necessário destaque à teoria da proteção de bens jurídicos, substituída pela ideia de obtenção de consensos sociais. Para a teoria, em vez de o bem jurídico-penal exercer sua vocação contramajoritária, ele perde sua natureza de critério limitador de eventuais anseios ilegítimos da maioria, para se tornar mero objeto de identificação ou mesmo criação pelo legislador ou intérprete, constatada a vontade da maioria em torno da criminalização.

Por isso, ainda que seja de fundamental importância que se observe a posição da sociedade a respeito das pretensões criminalizadoras, é preferível se cogitar não de um simples critério democrático, mas de um *critério democrático-constitucionalista*, porque, independentemente da envergadura do consenso social, o objeto da criminalização deve estar contemplado, ainda que implicitamente, como um valor constitucionalmente protegido. Além disso, peca a teoria por deixar de traçar limites condizentes com a intervenção penal mínima, porque não coloca barreiras a anseios da maioria que possam ser satisfeitos por outra via, que não a tutela penal.

Os níveis das racionalidades teleológica e pragmática, como visto, focam o exame do atendimento aos fins da norma, quer seja, respectivamente, no plano abstrato, quanto no plano concreto de sua factibilidade. Ainda que devam ser exaltadas preocupações sobre a eficácia das normas, eles falham por não agregarem considerações sobre limites da intervenção penal, já que é possível os objetivos perseguidos sejam igualmente alcançados por meio de estruturas legais menos invasivas à liberdade individual. Ilustrativamente, se pretendidos objetivos preventivo-gerais são atingidos por meio de um tipo de perigo concreto, deve-se tornar, em princípio, ilegítima a utilização de uma estrutura de perigo abstrato para idêntico desiderato, mas esse balanceamento não pode ser compreendido pela teoria de DÍEZ RIPOLLÉS.

Por fim, evidentemente que deve ser buscada a máxima coesão e harmonia para um sistema que se pretende racional e, por isso, é muito bem colocada a necessidade de aferição da racionalidade jurídico-formal. Porém, a teoria não contempla os meios ou critérios pelos quais se pode obter essa almejada coerência, tampouco é clara ao se posicionar se ela se voltaria, de maneira principal, à busca por harmonia entre gravidade de fatos e gravidade de

penas, ou se também abarcaria questões de coerência a respeito dos objetos e estruturas das normas penais.

Por sua vez, no cenário do *common law*, calha destacar a teoria do norte-americano Douglas HUSAK, por ele construída para remediar o fenômeno expansionista da intervenção penal ("overcriminalization"). O autor apresenta sete limites ou critérios de contenção ("constraints") à edição de tipos penais, subdividindo-os em quatro limites internos ("internal constraints"), porque extraídos das próprias regras gerais do Direito Penal, e três limites externos ("external constraints").[902]

O primeiro dos limites externos sustenta que um tipo penal somente será legítimo se ele proibir um "dano ou mal significativo" ("nontrivial harm ou evil"),[903] o que não ocorrerá em três situações: (1) se o dano causado pelo agente for qualitativamente menor do que aquele que a conduta pretende evitar ("lesser evil"); (2) diante do consentimento da vítima, desde que o dano ou mal não seja sério; e (3) quando o dano ou mal tiver sido cometido em extensão muito irrisória para a condenação ("de minimis").[904]

O segundo limite interno relaciona-se ao princípio do injusto ("wrongful"). Não basta que a conduta produza um dano ou mal significativo. Para a legitimidade da condenação, a conduta deve também representar uma carga de injustiça, verificada a partir do caso concreto. Por exemplo, condutas praticadas por agentes que se encontrarem sob o domínio de drogas não apresentam carga de injustiça.[905]

O terceiro limite interno trata da proporcionalidade das penas, sustentando que as penas se justificam na medida de seu merecimento ("desert"). Por um lado, a imposição de pena deve guardar relação com um interesse social e, por outro, devem ser afastadas as penas excessivas, em atenção ao fato e às suas circunstâncias.[906]

O último limite interno é conhecido como o limite do ônus da prova ("burden of proof"). Segundo ele, considerando-se que a intervenção penal acarreta sérias restrições ao direito à liberdade, o ônus de provar a necessidade da tutela penal deve recair sobre aqueles

---

[902] HUSAK, Douglas. *Overcriminalization...*, p. 103.
[903] *Idem, ibidem*, p.66.
[904] Essas três regras são coincidentes com as *justification defenses*, previstas nas seções 2.11(1), 2.11(2)(a), 2.12.(2) e 3.02(1)(a) do Código Penal Modelo para os Estados Unidos.
[905] HUSAK, Douglas. *Overcriminalization...*, p. 72.
[906] *Idem, ibidem*, pp. 82-83.

que defendem a criminalização, e não sobre quem a rechaça.[907] Portanto, a decisão legislativa em prol da criminalização deve implicar a apresentação de justificativas sobre o seu significado em termos de restrição à liberdade individual.

Já externamente ao Direito Penal, HUSAK aponta três limites. O primeiro deles relaciona-se à necessidade de o legislador identificar, em termos bastante claros, qual a natureza do interesse que se quer proteger por meio da criminalização de certa conduta. Esse interesse deve ser legítimo e importante ("substantial").[908]

O segundo limite externo refere-se à necessidade de se analisar, mediante observações empíricas, se a norma penal é realmente apta a satisfazer o interesse que visa a proteger,[909] algo muito semelhante à racionalidade prática, acima explanada.

E, por fim, o terceiro limite externo concerne à impossibilidade de o tipo penal ser mais abrangente do que o necessário, impedindo-se que ele abarque condutas que não são aptas a causar o dano ou mal que a criminalização procura evitar.[910] HUSAK esclarece que tipos de perigo ("offenses of risk prevention"), como os tipos que envolvem drogas e armas, são particularmente vulneráveis a essa análise.[911]

A teoria de HUSAK possui a virtude de tentar estabelecer limites à atividade legislativa penal para um cenário tão expansionista como o norte-americano, cuja hipertrofia legislativa é a maior do mundo.[912] Entretanto, algumas de suas afirmações soam estranhas e mal colocadas, principalmente se cotejadas com o a dogmática penal alemã, de cujas fontes bebe a doutrina brasileira.

---

[907] *Idem, ibidem*, p. 100.
[908] *Idem, ibidem*, p. 144.
[909] *Idem, ibidem*, p. 145.
[910] *Idem, ibidem*, p. 153.
[911] *Idem, ibidem*, p. 154.
[912] ROMERO, Marta Muñoz de Morales. *Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América*. In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons , pp. 201-237, 2016, p. 202. Os diversos sistemas penais dos Estados Unidos chamam a atenção por estarem repletos de tipos insólitos, muito distantes do que se pode esperar de injustos penais materialmente relevantes. Alguns exemplos são bem curiosos: no Estado do Novo México, é crime dizer que um produto contém mel, se ele não contiver o "puro mel produzido por abelhas". O Alabama pune a conduta de se passar por um membro religioso. No Maine se pune a pesca de crustáceos com outros apetrechos, que não "a armadilha convencional para lagostas". Delaware estabelece pena de até 6 meses de prisão para aqueles que venderem perfumes ou loções como se fossem bebidas. Massachusetts tipificou a conduta de espantar os pombos de seus ninhos e, no Estado da Virginia, é crime se cuspir em locais públicos (LUNA, Eric. *The overcriminalization phenomenon*. American University Law Review, v. 54, n. 3, 2005, pp. 703-706).

Deveras, os três primeiros limites internos parecem ser critérios auxiliares de interpretação das normas penais, pouco se relacionando à atividade legislativa. O modo como HUSAK aborda as duas primeiras circunstâncias que afastam a produção de um *dano ou mal significativo* (quando o dano causado pelo agente for menor do que aquele que a conduta pretende evitar e diante do consentimento da vítima) aproxima-se das bases de teorias de imputação objetiva. Já a terceira circunstância (produção de dano irrisório) é muito semelhante ao princípio da insignificância. Da mesma forma, o segundo limite interno, pertinente à aferição da injustiça da conduta, flerta com as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; e, finalmente, o terceiro limite interno, âmbito no qual o autor trata do estabelecimento de penas proporcionais, não traz parâmetro algum que possa nortear a atividade legislativa penal, voltando-se preferencialmente à atividade jurisdicional, por indicar que as penas devem ser estabelecidas de acordo com *o* fato e suas circunstâncias.

Os demais limites, ao contrário, revelam-se pertinentes ao trabalho do legislador: a indicação de que o legislador prove a necessidade da criminalização (quarto limite interno); a imposição de que o legislador indique de forma clara o interesse legítimo e importante que deseja proteger (primeiro limite externo); a atenção a constatações empíricas de efetividade da norma penal (segundo limite externo); e as preocupações em torno da estrutura dos tipos, para que elas não avancem além do estritamente necessário para a proteção do interesse (terceiro limite externo). Todas essas construções revestem-se de grande potencial de rendimento nas discussões nacionais em torno do estabelecimento de limites à intervenção penal.

A doutrina brasileira também tem dado sua contribuição. Raquel Lima SCALCON, por exemplo, sugere três parâmetros para o exame da racionalidade do processo legislativo: (1) racionalidade no *impulso* legislativo; (2) racionalidade no *tempo* do processo legislativo; e (3) racionalidade no *modo* de condução do processo legislativo.[913]

Quanto à racionalidade no impulso legislativo, a autora observa que devem importar a base, o método e o resultado da prognose, entendida esta como o "resultado afirmativo de um raciocínio probabilístico acerca de um acontecimento futuro, estruturado sobre o diagnóstico (base da prognose) e proferido em concordância aos critérios do método

[913] SCALCON, Raquel Lima. *Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.* In: D'ÁVILA, Fábio Roberto *et al. Direito penal e constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, pp. 393-407, 2018, p. 393.

empregado (procedimento da prognose)." [914] Para a aferição *ex ante* de possíveis inconsistências, devem ser analisados os dados fáticos utilizados pelo legislador para a delimitação do problema, o modo como esse levantamento foi feito e os resultados almejados. Essa pesquisa é importante porque se pode concluir que o suposto problema era falso, porque baseados em fatos inexistentes, ou mesmo que não representavam a mesma gravidade indicada pelo legislador.[915] Para que existam condições dessa análise, o processo legislativo deve estar amparado em argumentos que sejam "públicos, explícitos, claros e sujeitos à contestação."[916] Por consequência, quanto maior for a dificuldade de se identificar o bem jurídico, maior é o dever do legislador de apontá-lo.[917]

SCALCON também defende a importância de se examinar a racionalidade do tempo do processo legislativo, porque é possível que o projeto seja aprovado de modo muito açodado, sem a necessária reflexão de suas implicações, ou muito tardiamente, quando os problemas que deflagraram o projeto não mais existem.[918]

E, finalmente, quanto à racionalidade no modo de condução do processo legislativo, a autora gaúcha diz que dois critérios devem ser observados: por um lado, o grau de publicidade e de inclusão nas deliberações e, por outro, o grau de amparo dessas deliberações em estudos técnicos e em avaliações de impacto legislativo *ex ante*,[919] avaliações estas que deveriam ser obrigatórias no âmbito das leis penais.[920]

O grande mérito do pensamento de SCALCON está no protagonismo que ele confere à necessidade de o legislador penal expor, de maneira suficientemente clara, as razões das alterações que se pretende promover, para que elas possam se submeter a controles efetivos de seus erros e acertos. A pretendida abertura parlamentar à contribuição científica também é digna de realce.

Entretanto, ainda que acertadamente a teoria conclua que quanto mais difícil for a identificação do bem jurídico-penal a ser protegido, maior deve ser o dever do legislador de apontá-lo, ela falha por não utilizar o mesmo raciocício a respeito da estrutura dos tipos,

---

[914] SCALCON, Raquel Lima. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 171.
[915] SCALCON, Raquel Lima. *Breves...*, pp. 394-395.
[916] *Idem, ibidem*, p. 399.
[917] *Idem, ibidem*, p. 400.
[918] *Idem, ibidem*, p. 396.
[919] *Idem, ibidem*, p. 399.
[920] *Idem, ibidem*, p. 404.

porque poderia também sustentar que quanto mais longe o tipo esteja da estrutura de um tipo de dano, maior também deverão ser as exigências que devem recair sobre a análise da estrutura típica. Igualmente, nota-se que a teoria também é incompleta por não revelar parâmetros mais seguros para a aferição da proporcionalidade abstrata das penas, o que seria conveniente diante das gradações mais díspares das normas penais secundárias existentes para a proteção, não raras das vezes, de idênticos bens penais, por meio de estruturas típicas muito semelhantes.[921]

Outro estudo nacional que merece destaque foi realizado por Carolina Costa FERREIRA, que sugere como possível estratégia de contenção ao encarceramento em massa e aos discursos punitivistas propagados no Congresso Nacional a realização de estudos de impacto legislativo.[922] Sua proposta foi semelhante ao ensaio doutrinário que já havia sido elaborado por Salo de CARVALHO, que defendeu a exigência de um Estudo Prévio de Impacto Político-Criminal no bojo de projetos legislativos penais, que implicaria a necessidade de que a exposição de motivos apresentasse o número estimado dos novos processos criminais, o número de vagas necessárias nos estabelecimentos prisionais, o volume e a origem dos recursos para a efetiva implementação.[923]

Carolina FERREIRA desenvolve essa ideia, dizendo que, sem que se pretenda substituir o trabalho dos parlamentares e de suas comissões, os Estudos de Impacto Legislativo são necessários para a realização de pesquisas quantitativas e qualitativas sobre o assunto da proposta legislativa penal, possibilitando-se a colheita de informações empíricas mais detalhadas para a tomada de decisão.[924]

Afirmando que o processo legislativo brasileiro não possui espaços claros para a discussão de matérias relevantes à sociedade, como o caso da matéria penal, e criticando a própria configuração regimental das audiências públicas,[925] a autora sugere que o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, passe a ter a atribuição de realizar os estudos para cada proposta legislativa na área

---

[921] Cf. item 2.2.3, *supra.*
[922] FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 129, pp. 137-180, 2017, p. 139.
[923] CARVALHO, Salo de. *Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 193, v. 16, pp. 8-10, 2008, p. 8.
[924] FERREIRA, Carolina Costa, *op. cit.*, p. 163.
[925] *Idem, ibidem*, pp. 150-151.

penal.[926] A proposta indica que o CNPCP poderia liderar comissões a serem compostas for membros da sociedade civil, conduzir as consultas públicas sobre os assuntos em pauta e, ao final, apresentar os estudos realizados à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que o Parlamento possa analisar a viabilidade e os efeitos dessas conclusões. FERREIRA também observa que nada impediria que esses estudos fossem realizados *ex post*, após a entrada em vigor da lei, avaliando-se os seus efeitos na sociedade.[927]

O grande trunfo dessa teoria está na explicitação, por meio de avaliações técnicas, da necessidade de serem constratados os arroubos legislativos à realidade, incluindo a orçamentária, apontando-se proposições legislativas inconsequentes. Ainda que os relatórios apresentados não sejam vinculantes, os parlamentares deverão apresentar boas razões se quiserem refutá-los, incentivando-os a utilizarem outros estudos, o que sem dúvida contribuiria para o incremento da técnica legislativa, além de permitir um escrutínio mais aprofundado a respeito das razões da pretendida criminalização.

A ideia de que os estudos também possam ser realizados durante a vigência da lei, visando a testar sua eficácia real, também é merecedora de elogios porque, por vezes, no bojo de processos legislativos, será difícil de apontar os verdadeiros impactos da nova lei que se pretende editar, ou mesmo a prática, por meio de algum evento fortuito, mostra que os efeitos causados pela *novatio legis* incriminadora ou mesmo pela *novatio legis in pejus* são muito diversos daqueles que se esperaram. A par de preocupações semelhantes, nos Estados Unidos tem se sugerido que algumas leis somente possam ser modificadas se acompanhadas por informes oficiais, que subsidiem a necessidade de alteração ("sunrise laws") ou mesmo que algumas leis sejam experimentais, deixando de produzir efeitos após certo tempo, quando então poderá o Parlamento reavaliar sua necessidade ("sunset laws").[928]

Entretanto, o pensamento de FERREIRA peca por ser utilitarista demais, transmitindo-se a impressão de que podem ser toleráveis leis injustas, desde que elas se conformem aos interesses da maioria dos representantes da sociedade civil, que adquirem voz por meio do CNPCP, e não representem muitos prejuízos, principalmente econômicos, à sociedade. Carece-lhe, portanto, uma construção arrimada em princípios de justiça, concretizados em princípios penais que possam limitar a atividade do legislador.

---

[926] *Idem, ibidem*, p. 165.
[927] *Idem, ibidem*, p. 167.
[928] ADAMS, Bruce; SHERMAN, Betsy. *Sunset implementation: a positive partnership to make government work.* Public Administration Review, v. 38, n. 1, pp. 78-81, 1978, p. 80.

Por fim, calha indicação o estudo de Ricardo GLOECKNER e Marcelo Buttelli RAMOS. Compreendendo que o dissenso à indispensável à democracia, defendem a solidariedade agonística como princípio ético-valorativo de legitimação substancial da racionalidade legislativa.[929] Mas dizem que o processo político e o sistema democrático não podem ser restringidos simplesmente às decisões de um corpo legislativo eleito.[930]

A par disso, valem-se do conceito de *minipopulus*, desenvolvido por Robert DAHL, para proporem, no curso dos processos legislativos penais, a incorporação da dinâmica dos *mini-publics*,[931] órgãos deliberativos que, de maneira complementar ao Parlamento, possam reunir uma pluralidade de perspectivas (éticas, morais e políticas) em torno de um assunto considerado de interesse público.[932]

A proposta potencializa a heterodoxia das mais diversas manifestações, conferindo-lhes possibilidades mais reais de influenciar na tomada das de decisões legislativas, o que se afina às exigências democráticas de nosso Estado de Direito. Entretanto, a abertura do diálogo aos diferentes grupos sociais no bojo dos debates parlamentares, apesar de imprescindível, não é suficiente. Ela deve ser combinada à participação de outras duas espécies de grupos, que intervirão em suas respectivas áreas de atuação: de um lado, grupos de especialistas em ciências criminais e áreas correlatas, que emitirão pareceres, por exemplo, sobre a adequação de utilização da tutela penal para a proteção de certo interesse jurídico, sobre a necessidade da forma de tutela pretendida e sobre a proporcionalidade das penas; e, por outro lado, grupos de cientistas das mais diversas áreas do conhecimento, que avaliarão os problemas apontados pelo legislador a partir da coleta de dados empíricos e pesquisas científicas relacionadas aos temas propostos.

Nesse particular, é oportuno se analisar as peculiaridades do processo legislaivo da Suécia, porque uma de suas principais caracterísitcas é certa *despolitização* da política criminal por meio do estabelecimento de barreiras a iniciativas meramente simbólicas e de populismo penal. As principais contenções são: os Comitês de Investigação ou Comitês

---

[929] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. *O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 147, pp. 779-811, 2018, pp. 794-795.
[930] *Idem, ibidem*, p. 796.
[931] *Idem, ibidem*, p. 797.
[932] *Idem, ibidem*, p. 798.

Ministeriais; o procedimento de consultas obrigatórias; o Centro Nacional de Prevenção do Delito e o Conselho Legislativo.[933]

Os Comitês de Investigação ("Statliga Kommittéväsendet") são órgãos compostos por representantes de partidos políticos, grupos de interesses, funcionários de agências governamentais e pesquisadores. Sua função é realizar análises tanto *ex ante* das possíveis reformas legislativas, quanto *ex post*, das leis já em vigor, por meio de informes bem detalhados, com elevada qualidade científica. Praticamente qualquer reforma legislativa de maior vulto terá de passar por esse órgão, ou perante um Comitê Ministerial, que possui a mesma função, mas com uma estrutura mais modesta.[934]

Após a elaboração dos informes, passe-se à fase seguinte, que é o procedimento de consultas obrigatórias ("remiss"). Os trabalhos dos comitês deverão ser submetidos a um processo de consulta obrigatória a diversos atores da sociedade civil e do âmbito administrativo. O resultado das consultas, apesar de não ser vinculante, de fato exerce grande influência nas votações parlamentares.[935]

Por sua vez, o Centro Nacional Sueco de Prevenção do Delito ("Brottsförebyggande rådet"), órgão afeto ao Ministério da Justiça, é composto majoritariamente por criminólogos e sociólogos, e presta apoio aos parlamentares, visando à melhoria da base científica e metodológica das intervenções em matéria penal.[936]

Por fim, o Conselho Legislativo ("Lagrådet"), formado por juízes do Tribunal Supremo, juízes do Tribunal Supremo Administrativo e por outros juristas de prestígio, também fuciona como outro órgão de apoio, devendo ser consultado acerca de qualquer projeto de lei que afete a liberdade de imprensa, de expressão ou as liberdades individuais. Embora seus pareceres não sejam de caráter vinculante, costumam ser levados em consideração.[937]

Essa estrutura não pode ser integralmente importada pelo Brasil, país com realidades bem diversas da sueca. Por exemplo, não há a necessidade de procedimentos de consultas

---

[933] CALATAYUD, Manuel Maroto. *Evaluación y racionalidad político-criminal en los procedimientos legislativos: el ejemplo de Suecia*. In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, pp. 179-199, 2016, pp. 185-186.
[934] *Idem, ibidem*, p. 187.
[935] *Idem, ibidem*, p. 190.
[936] *Idem, ibidem*, p. 191.
[937] *Idem, ibidem*, p. 194.

obrigatórias se forem aperfeiçoadas as formas que são realizadas as audiências públicas em ambas as Casas do Legislativo,[938] para que, de fato, todas as opiniões dos mais diversos segmentos da sociedade possam influenciar nos trabalhos parlamentares.

Por outro giro, a ideia subjacente ao procedimento legislativo sueco pode contribuir significativamente para a melhoria da legislação penal pátria. Se é verdade que o legislador normalmente atua no plano do simbólico, visando a soluções de supostos problemas concretos, com uma postura descompromissada com a manutenção ou a busca por harmonia do sistema penal, sem muito se importar com discussões teóricas sobre os assuntos pautados,[939] é imprescindível que órgãos técnicos exerçam influências nas estruturas de poder, com o objetivo de aportar padrões axiológicos de legitimidade, permitindo-se que se exerça certo controle formalizado, global e sistemático dos processos de criminalização.[940] Somente a partir da existência dessa espécie de controle, [941] é que se poderá, satisfatoriamente, compreender os motivos que conduziram à proscrição de certas condutas, as razões da adoção de certas estruturas típicas e da quantificação de certos montantes de penas.

E, como sustenta Ana María DEL PINO, a melhor forma de se levar a cabo esse aprofundamento principiológico é justamente por meio de adequados desenvolvimentos conceituais do princípio da proporcionalidade.[942] Deveras, sua ductibilidade harmoniza-se aos próprios reclames da pós-modernidade. Justamente porque ela não obedece à lógica do *tudo ou nada*, por meio da proporcionalidade, combinada com as ideias que fundamentam a teoria dos *standards* constitucionais dos Estados Unidos,[943] ao mesmo tempo em que são preservados clássicos institutos e critérios limitadores da intervenção penal, admite-se sua

---

[938] As audiências públicas são regulamentadas pelos artigos 255 a 258 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais, e pelos artigos 93 e 94 do Regimento Interno do Senado Federal. Ocorre que, além da ampla discricionariedade em relação à convocação dessas audiências, elas não tendem a representar adequadamente a opinião pública, porque são convocados especialistas que se afinam às inclinações políticas dos parlamentares que os indicam, sem que existam, necessariamente, representantes de opiniões contrárias aos projetos. Além disso, o direito de presença às audiências não garante, necessariamente, o direito de ser ouvido e influenciar na aprovação ou rejeição das propostas (FERREIRA, Carolina Costa, *op. cit.*, p. 151).
[939] SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins, *op. cit.*, pp. 19-21.
[940] DEL PINO, Ana María Prieto. *Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad.* In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 273-305.
[941] O art. 88 da Constituição espanhola, por exemplo, apresenta uma proposta bastante interessante e original, ao constitucionalizar a exigência de que o legislador se desincumba de deveres de fundamentação, demandando que os projetos de lei sejam acompanhados de uma exposição de motivos e de seus antecedentes (MARTÍN, Adán Nieto. *Un triángulo...*, p. 421).
[942] *Idem, ibidem*, p. 278.
[943] Cf. Item 3.6, *supra.*

flexibilização, a depender de certos requisitos e desde que sejam obedecidos certos limites formais e materiais. É o que se verá a seguir.

4.2. Adequação

Como visto, o subprincípio da adequação possui referência com tudo aquilo que pode ser objeto da tutela penal.[944] Não haveria novidade alguma caso bastasse a afirmação de que apenas bens jurídico-penais são dignos dessa proteção. Essa resposta, além de evidentemente circular, pouco significa em termos político-criminais, porque se reveste de reduzido potencial de rendimento como instrumento de contenção à expansão desproporcional da intervenção penal.

Por isso, Carl-Friedrich STUCKENBERG acusa a pobreza teórica da teoria do bem jurídico-penal. Diz que seu próprio conceito é impreciso, o que revela falhas em seus fundamentos, porque ele significa apenas uma expressão formal do resultado de algo que o Direito positivo já considerou digno de proteção. Por isso, para o alemão, o conceito mostra-se deficiente para fornecer critérios para se determinar quais objetos são dignos de proteção e o porquê dessas conclusões.[945] Além da obscuridade do conceito, o professor da Universidade de Bonn ainda destaca a natureza antidemocrática do bem jurídico, porque, segundo ele, os legisladores eleitos devem ser livres para escolher entre os fins políticos e os correspondentes meios, observando-se apenas as restrições impostas pelas normas constitucionais.[946] E, por isso, argumenta que, se a teoria da proteção de bens jurídicos tiver alguma outra pretensão além de contribuir modestamente com alguns aspectos do debate político-criminal, ele deve se apresentar como uma teoria constitucional que proponha requisitos específicos para a constitucionalidade das leis penais como, por exemplo, passar a definir parâmetros mais rigorosos que o comum para o exame da proporcionalidade.[947]

STUCKENBERG, apesar de ter razão ao indicar que a teoria deve ocupar o seu lugar nos recônditos da estrutura possibilitada pelo princípio da proporcionalidade, falha ao menosprezar o potencial transcendente do bem jurídico-penal. Na verdade, o autor não

---

[944] Cf. itens 2.2.1 e 3.6, *supra*.
[945] STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico.* Trad. Lucas Minorelli. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (UFRGS), v. 2, n. 1, pp. 3-14, 2016, p. 7.
[946] *Idem, ibidem*, p. 9.
[947] *Idem, ibidem*, p. 8.

percebe que inseri-lo na superestrutura da proporcionalidade não afasta, mas potencializa, o seu caráter transcendente. Portanto, sem embargo de todas as dificuldades que lhe são inererentes, a ideia de bem jurídico-penal conformador da atividade legislativa não pode ser simplesmente suplantada por doutrinas constitucionais de adequação entre meios e fins.

Porém, para que a teoria da proteção de bens jurídicos possa, mais satisfatoriamente, impor limites ao legislador penal, dois pontos são imprescindíveis. Por um lado, o necessário reconhecimento de que sua essência, ainda que se trate de bens coletivos, está inexoravelmente conectada à proteção de interesses da pessoa humana. Por outro, a compreensão do caráter subsidiário da intervenção penal, que somente deve operar quando se mostrarem inadequadas outras formas de proteção estatal. Mas, para que esses dois pontos, a saber, a natureza democrática dos bens jurídico-penais e a subsidiariedade da intervenção penal, desde há muito conhecidos pela doutrina especializada, revistam-se de alguma possibilidade de rendimento, é preciso mais; é necessário que, ao se apartarem da lógica da proteção de bens jurídicos individuais, sejam impostos deveres especiais ao legislador penal, a serem observados no bojo dos procedimentos legislativos tendentes à edição de normas que visem à proteção de bens coletivos, exigindo-se que estes representem, de maneira suficientemente clara, as conexões com a proteção de interesses da pessoa humana, além da constatação de que outras formas de tutelas extrapenais são inadequadas para a proteção de dito interesse.

4.2.1. Proteção de bens jurídicos individuais sob escrutínio de mera racionalidade

No capíulo anterior, apontou-se que, no Direito dos Estados Unidos, o escrutínio de mera racionalidade é a técnica mais flexível possível para a aferição da razoabilidade das leis em geral. Para que se verifique a legitimidade das normas submetidas a esse teste, é suficiente que elas se assentem em uma indicação de *razão legítima* ("legitimate interest") e exista uma conexão racional ("rational connection") entre essa razão e os meios utilizados.[948]

Pois bem. Leis penais que tutelem diretamente interesses individuais devem se submeter ao escrutínio de mera racionalidade, o que significa dizer que são, em princípio, legítimas, bastando que se vislumbre no interesse individual protegido uma conexão com

[948] Cf. item 3.3.1, *supra.*

um direito fundamental da pessoa humana, ainda que este não esteja expressamente previsto no texto constitucional.[949] Nesse sentido, Alessandro BARATTA vislumbrava que os direitos humanos não apenas impõem restrições à intervenção penal, mas também desempenham uma função positiva, relativamente à definição do objeto possível, mas não necessário, de proteção por meio do Direito Penal.[950]

A referência à tutela penal de direitos fundamentais da pessoa humana normalmente remete à noção de proteção de direitos de primeira dimensão,[951] porque estes guardam pertinência com a proteção de aspectos básicos da vida pessoal de cada ser humano. O que, sob o plano constitucional, tradicionalmente representa deveres de abstenção impostos ao Estado, para que não interfira nas liberdades individuais,[952] no plano da intervenção penal fundamenta a existência de normas penais primárias, da qual irradiam proibições para todos, indistintamente, como não matar, não violar a integridade física e não furtar.

Certamente, não é por outro motivo que essas normas habitam o cerne do Direito Penal nuclear, cuja espinha dorsal é encontrada logo no primeiro título da Parte Especial do Código Penal que, visando à proteção da pessoa, contempla os crimes contra a vida, as lesões corporais, as periclitações da vida e da saúde, a rixa, os crimes contra a honra e as infrações contra a liberdade individual, gênero que abarca a liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio, de correspondência e de segredos.[953] Seguidamente, tutelam-se o patrimônio[954] e, após breve hiato, a liberdade sexual.[955]

Todavia, não necessariamente essa legitimidade *prima facie* vincula-se aos direitos fundamentais de primeira dimensão, porque o que importa é a proteção *direta* de interesses *individuais* do ser humano, e não a geração a que pertençam. Sob o plano da doutrina constitucional, em linhas gerais, os direitos fundamentais de segunda geração são

---

[949] Observar que o próprio art. 5º, § 2º, da Constituição, reconhece a ausência de taxatividade do rol de direitos e garantias fundamentais, ao estabelecer: "Os direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

[950] BARATTA, Alessandro. *Principi del diritto penale minimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. Dei delitti e delle pene. Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 3, n. 3, pp. 443-573, 1985, p. 443.

[951] *Dimensões* ou *gerações* de direitos fundamentais serão utilizadas indistintamente.

[952] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op.cit.*, p. 233.

[953] Artigos 121 a 154-B do CP.

[954] Artigos 155 a 183.

[955] Tanto por meio de crimes contra a liberdade sexual, propriamente dita (artigos 213 a 216-A do CP), quanto por meio de infrações sexuais contra vulneráveis (artigos 217 a 218-B do CP).

conhecidos por aqueles que obrigam o Estado a prestações positivas, e não mais simples deveres de abstenção, relacionando-se, portanto, a aspirações por igualdade material, como o direito à saúde e à educação.[956] E, por fim, os direitos fundamentais de terceira geração flertam com o ideal de solidariedade e visam à proteção e promoção de direitos coletivos, titularizados por grupos de pessoas ou pela própria sociedade,[957] como o meio ambiente ou os direitos do consumidor.

Aquilo que, em doutrina constitucional, significa imposições de prestações materiais ao Estado, na seara da tutela penal pode igualmente fundamentar deveres especiais de ação, normalmente por meio de normas penais mandamentais, como ocorre, ilustrativamente, com os tipos omissivos próprios de abandono intelectual (art. 246 do CP)[958] e de omissão de socorro (art. 135 do CP)[959] que tutelam, respectivamente, o direito à educação e o direito à solidariedade, direitos fundamentais que, apesar de pertencerem à segunda e terceira dimensões, respectivamente, são protegidos sob a perspectiva individual do sujeito passivo. Mas observar que essa proteção não se dá, necessariamente, por meio de tipos omissivos próprios. Por exemplo, o crime de impedimento de acesso do consumidor às suas informações[960] é comissivo, mas protege o direito de informação no âmbito das relações de consumo, direito fundamental de terceira geração.

É possível que tipos que guardem referência à proteção de direitos fundamentais não sejam legítimos à luz de outros argumentos, invocando-se, por exemplo, a subsidiariedade penal ou mesmo a desnecessidade de o legislador ter se valido das estruturas típicas que elegeu. Contudo, não se pode questionar a opção do legislador de criminalizar referidas condutas sob o ponto de vista do objeto de proteção, justamente porque se trata da proteção de interesses individuais, que não dizem respeito a meros mimos os caprichos, já que se relacionam a direitos e garantias que assentam sua fundamentalidade material na dignidade

---

[956] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op.cit.*, p. 233.
[957] *Idem, ibidem*, p. 234.
[958] Art. 246 do CP: "Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa".
[959] Art. 135 do CP: "Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa".
[960] Art. 72 do CDC: "Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, bancos de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa."

da pessoa humana,[961] postulado erigido à própria condição de fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, III, da Constituição Federal.

O problema de se fundamentar a primazia do objeto de proteção penal na dignidade humana não está na referência a esse fundamento, porque se trata de um consenso ético essencial no mundo ocidental.[962] As dificuldades residem na evidente imprecisão do conteúdo e do alcance do postulado. Ao perceber sua fluidez, Luís Roberto BARROSO apresenta sua concepção minimalista de dignidade da pessoa humana, assentada a partir de três vertentes: (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos; (2) a autonomia de cada indivíduo; e (3) seu valor comunitário.[963]

Em se tratando da defesa da primazia da proteção penal de direitos fundamentais sob a perspectiva individual, o que interessa é a primeira vertente acima exposta, a do valor intrínseco de cada ser humano, ligados à própria natureza do ser e correspondentes ao conjunto de características que são comuns a todas as pessoas, diferenciando-as das demais espécies animais. Esse valor reflete tanto um postulado antiutilitarista, manifestado no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, como um postulado antiautoritário, que implica na premissa inarredável de que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário.[964] Além do mais, o valor intrínseco é aquele que se opõe ao valor instrumental, por ser incondicionado e perpétuo, já que ele subsiste, mesmo diante do comportamento mais reprovável possível,[965] de modo que nada há nada que o ser humano possa fazer para perdê-lo.

E é justamente por conta de sua íntima ligação com a dignidade humana, como expressão do valor intrínseco de todos os seres humanos, que se justifica a primazia da proteção penal de bens jurídico-penais individuais, bastando que vislumbre uma conexão com algum direito fundamental para que se afirme a adequação *prima facie* do objeto de tutela penal.

---

[961] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op.cit.*, p. 236.
[962] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72.
[963] *Idem, ibidem*, p. 72.
[964] *Idem, ibidem*, p. 77.
[965] *Idem, ibidem*, p. 77.

4.2.2. Proteção de bens jurídicos coletivos sob escrutínio estrito

O protagonismo da proteção de bens individuais não deve implicar o alijamento automático da tutela penal de todos os interesses coletivos. Como se observou outrora,[966] os novos contornos da sociedade contemporânea impactam todos os ramos do Direito brasileiro e desafiam suas normas a regulamentar situações inusitadas e dotadas de alto grau de complexidade. E o Direito Penal não é, e nem pode ser, indiferente às intrincadas questões da pós-modernidade.

Das normas penais não podem ser esperadas funções messiânicas, ou mesmo lhe serem depositadas atribuições promocionais, no sentido de realizações de reformas estruturais na sociedade. As expectativas que recaem sobre elas devem ser reduzidas à necessidade de prevenção dos mais graves danos sociais, por meio da proteção de bens jurídicos essenciais. Ainda assim, é imprescindível que os conteúdos proibitivos ou mandametais de natureza penal acompanhem as transformações sociais, sob a pena de seu anacronismo tolher sua função social, ainda que sob essa concepção minimalista.

Ocorre que o contexto da pós-modernidade agudizou os problemas que sempre grassaram em torno da proteção penal de interesses coletivos, à medida que, ao mesmo tempo em que se deve procurar conter a hipertrofia da intervenção penal, não se pode ignorar a adequação da tutela penal de diversos interesses que extravasam a lógica individual.[967] A grande questão está no estabelecimento de limites a respeito de quais interesses coletivos possam ser dignos dessa proteção penal e, consequentemente, receber o status de bens jurídico-penais.

Em termos filosóficos, SCHÜNEMANN trabalha com os conceitos de *núcleo do significado* ("Bedeutungskern"), *periferia do significado* ("Bedeutungshof") e *resto do mundo* ("Rest der Welt"). Segundo ele, os primeiros conceitos são aqueles de significados claros, facilmente apreendidos pelos usuários cotidianos da linguagem; já os últimos são ideias consideradas completamente equivocadas por esses mesmos usuários; e, por fim, os conceitos intermediários encerram noções que não são manifestamente corretas ou

---

[966] Cf. itens 1.3.1 e 2.2.1.2, *supra*.
[967] MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 42, n. 3, pp. 802-820, 1999, p. 819.

equivocadas, porque a utilização apropriada de certas expressões depende de preferências e hábitos linguísticos utilizados durante certo tempo e em certo período.[968]

No âmago do objeto de proteção penal, ao menos no que toca aos usuários da linguagem jurídica, já que a expressão bem jurídico é estranha à linguagem cotidiana, pode-se dizer que os interesses individuais compõem o *núcleo do significado* de bem jurídico-penal. Não se ignora que o próprio conceito de bem jurídico não foi elaborado inicialmente sob esse apelo individualista,[969] contudo, a partir do momento em que se encontrou nele uma função político-criminal, transcendente à legislação posta, passou a ser natural sua identificação inicial, quase que automática, aos interesses individuais, destacando-se, sobretudo, o direito à vida. Não é por outro motivo que diversas concepções tidas como minimalistas da intervenção penal, como as teorias dos italianos BARATTA e FERRAJOLI, apesar de adotarem diferentes pontos de partida, têm em comum o reconhecimento de que a tutela penal apenas se presta à proteção de bens individuais.[970]

Por outro lado, há valores que habitam o conceito de *resto do mundo*, não se lhes possibilitando, de modo algum, que ostentem a natureza de bens jurídico-penais. É o caso das questões exclusivamente morais, como alguns aspectos da sexualidade, da pornografia e mesmo da proteção de meros sentimentos, como o sentimento religioso ou de respeito aos mortos.[971] A proteção de simples imoralidades nunca poderá ser erigida à condição de bem jurídico-penal, porque não representa chances mínimas de lesão ou colocação em perigo de direitos de terceiras pessoas. É insuficiente que a pretensa violação seja identificada por tabus ou concepções de vida do suposto sujeito passivo, porque cada qual possui autonomia para determinar sua trajetória e desenvolver sua personalidade, ainda que sua conduta possa escandalizar o pensamento social considerado majoritário.

E, por fim, as maiores controvérsias ocorrem com os demais interesses coletivos, que não contam com a concretude própria de bens individuais, mas que, por outro lado, distanciam-se de meras imoralidades, porque é discutível se eles representariam alguma ameaça a direitos – e não sentimentos – de terceiros. Tais feixes de interesses circundam a *periferia do significado* dos bens jurídicos, necessitando de respostas que fujam à lógica do

---

[968] SCHÜNEMANN, Bernd. *Espiral ou ovo estrelado? Modelos do direto: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia da linguagem*. In: GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, pp. 285-297, 2013, p. 289.
[969] Cf. item 2.2.1, *supra*.
[970] MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *op.cit.*, p. 813.
[971] Cf. item 2.2.1.1, *supra.*

tudo ou nada quando se discute a adequação de sua proteção penal, como o meio ambiente, a administração da justiça, a saúde pública, a segurança viária, a ordem econômica e a ordem pública, entre tantos outros.[972] Por isso mesmo, em detrimento de um conceito abstrato e estático de bem jurídico, deve prevalecer outro cambiante, que parta de alguns critérios delimitadores adicionais.[973]

Como se abordou no capítulo antecedente, o *standard* mais exigente para a verificação da razoabilidade legislativa nos Estados Unidos é o do escrutínio estrito. Ele se opera diante de leis que, de alguma forma, restrinjam direitos fundamentais. Para que se conclua favoravelmente à sua manutenção no ordenamento jurídico daquele país, deve o Estado de desincumbir de dois ônus: por um lado, deve demonstrar que razões sociais constrangendoras embasaram a nova lei e, por outro lado, que não havia possibilidades de atendimento dos objetivos visados por meios menos restritivos.[974] O forte apelo procedimental subjacente a essa técnica pode ser bem aproveitado no curso dos processos legislativos tendentes à edição de novos tipos penais, no que toca ao objeto de proteção. Deve haver, contudo, algumas adaptações.

Em primeiro lugar, na realidade estadunidense, deveres especiais não são exigidos dos legisladores, no momento dos debates parlamentares em torno da edição das leis. Em vez disso, apenas se houver arguição de inconstitucionalidade de alguma lei que restrinja um direito fundamental é que se atribuirá ao Estado o ônus de demonstrar a compatibilidade do ato normativo com o texto constitucional, a partir da comprovação de citadas razões constrangedoras e da inevitabilidade do meio eleito.

Ao se transportar a ideia subjacente ao método do escrutínio estrito à análise de leis penais que visam à proteção de interesses coletivos, haverá maior possibilidade de seu rendimento se a elevação do nível de exigências ocorrer *ex ante,* já atendida sob o plano da

---

[972] Cf. item 2.2.1.2, *supra.*

[973] PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.* Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 39, pp. 723-748, 1989, p. 735. Sem bem que, para esse autor espanhol, esses outros critérios limitadores desempenhariam apenas funções negativas, ao indicarem o que não pode ser objeto de proteção penal. Segundo sua teoria, a descriminalização com base em uma concepção minimalista da intervenção penal deve partir da *valoração social* do interesse protegido. Esses valores devem refletir direitos fundamentais, determinando-se o conceito de prejuízo social a partir da conexão entre os níveis sociais e econômicos na origem das formas jurídicas. Além disso, o processo deverá passar pela *individualização da ofensividade,* devendo ser selecionados como bens jurídico-penais somente aqueles cuja vulneração represente a infração de um interesse reconduzível, direta ou indiretamente, ao indivíduo (*idem, ibidem*, pp. 744-745).

[974] Cf. item 3.3.1, *supra.*

tipicidade penal. Por isso, o que, consoante a realidade dos Estados Unidos, pode ser compreendido como ônus de demonstrar, *ex post*, o acerto da legislação em vigor, de acordo com a teoria que ora se propõe, passa a se revestir da natureza de deveres especiais, a serem cumpridos durante processos legislativos penais. Relegar todas essas discussões somente para os controles de constitucionalidade a serem eventualmente exercidos em sede jurisdicional implicaria drástico tolhimento de seu potencial, quer seja pela quase inexistente possibilidade de discussões populares durante processos judiciais, quer seja pela provável irreversibilidade de diversos efeitos danosos causados por leis penais inadequadas.

Porém, não se quer dizer que os critérios propostos não possam auxiliar eventuais debates futuros em sede jurisdicional, quando do exercício de controle da constitucionalidade de leis penais, vislumbrando-se a possibilidade residual de os Tribunais socorrerem-se desses deveres especiais para a decisão acerca da compatibilidade da lei penal com o texto constitucional. No entanto, ainda que os critérios a serem desenvolvidos possuam esse potencial residual, trata-se, preponderantemente, de serem estabelecidos deveres especiais ao legislador, quando das discussões em torno de projetos de leis penais incriminadoras.

Procura-se estabelecer dois feixes de deveres especiais: o primeiro deles (*critério democrático-constitucionalista*), de conteúdo misto, apresenta exigências procedimentais, a serem tomadas no bojo dos procedimentos legislativos, e exigências de conteúdo, observadas no âmbito da tipicidade; o segundo feixe de deveres especiais (*subsidiariedade penal simples*) é de índole procedimental exclusiva e diz respeito à conclusão de que medidas extrapenais seriam insuficientes para proteger esse mesmo valor.

4.2.2.1. Critério democrático-constitucionalista

O primeiro dever especial relacionado à proteção de interesses coletivos fundamenta-se na enunciação constitucional de que todo o poder emana do povo, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Constituição, reconhecimento estruturante de todo o modelo democrático do Estado de Direito. Assim, considerando que o Estado existe para o indivíduo, se o legislador pretender tutelar penalmente um interesse que não reflete diretamente a proteção de um direito individual, deve cumprir deveres especiais, baseados no princípio democrático-constitucionalista.

Como se viu linhas acima,[975] uma das vertentes da dignidade humana é o seu valor comunitário. Para BARROSO, trata-se do *elemento social* da dignidade humana, por dizer respeito à relação do indivíduo com as outras pessoas e com o próprio mundo ao seu redor.[976] São os compromissos, valores e crenças compartilhados por um grupo social e as próprias normas impostas pelo Estado que passam a restringir liberdades individuais, visando à proteção dos direitos de terceiros, à defesa do próprio indivíduo ou à tutela de valores sociais.[977]

Em princípio, a restrição da liberdade individual de alguém para a proteção de direitos fundamentais de terceiros é menos problemática, justamente pelo valor intrínseco de cada ser humano.[978] Por outro lado, a intervenção penal para a proteção de direitos do próprio indivíduo, como regra, não se revela adequada, porque se justifica o paternalismo penal apenas para suprir déficits de autonomia das pessoas afetadas ("paternalismo soft").[979]

Os maiores problemas, portanto, grassam em torno da proteção penal de dos citados valores sociais, mais conhecidos na seara penal por interesses coletivos. BARROSO esclarece que, nesse particular, três questões devem ser consideradas: (1) a existência, ou não, de um valor fundamental a ser atingido; (2) o dano potencial para outros e para a própria pessoa; e (3) o grau de consenso social para a matéria.[980]

Ressalvada a irrelevância do *dano para a própria pessoa*, por conta da impossibilidade, como regra, de paternalismo penal, os demais requisitos possuem grande capacidade de rendimento para a verificação da adequação de projetos legislativos penais que tenham por escopo a proteção de interesses coletivos.

O legislador, ao objetivar se valer da intervenção penal para a proteção de interesses coletivos, deverá se desincumbir de deveres especiais que considerem: a identificação da fundamentalidade constitucional do interesse coletivo; em que medida esse interesse coletivo se coloca à proteção de direitos fundamentais individuais; e o grau de consenso social sobre a matéria.

---

[975] Cf. item 4.2.1, *supra.*
[976] BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade...*, p. 87.
[977] *Idem, ibidem*, p. 88.
[978] Cf. item 4.2.1, *supra.*
[979] Cf. item 2.2.1.1.
[980] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade...*, pp. 95-96.

Portanto, em primeiro lugar, é essencial que o interesse coletivo a ser tutelado penalmente guarde sintonia com um direito fundamental também de natureza coletiva, contemplado de modo expresso ou implícito pela Constituição da República. Ainda que essa identificação não seja o bastante para o reconhecimento da natureza do bem jurídico-penal, trata-se de importantíssimo ponto de partida[981] porque, para que se aspire utilizar o meio coercitivo estatal mais severo que existe, a saber, a pena criminal, é fundamental que, mais do que simples harmonia com as normas constitucionais, a própria Lei Maior destine especial proteção ao interesse coletivo, conferindo-lhe status de direito fundamental. Na verdade, considerada a natureza analítica da Constituição brasileira, é difícil não se encontrar um fundamento constitucional para qualquer interesse, mas o assento constitucional é essencial como primeira etapa da aferição da adequação da norma penal, possibilitando-se o exercício de juízos de conformidade constitucional.

O segundo dever especial redunda na explicitação da medida em que esse interesse coletivo se coloca a serviço de direitos fundamentais individuais. Deve-se encontrar a *funcionalização* de tal interesse coletivo, ou seja, sua antecipação na proteção de interesses básicos da pessoa humana. Para a identificação da adequação em torno da proteção penal de certo interesse, a apresentação desse referencial individual é muito mais decisiva do que o exame de sua concretude, atributo que conduz parcela da doutrina a dividir os bens coletivos entre falsos e verdadeiros. É que pouco importam os critérios da não-exclusividade de gozo e da não-rivalidade de consumo se não houver a explicitação de sua funcionalização aos interesses do indivíduo,[982] porque é este último atributo que colaborará decisivamente para a conformidade dos interesses coletivos aos reclames democráticos. Em regra, interesses exclusivamente relacionados à proteção de meras funções estatais, ao mero prestígio da administração pública, a aspectos burocráticos atinentes à estrutura dos órgãos estatais e à organização dos poderes não representam a necessária referência a interesses individuais.

Para o cumprimento satisfatório desses dois primeiros deveres especiais, o legislador, a exemplo do modelo sueco,[983] deverá promover diálogos com especialistas das ciências criminais e afins. Deverá ser formado um comitê, composto por estudiosos da dogmática penal, da política criminal e da criminologia e, eventualmente, de outras áreas do

---

[981] FRANCO, Alberto Silva. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção.* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 2, v. 6, pp. 175-187, 1996, p. 177.
[982] Cf. item 2.2.1.2, *supra.*
[983] Cf. item 4.1, *supra.*

Direito e correlatas, como a sociologia e a filosofia jurídica. Seus integrantes deverão representar a pluralidade das correntes de pensamento, não apenas para o enriquecimento dos debates, mas para se evitar que os relatórios reflitam simplesmente os anseios daqueles que desejam certos resultados. Debatido analiticamente o projeto, o relatório final deverá apresentar ao Parlamento a síntese de todas as opiniões convergentes e divergentes e as conclusões eventualmente majoritárias, que contemplarão, basicamente, questões referentes à referência constitucional ao interesse coletivo, sua importância e sua funcionalidade à satisfação de interesses individuais fundamentais.

Por fim, deve estar presente grande consenso social a respeito da pretendida proteção penal. É que, considerada a possibilidade de inadequação da via penal, justamente porque ela versará sobre interesses que se apartam da lógica individual, deve haver a maximização do princípio democrático, para que a produção normativa não se reduza a mero instrumento de vontade do Estado, mantendo-se harmônica aos interesses individuais e sociais.[984] O possível déficit de garantias materiais, verificado por não se tratar da tutela de bens individuais, deve ser compensado com o reforço do princípio democrático.

Para que o legislador cumpra satisfatoriamente esse terceiro dever especial é conveniente que sejam ampliados os canais de participação popular, extraindo-se deles a máxima efetividade possível. Isso ocorrerá não apenas pelo aperfeiçoamento das audiências públicas, alterando-se o seu procedimento para que reflitam a heterodoxia das visões em sociedade, mas, sobretudo pelo reforço de outros meios, tais como a utilização frequente de plebiscitos e referendos; a implementação de conselhos populares heterodoxos, a exemplo dos *mini-publics*;[985] ou mesmo a existência de quaisquer métodos demoscópicos legítimos, como pesquisas de opinião fidedignas.

Ao cumprir esses três deveres especiais, em suma, estará o legislador satisfazendo os limites impostos pelo protagonismo das normas constitucionais e, sobretudo, pelo modelo democrático de Estado.

---

[984] PALAZZO, Francesco. *Offensività e ragionevolezza...*, p. 350.
[985] Cf. item 4.1, *supra.*

4.2.2.2. Subsidiariedade penal simples

Em se tratando da proteção de interesses coletivos, o segundo dever especial atribuído ao legislador diz respeito à característica subsidiária da intervenção penal, também conhecida como *ultima ratio*, acessoriedade ou intervenção mínima. Trabalha-se com o conceito de subsidiariedade penal simples para diferenciá-lo de sua modalidade qualificada, que se opera no interior das estruturas do tipo, da qual se cuidará quando do estudo das estruturas típicas, no contexto da necessidade da tutela penal.[986]

Portanto, de acordo com a subsidiaridade simples, tem-se que, considerado o Direito Penal a intervenção mais gravosa na liberdade do indivíduo, ele somente poderá ser utilizado quando o Estado não dispuser de outros meios menos severos para impedir a prática de comportamentos que se quer coibir.[987] Trata-se da pedra angular do discurso penal garantista,[988] o mais importante princípio constitucional penal implícito, que pode extraído da maximização ao direito fundamental à liberdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição.[989] Não é por outro motivo que foi contemplado expressamente pelo art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao preceituar que "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias."

É certo que toda a intervenção penal deve ser subsidiária, e não apenas aquelas destinadas à proteção de interesses coletivos. Mas, dada à legitimidade *prima facie* da proteção penal de interesses individuais,[990] o legislador não deverá cumprir deveres especiais em relação a eles, porque a utilização da tutela penal será mera opção político-criminal.

No entanto, em se tratando de interesses coletivos, não devem ser vislumbradas outras formas extrapenais de proteção que lhe pudessem ser adequadamente destinadas. No fundo, é o atributo da subsidiariedade que diferenciará a tutela penal das demais, já que a

---

[986] Cf. Item 4.3.2.2, *infra.*

[987] Por todos, GRECO, Luís. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal.* Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, v. 2, n. 3, pp. 249-276, 2007, pp. 265-266. O caráter fragmentário da intervenção penal deriva da subsidiariedade, em referência ao fato de o Direito Penal não realizar uma tutela global de bens jurídicos, contra todas as suas formas de agressão, mas, antes, somente fragmentos dos injustos, dotados de especial gravidade, devem ser erigidos à categoria de injusto penal (*idem, ibidem*, p. 266).

[988] MARTINÓN CANO, Gilberto. *El bien jurídico como principio irrenunciable en el derecho penal del siglo XXI.* Revista penal Mexico, Mexico, DF, n. 1, pp. 161-170, 2011, p. 162.

[989] Em sentido semelhante, LUISI, Luiz. *Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal.* Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, pp. 35-43, 1996, p. 35.

[990] Cf. Item 4.2.1, *supra.*

conformidade constitucional do interesse, o dano potencial a indivíduos e o consenso social são elementos legitimadores das mais variadas medidas de proteção estatal de interesses coletivos. Por isso, à explicitação desses elementos deve se agregar, necessariamente, a subsidiariedade penal.

GRECO, citando o escólio de TIEDMANN, coloca em xeque a afirmação segundo a sanção penal é, necessariamente, a mais severa de todas aquelas colocadas à disposição do Estado. Argumenta ser possível que as sanções civis e administrativas possam, em alguns casos, atingir o cidadão de maneira mais severa do que a pena criminal. Exemplica que sanções como o pagamento de multas exorbitantes, perdas de cargo e proibições de licitar são muito mais gravosas do que o pagamento de cestas básicas.[991] Por isso, esclarece que deve haver mera presunção *prima facie* da maior gravidade da sanção penal, que pode ser afastada diante de certos casos concretos. Portanto, para GRECO, o princípio da subsidiariedade deveria apresentar o seguinte conteúdo: "nos casos em que a sanção penal for a mais grave, o que ela em regra será, só pode o Estado a ela recorrer quando ela for estritamente necessária". Isso acarretaria tratá-lo como uma regra de ônus argumentativo, que impõe sobre quem defende a intervenção penal o ônus de provar que os outros ramos do Direito são mais graves, ou que a intervenção penal, apesar de ser a mais grave, é estritamente necessária.[992]

Em primeiro lugar, é bastante discutível se a gravidade sancionatória estatal deve ser medida apenas por considerações de natureza patrimonial. Dado ao caráter estigmatizante exclusivo das sanções penais, para algumas pessoas pode ser preferível perder todos os seus bens e mesmo sua profissão a passar poucos meses atrás das grades.

Em segundo lugar, apesar de em alguns casos concretos a gravidade da pena criminal ficar objetivamente aquém das sanções extrapenais, continuará a existir ameaça real à liberdade de locomoção. Deveras, ressalvado o crime de porte de droga para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, no Brasil todas as demais infrações penais, crimes ou contravenções, desafiam penas privativas de liberdade, peculiaridade que distingue a infração às normas penais das demais violações, à exceção do inadimplemento de pensão alimentícia, conforme estabelece o art. art. 5º, LXVII, da Constituição da República.

---

[991] GRECO, Luís. *Breves...*, p.267.
[992] *Idem, ibidem*, p. 268.

Na prática, é certo que algumas penas privativas de liberdade poderão ser convertidas em penas alternativas,[993] cujos montantes pecuniários poderão ser inferiores aos valores de outras sanções pecuniárias, de natureza civil ou administrativa. No entanto, apenas na seara penal é que o descumprimento de penas restritivas de direitos poderá acarretar sua reconversão à pena privativa de liberdade,[994] com a possibilidade extrema de imposição do regime fechado,[995] que é, como regra,[996] a mais severa sanção de todas as existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa característica exclusiva das normas penais incriminadoras já conduz, por si só, ao atributo da subsidiariedade, que não pode ser menoscabado pelo legislador, no plano abstrato da edição das leis, à medida que, mesmo para infrações que admitem, em tese, a conversão em multa ou penas alternativas, porque contemplam condutas culposas ou dolosas que não envolvam violência ou grave ameaça à pessoa e prevejam penas máximas não superiores a quatro anos (art. 44, I, CP), não será afastada, absolutamente, a ameaça à liberdade de locomoção, já que àqueles requisitos objetivos somam-se outros de índole subjetiva, como a ausência de reincidência em crime doloso (art. 44, II, CP) e a presença de circunstâncias judiciais favoráveis (art. 44, III, CP). Por esses fundamentos, tem-se que a tutela penal deve ser necessariamente subsidiária, em deferência à sua real posição como o último recurso legal de que dispõe um Estado de Direito de base democrática.[997]

Mas para que a subsidiariedade deixe de ser simplesmente retórica e se revista de alguma utilidade para atacar o expansionismo penal,[998] é preciso que ela também represente deveres especiais ao legislador, diante de pretensões de proteção criminal de interesses coletivos.

---

[993] Desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.
[994] As hipóteses de conversão das penas restritivas de direitos em privativa de liberdade estão contempladas pelo art. 181 da Lei Federal 7.210/1984.
[995] A possibilidade de regressão de regime ocorre tanto por comportamento posterior, como a prática de crime doloso ou falta grave, quanto por fato anterior ao início do cumprimento de pena, mas que produza efeitos no curso deste, como no caso de advento de nova condenação pela prática de crime anterior, a teor do art. 118, I e II, da Lei Federal 7.210/1894. A regressão ao regime fechado apenas não é admitida para as contravenções penais, cujo cumprimento da pena privativa de liberdade poderá se realizar apenas em regime aberto ou semiaberto, nos termos do art. 6º do Decreto-lei 3.688/1941.
[996] Ressalvada a previsão formal da possibilidade de pena de morte, diante de guerra declarada, como dispõe o art. 5º, XLVII, *a*, da Constituição.
[997] MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El princípio de intervención mínima.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, n. 40, v. 1, pp. 99-134, 1987, p. 101.
[998] *Idem, ibidem*, p. 162.

Por um lado, é impossível que se apresente um catálogo estático de interesses coletivos que, malgrado atendam às exigências do critério democrático-constitucionalista,[999] não são tão importantes ao ponto de atrairem a proteção penal. É que a subsidiariedade penal encerra noção necessariamente cambiante, submetendo-se às condições existentes no momento das discussões, a depender da análise das sanções extrapenais que já existem, ou que possam vir a existir.[1000] Somente a conclusão de que nenhuma resposta que não a penal pode inibir ou fomentar dado comportamento é que se revelará a adequação desta última.

O dever especial de os legisladores se atentarem à subsidiaridade penal deve ser cumprido mediante os estudos apresentados por aquele comitê de especialistas em ciências criminais e áreas afins, já referido acima, que, juntamente com as questões ali tratadas em torno da importância do interesse coletivo e seu grau de proteção mediata de interesses individuais fundamentais, também emitirá pareceres e relatórios em torno da insuficiência de formas extrapenais de proteção.

Pode soar utópico – até ingênuo – acreditar que os legisladores pátrios agirão como os suecos e prestarão alguma deferência ao labor dos juristas. No entanto, a pretendida abertura a diálogos apresentará o potencial de elevar o nível técnico dos debates, tratando-se de condição indispensável para que os parlamentares se desincumbam do dever especial em torno da subsidiariedade simples e reposicionem, pela via procedimental, a tutela penal para a adequada proteção de bens jurídico-penais coletivos.

4.3. Necessidade

Identificada a adequação da proteção penal de certo interesse, na etapa seguinte o exame deve recair sobre as estruturas típicas a serem utilizadas para essa finalidade.[1001] Avalia-se, dentre as várias modalidades de tutela penal, qual é aquela que se revela necessária, isto é, aquela forma que, ao mesmo tempo em que logra alcançar esse objetivo estatal, realiza-o do modo menos agressivo possível à liberdade individual.

---

[999] Cf. item 4.2.2.1, *supra.*

[1000] Além disso, como se verá na seção destinada à necessidade (item 4.3.2.2, *infra*), dificilmente a análise da subsidiariedade simples (do *objeto* da tutela penal) será realizada separadamente da análise da subsidiariedade qualificada (*estrutura* da tutela penal). Mas, para fins didáticos, convém que haja exista a análise separada, como se fossem compartimentos estanques.

[1001] Cf. itens 2.2.2 e 3.6, *supra.*

Como se discorreu acima,[1002] a autonomia individual é uma das três manifestações da dignidade da pessoa humana. Trata-se da porção da liberdade que garante ao indivíduo viver de sua maneira, segundo as suas próprias regras e valores, impermeável a quaisquer interferências estatais e sociais.[1003] A autonomia significa "autogoverno do indivíduo" e representa tanto a possibilidade de tomada de decisões que regerão sua vida privada (autonomia privada), quanto o direito à participação política (autonomia pública).[1004]

Apenas a concepção privada de autonomia individual interessa à análise da necessidade da tutela penal, porque ela representa o fundamento constitucional do princípio da ofensividade, já que este visa justamente a impedir que pensamentos, questões da intimidade e assuntos da vida particular dos indivíduos que não violem bens jurídico-penais sejam objeto de tutela penal. Bem por isso, o princípio da ofensividade possui três corolários: o princípio da materialidade, o princípio da proibição de ofensa a terceiros ("neminem laedere") e o princípio da necessária lesividade ("nullum crimen, nulla poena sine injuria").[1005]

De acordo com o princípio da materialidade, não podem ser objeto de tutela penal meros atos interiores como os pensamentos, as vontades, os estados de ânimo e as ideias e os sentimentos, separando-se o Direito da Moral.[1006] Portanto, as cogitações devem ser indiferentes às normas penais, não podendo servir para fundamentar proibições, tampouco bastar para distingui-las. E um claro e indesejável exemplo de que como um mero pensamento pode servir para diferenciar as respostas penais é encontrado quando se comparam os tipos de porte de droga para uso próprio (art. 28 da Lei Federal 11.343/2006) e o tráfico de drogas (art. 33 da Lei Federal 11.343/2006). Ilustra-se: dois indivíduos encontram-se parados em esquinas diferentes, cada qual com pequenas quantidades de drogas em seus bolsos. O primeiro ali se encontra com a finalidade de vender drogas, ao passo que o segundo apenas deseja consumi-las. Suas condutas, objetivamente consideradas, são idênticas, mas a literalidade do tipo de tráfico de drogas permite a punição do primeiro, desde que se conclua que a posse de drogas tinha outra *finalidade*, que não o próprio uso.

[1002] Cf. item 4.2.1, *supra.*
[1003] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade...*, pp. 81-82.
[1004] *Idem, ibidem*, pp. 82-83.
[1005] MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade*. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, pp. 177-189, 2014, p. 179.
[1006] *Idem, ibidem*, p. 179.

Já o princípio da proibição de ofensa a terceiros ("neminem laedere") impede que sejam criminalizadas condutas que violem bens jurídicos do próprio agente autônomo, obstando-se, com isso, o paternalismo penal.[1007] A par disso, questiona-se a legitimidade de diversos tipos penais, tais como a mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227, *caput*, do CP), o charlatanismo (art. 283 do CP), o curandeirismo (art. 284 do CP) e o próprio porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei Federal 11.343/2006). Nesses casos, as normas penais visam a tutelar bens jurídicos de indivíduos autônomos, que deliberadamente anuem à vontade dos agentes e, eventualmente, eles próprios, e não terceiros, acabam por sofrer consequências indesejadas, configurando-se expressões claras de verdadeiro paternalismo penal.

Por fim, o princípio da necessária lesividade ("nullum crimen, nulla poena sine injuria") preceitua que as condutas, para serem tidas como criminosas, devem atentar contra bens jurídicos, de modo que atos inofensivos devem ser indiferentes à intervenção penal.[1008] Implica, portanto, na necessária remissão um bem jurídico-penal, de modo que, sem este referencial, a própria ofensividade perde a sua base estrutural.[1009] Este binômio *bem jurídico-ofensividade* permite que a ofensividade seja dogmaticamente mais bem estruturada que o *harm principle*, seu correspondende no Direito dos Estados Unidos.

A teoria do *harm principle*, construída pelo norte-americano Joel FEINBERG nos anos 1980 sobre as bases do pensamento liberal desenvolvido por Stuart MILL na segunda metade do século XIX,[1010] em linhas gerais, defende que somente podem ser punidos criminalmente aqueles comportamentos que causem danos a terceiros ("harm to others"), excluindo-se consequentemente da intervenção penal as situações de autolesão ("harm to self"), que refletem um indesejado paternalismo, e as condutas meramente imorais ("legal moralism"), inaptas a provocar danos.[1011]

Percebe-se que suas preocupações são muito semelhantes àquelas da ofensividade. No entanto, falta ao *harm principle* um conceito relacional, a definição de um objeto a ser

---

[1007] Tem-se admitido, contudo, a intervenção penal para suprir deficits de autonomia do indivíduo (paternalismo penal *soft*), cf. nota de rodapé 420, *supra*.
[1008] MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A leitura...*, p. 181.
[1009] DONINI, Massimo. *Il principio di offensività: dalla penalistica italiana ai programmi europei*. Diritto Penale Contemporaneo, Milão, n. 4, pp. 4-43, 2013, p. 8.
[1010] MILL, Stuart. *On liberty*. Kitchner: Ontario, 2001. Original de 1859.
[1011] FEINBERG, Joel, *op.cit.*, pp. 26 e ss.

violado,[1012] carência que não se observa no princípio da ofensividade, justamente por conta de sua dependência da noção de bem jurídico-penal. O princípio da ofensividade pressupõe a existência de bens jurídicos, colocando-os, porém, sob novas dimensões, que não poderiam ser conhecidas se a análise se restringisse ao seu conteúdo.[1013]

Portanto, o princípio da ofensividade é o melhor instrumento para que se realizem análises corretas acerca da proteção estrutural típica de um bem. E seu potencial é aumentado se ele se aproveitar da ductibilidade inerente à proporcionalidade. Não se trata de substituir um princípio por outro. Como sustenta Massimo DONINI, quem pensa reduzir a ofensividade à proporcionalidade deixa de observar o núcleo mais íntimo desta última, que possui uma dimensão axiológica que falta à proporcionalidade, sempre relativa e utilitarista.[1014] Pelo contrário, o que deve ocorrer é o aproveitamento da estrutura *cega* da proporcionalidade, axiologicamente neutra, e preenchê-la com institutos dotados de carga valorativa, como se faz com a introdução da ofensividade nos recônditos do subprincípio da necessidade.

E, a partir disso, constata-se que a ofensividade, trabalhada no contexto da proporcionalidade-necessidade, não deve obedecer à lógica do tudo ou nada. Por um lado, defender a legitimidade somente dos tipos de dano seria fechar os olhos a diversas necesssidades de antecipação da tutela penal, agudizadas pelos reclames da contemporaneidade.[1015] Mas, por outro lado, definir tipos de perigo abstrato como delitos de lesão a bens difusos, segundo a ideia de lesão sistêmica, é pretender dissimular os déficits de legitimidade constitucional desses tipos, reduzindo-se o potencial da ofensividade a mera enunciação retórica, perfeitamente adaptável a qualquer estrutura típica.

Para que a ofensividade, um dos pontos cardeais de um sistema penal democrático,[1016] não deixe de ocupar a centralidade do Direito Penal brasileiro e para que, ao mesmo tempo, não se expurguem do sistema todos os tipos cujas consumações prescidam

---

[1012] Quanto ao objeto da proteção penal, é verdade que Feinberg sustenta que os tipos somente se justificam para a proteção de interesses individuais (*idem, ibidem,* p. 144), direta ou indiretamente, por meio do *offense principle* (cf. item 3.6, *supra*). Mas essa construção é incipiente se comparada à riqueza teórica que embasa a teoria da proteção dos bens jurídicos. Nesse sentido: KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal.* In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico*? Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 55.
[1013] DONINI, Massimo. *Il principio...*, p. 6.
[1014] *Idem, ibidem*, p. 19.
[1015] Cf. capítulo 1, *supra*.
[1016] RICCARDI, Giuseppe. *I confini mobili del principio di offensività.* L´indice penale, Padova, v. 2, n. 2, pp. 711-739, 1999, p. 711.

da causação de um dano, é necessário que, em se tratando de tipos abstratos, sejam impostos ao legislador penal deveres especiais, a serem cumpridos sob o plano abstrato da tipicidade penal, relacionados à atenção a possibilidades não-fabricadas de dano ao bem jurídico tutelado, além do exame acerca da inidoneidade de proteção desses interesses por meio de estruturas mais próximas ao núcleo do conceito de ofensividade, a saber, tipos de dano e tipos de perigo concreto.

4.3.1. Tipos de dano e de perigo concreto sob escrutínio de mera racionalidade

Como já se observou, segundo a construção jurisprudencial e doutrinária dominante nos Estados Unidos, o escrutínio de mera racionalidade é a técnica mais flexível para a aferição da razoabilidade legislativa. Para que se afirme a legitimidade de uma norma qualquer, basta que exista uma razão legítima ("legitimate interest") e uma conexão racional ("rational connection") entre ela e os meios utilizados.[1017]

Constatado que certo interesse pode legitimamente ser objeto de proteção penal e, consequentemente, receber o status de bem jurídico-penal,[1018] na segunda etapa deve ser examinada a forma como se dará essa tutela penal, que poderá ocorrer mediante tipos de dano, tipos de perigo concreto ou tipos de perigo abstrato, consideradas as diversas espécies que se encerram sob esta última nonemclatura.[1019]

Sempre que o legislador penal se valer de uma estrutura de dano ou mesmo de perigo concreto, ele não precisará se desincumbir de deveres especiais de fundamentação, à medida que essas estruturas conformam-se à própria essência do princípio da ofensividade, centrada na ideia de produção de um resultado palpável, circunstância que acaba por trazer contornos mais realísticos ao próprio Direito Penal.

A doutrina italiana, à qual se deve atribuir seguramente a construção do princípio da ofensividade,[1020] entende que ele marca a opção por um Direito Penal do fato,[1021] realçando-se o desvalor do resultado. Semelhantemente, Ferrando MANTOVANI esclarece que a

---

[1017] Cf. item 3.3.1, *supra.*
[1018] Cf. item 4.2, *supra.*
[1019] Cf. item 2.2.2.1, *supra.*
[1020] PALAZZO, Francesco. *Meritti e limitti dell'offensività.* In: ANGIONI, Francesco *et al. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali.* Milão: Giuffrè, 1996, pp. 74-75.
[1021] RICCARDI, Giuseppe, *op.cit.*, p. 711.

adoção da ofensividade como uma das diretrizes fundamentais de política criminal significa a adesão a um Direito Penal de base *objetiva*, compreendido como um conjunto de normas posto à proteção de bens jurídicos, centrados na objetividade jurídica e na sua ofensa, em detrimento de um Direito Penal de base *subjetiva*, seja ele um sistema de natureza repressiva ou construído com base na vontade, seja ele um sistema preventivo ou da periculosidade social.[1022]

Essa compreensão dissipa outros alcances que a menção à ofensividade possa sugerir. Por exemplo, a tentativa de associar a ofensividade à *concreta periculosidade social do fato*, que acaba por considerar que circunstâncias externas à norma penal possam definir o grau de desvalor social da ação. Esta tendência que, por exemplo, costumava ser expressamente admitida nos códigos penais das ex-repúblicas socialistas do leste europeu,[1023] não é adequada porque acaba por avizinhar a aplicação das normas ao Direito Penal do autor, realidade que o princípio da ofensividade pretende justamente evitar. Ilustrativamente, sob o plano da aplicação das normas, é uma das leituras que o Supremo Tribunal Federal realiza acerca do princípio da ofensividade, quando invoca os parâmetros da *nenhuma periculosidade social da ação* e do *reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento*[1024] para concluir, por exemplo, que embora inexpressiva a lesão patrimonial causada à vítima, impõe-se a condenação criminal do agente, por conta de sua reincidência.[1025]

Pode-se concluir, por ora, que a ênfase no desvalor do resultado típico é a raiz do princípio da ofensividade. E, sob o plano da legislação, essa condição é satisfeita diante de preceitos penais que se satisfaçam a partir da produção de um dano ou de perigo concreto ao bem jurídico-penal. Tais espécies representam um *plus* de legitimidade em relação aos tipos de perigo abstrato, porque elas possuem *substrato empírico*, ou seja, somente se realizam

---

[1022] MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 4, n. 2, pp. 313-337, 1997, p. 313.
[1023] FIORE, Carlo. *Il principio di offensività*. L´indice penale, Padova, v. 28, n. 2, pp. 275-288, 1994, pp. 275-276.
[1024] Parâmetros estes que, juntamente com a *mínima ofensividade da conduta do agente* e a *inexpressividade da lesão jurídica provocada*, foram os critérios estabelecidos pelo STF para a aferição do princípio da insignificância (HC 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.06.2004).
[1025] *E.g.,* STF, HC 98.944-MG, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 04.05.2010 ("pessoa saudável, com pouco mais de trinta anos de idade, possuidora de capacidade para definir os atos da vida. Teria procedido ao furto após duas condenações transitadas em julgado, estando, à época, em estágio de cumprimento de pena [...] não é dado potencializar o valor da *res furtiva* a ponto de ter-se como atípica a conduta. Cumpre, considerado o quadro, perquirir o interesse da sociedade em inibir práticas criminosas, não se podendo, diante do pequeno valor da *res furtiva*, assentar a tipicidade"); e STF, HC 123.199-MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.02.2017 ("o fato do paciente ser contumaz na prática de delitos desautoriza a incidência do princípio da insignificância, ante o alto grau de reprovabilidade da conduta").

com alguma alteração da realidade, a partir da contemplação de uma violação efetiva ao interesse, como ocorre nos tipos de homicídio (art. 121 do CP), lesão corporal (art. 129 do CP) e de roubo (art. 157 do CP), ou mesmo um alteração fenomênica no mundo dos fatos, diante de condutas exteriores que realmente comuniquem um perigo real ao interesse protegido pela norma, causado pelo comportamento do agente, como se dá nos tipos de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132 do CP), incêndio (art. 250 do CP) e explosão (art. 251 do CP).

Tais espécies típicas, por implicarem alterações fenomênicas na realidade empírica, representam significativo desvalor jurídico e, *prima facie*, atendem às exigências da ofensividade, o que lhes confere legitimidade especial e dispensa o legislador de deveres especiais de fundamentação, ao contrário dos tipos de perigo abstrato, como se verá a seguir.

4.3.2. Tipos de perigo abstrato sob escrutínio estrito

O princípio da ofensividade deve nortear tanto as opções político-criminais do legislador, quanto a jurisprudência, na resolução de casos concretos. Mas, ao menos no que diz respeito ao presente trabalho, mais interessa a primeira dimensão abstrata da ofensividade, no sentido de se vislumbrar, já na moldura típica, o necessário atendimento à lesividade reclamada pela severidade da intervencão penal. Todavia, curiosamente, mesmo diante do protagonismo da doutrina italiana na matéria, não foram desenvolvidos parâmetros que pudessem ser validamente utilizados pelo legislador penal.

Giuseppe RICCARDI, por exemplo, sugere que, paralelamente à previsão normativa do crime impossível,[1026] deveria ser introduzida no Código Penal italiano uma *cláusula de exiguidade* ("clausola di esiguità"), com o objetivo de afastar a punição de microlesões típicas ao bem jurídico, estabelecendo-se que apenas violações significativas serão carecedoras da intervenção penal.[1027] Mas o próprio autor reconhece os riscos de sua

[1026] O crime impossível é previsto no art. 49, c. 2, do Código Penal italiano, que comete o mesmo equívoco dogmático do art. 17 do Código Penal brasileiro, ao trabalhar com o conceito sob o plano da punibilidade, e não da tipiciade. Estabelece o dispositivo italiano, in verbis:"La punibilità è altresi esclusa quando, per la inidoneità della azione o per l'inezistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o periculoso".
[1027] RICCARDI, Giuseppe, *op.cit.*, p. 738. No que tange às reformas constitucionais, em novembro de 1997, a Comissão Bicameral do Parlamento italiano chegou a aprovar um projeto de revisão à Constituição que, dentre outras disposições, acabava por chancelar o pensamento bricoliano de ofensividade constitucional. Propunha-se a inserção de dois parágrafos ao art. 129 da Constituição. O primeiro disporia sobre o conteúdo constitucional dos bens jurídicos penais ("le norme penale tutelano beni di relevanza costituzionale") e o segundo parágrafo complementava sua tese, exigindo-se, na concreta realização do fato típico, a causação de

proposta, condizentes com a extensão da discricionaridade judicial e perturbações de ordem de prevenção geral positiva, com a possibilidade da transmissão coletiva da mensagem de que há uma licença estatal para a produção de lesões de pequena monta, contra as quais sequer são previstos efeitos extrapenais.[1028]

Ainda que não se possa prescindir da função corretiva da ofensividade no julgamento de casos concretos, as preocupações do autor napolitano apenas reforçam a necessidade de que a ofensividade tenha grande impacto no trabalho do legislador. Ora, a atividade legislativa é essencialmente discricionária, enquanto que a atividade jurisdicional é, como regra, vinculada ao cumprimento das leis. Se as principais correções forem realizadas sob o plano da criminalização primária, a discricionaridade judicial tende a ser reduzida e não mais haverá sentido a preocupação com a mensagem de que as normas penais primárias podem ser violadas em grau mínimo, porque os contornos adequados da ofensividade já deverão compor a tipicidade formal. Porém, repita-se, isto não impedirá a aplicação do princípio da insignificância aos ditos *casos anormais*; apenas tenderá a reduzir sua abrangência, corrigindo-se tudo aquilo que é possível ser corrigido sob o plano da tipicidade penal.

Discorreu-se, ao se tratar da adequação da proteção penal de bens coletivos,[1029] acerca dos conceitos filosóficos de *núcleo do significado*, *periferia do significado* e *resto do mundo*. Os primeiros contêm significados claros, facilmente compreendidos pelos usuários cotidianos da linguagem; os últimos refletem ideias consideradas completamente equivocadas por esses mesmos usuários; e, por fim, o conceito intermediário diz respeito a expressões que habitam *zonas cinzentas*, que não são manifestamente certas ou erradas, porque são reféns dos hábitos linguísticos de certo tempo e espaço.

À luz desses conceitos, transportados para os usuários da linguagem jurídica, no que concerne às estruturas de proteção típica, pode-se dizer que os tipos de dano e e perigo

---

um dano ou a produção de um perigo concreto ("non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività"). A ofensividade também foi ressaltada por diversos projetos de reforma do Código Penal, como o *Projeto Pagliaro* (1992), o *Projeto Pisapia* (1997), o *Projeto Grosso* (2001) e o *Projeto Nordio* (2005). No entanto, nem a pretendida reforma constitucional, tampouco os projetos penais, lograram algum êxito, de modo que, não obstante o peso depositado à ofensividade pela doutrina italiana, o princípio não se encontra densificado em qualquer regra, constitucional ou infraconstitucional (DONINI, Massimo. *Il principio...*, pp. 24-25).

[1028] *Idem, ibidem*, p. 739.

[1029] Cf. item 4.2.2, *supra.*

concreto representam o núcleo do significado de ofensividade, justamente por conta de seu substrato empírico, com a percepção natural de desvalor do resultado.[1030]

Já outras estruturas típicas compõem o chamado *resto do mundo* do conceito de ofensividade, porque elas não representam, sequer sob a perspectiva abstrata, qualquer possibilidade, ainda que remota, de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Trata-se dos delitos de acumulação, dos crimes de posse que atendem à lógica pós-consumativa e dos crimes de status que não atendem à lógica pré-consumativa. Assim, condutas típicas isoladas absolutamente inofensivas ao bem jurídico, ainda que sejam tendentes à repetição por outros agentes; [1031] a mera posse de objetos provenientes de delitos já consumados, em si inofensivos a vilipendiar novamente quaisquer bens jurídicos, independentemente da gravidade do crime anteriormente praticado;[1032] ou mesmo modos de condução de vida ou comportamentos que não comuniquem atividades realmente arriscadas a bens jurídico-penais, por mais economicamente inúteis que sejam elas à sociedade, não podem justificar validamente a forma de intervenção penal.[1033]

Há outras estruturas típicas, contudo, que se relacionam à *periferia do significado* de ofensividade. Por um lado, elas não correspondem ao núcleo deste princípio, por não implicarem dano ou perigo concreto a bens jurídico-penais. Por outro, ao contrário dos modelos típicos absolutamente inofensivos acima mencionados, podem se revestir de alguma aptidão, ainda que verificada sob o plano abstrato, de periclitar bens jurídico-penais. Trata-se das sobejantes modalidades que podem ser encaixadas sob a ampla nomenclatura de crimes de perigo abstrato: os crimes de ação concretamente perigosa[1034] e demais infrações de posse e de status, desde que sejam preparatórios, isto é, fundadas na lógica pré-consumativa.[1035]

[1030] Cf. item 4.3.1, *supra.*

[1031] Sem que exista necessidade de repetição, já se discorreu no item 2.2.2.1.2, *supra,* que, relativamente aos crimes de acumulação, apenas se afirmará a necessidade de tutela penal se os tipos demandarem a reiteração ou habitualidade dos comportamentos pelos mesmos agentes, ou ainda se, a partir de dados técnicos, estabelecerem valores-limite, como os índices mínimos de poluição de certas áreas, ou mesmo o número mínimo de espécimes a serem abatidas em certo perímetro rural. Acontece, porém, que, se os tipos de acumulação passarem a estabelecer os contornos da gravidade minimamente necessária ao atendimento dos reclames da ofensividade, eles não mais poderão ser classificados como crimes de acumulação, passando à nomenclatura de delitos de ação concretamente perigosa (cf. item 2.2.2.1.1, *supra*).

[1032] Cf. item 2.2.2.1.3, *supra*.

[1033] Cf. item 2.2.2.1.3, *supra*.

[1034] Cf. item 2.2.2.1.1, *supra.*

[1035] Cf. item 2.2.2.1.3, *supra.*

Essas hipóteses delitivas, apesar de carecem de subtrato empírico, são passíveis de contemplar condutas que possam realmente representar algum grau de perigo ao interesse protegido pela norma. Para tanto, torna-se imperioso demandar do legislador deveres especiais, que permitam impregnar as condutas, abstratamente consideradas, de uma carga de desvalor suficientemente idônea a reclamar a necessidade da intervenção penal.

Assim como se ponderou no item dedicado à proteção de bens jurídicos coletivos,[1036] devem ser utilizadas, também no que toca às estruturas de perigo abstrato, serão úteis as ideas subjacentes ao *standard* do escrutínio estrito.

Calha, a esta altura, a mesma observação realizada quando da análise do escrutínio estrito para a proteção de interesses coletivos: o seu aproveitamento para a atividade legislativa penal, além de potencializar o seu rendimento, não obstará que o escrutínio estrito seja a técnica empregada pela jurisdição constitucional. Mas, ainda que a presente teoria possua esse potencial reduzido, ela deve orientar, preponderantemente, o legislador penal, por meio do estabelecimento de deveres especiais, a serem cumpridos no plano da tipicidade penal.

Outra importante ressalva diz com a factibilidade do procedimento legislativo. Por questões didáticas, e mantendo-se de acordo com o conceito estratificado do princípio da proporcionalidade, o escrutínio estrito da adequação da tutela penal foi analisado em tópico anterior ao escrutínio estrito de sua necessidade. Entretanto, por óbvio que, na prática, não serão visualizados esses compartimentos estanques, impossíveis de serem realizados na prática legislativa, porque os projetos de tipos penais criminalizadores, desde o início, já contemplarão uma estrutura típica, qualquer que seja ela. Por essa razão, se o legislador pretender proteger um interesse coletivo, por meio de um tipo de perigo abstrato, ele deverá se desincumbir de deveres especiais relativamente a ambas as pretensões, simultaneamente inseridos no bojo de um mesmo processo legislativo.

Em se tratando do escrutínio estrito e estruturas típicas, a aferição da necessidade da tutela penal exige a superação de dois tipos de deveres especiais. O primeiro deles (*possibilidades não-fabricadas de dano*) possui natureza mista, porque demanda tanto exigências procedimentais, cumpridas no bojo dos procedimentos legislativos, e exigências formais estruturais, satisfeitas no plano da tipicidade. E a segunda modalidade de deveres

---

[1036] Cf. item 4.2.2, *supra*.

especiais (*subsidiariedade penal qualificada*) é de natureza exclusivamente procedimental e diz respeito à demonstração da absoluta necessidade da utilização da estrutura típica de perigo abstrato, constatando-se a inviabilidade das outras formas preferíveis de proteção, a saber, tipos de dano ou tipos de perigo concreto.

4.3.2.1. Possibilidades não-fabricadas de dano

A classificação das condutas típicas como ações concretamente perigosas e delitos preparatórios, de posse e de status, não implica na sua automática legitimidade, porque é preciso que esses tipos comuniquem comportamentos suficientemente desvalorados, para que não se conclua pela desnecessidade da tutela penal.

A ausência de substrato empírico nos desvalores de resultado jurídico dos tipos de perigo abstrato deve ser compensada pelo reforço da gravidade dos desvalores abstratos de suas condutas típicas. Isso será possível pela previsão típica de possibilidades não-fabricadas de dano, obtidas a partir do acesso a dados científicos e dados empíricos, congregados, quando necessário, com uma finalidade especial de agir.

Para o acesso a dados técnicos, os legisladores deverão promover uma abertura de diálogo com cientistas das matérias que interessem a certos projetos de lei, compondo-se comitês de especialistas, nos quais se observe a maior diversidade possível das correntes de estudos sobre dada matéria, tanto para o enriquecimento dos próprios debates, como para se evitar que as conclusões apenas espelhem os anseios dos que as encomendaram. Os cientistas poderão responder às perguntas dos parlamentares e de qualquer do povo, apresentando as sínteses e conclusões de suas pesquisas, que deverão integrar os debates acerca do novo projeto de lei penal.

A exatidão de dados técnicos possibilitará a correção quanto à aferição do grau de perigo do comportamento penalmente desvalorado, estabelecendo-se fronteiras mais seguras entre a inocuidade e a relevância dos comportamentos. A abertura dos debates parlamentares às pesquisas científicas, por exemplo, contribuirá para a segurança das avaliações acerca da potencialidade aditiva do comércio de certas substâncias proscritas, relativamente ao tráfico de drogas (art. 33 da Lei Federal 11.343/2006);[1037] para a constatação do grau lesivo de

[1037] A mera posse de drogas é entendida como um crime preparatório, mas as demais condutas, como vender ou entregar, são classificadas como ações concretamente perigosas, cf. item 2.2.2.1.3, supra.

outras substâncias, no que toca ao crime de falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais e suas figuras equiparadas (art. 273 do CP); e para a correção dos eventuais excessos ou deficiências de valores-limite, tal como a quantidade de álcool por litro de sangue ou litro de ar alveolar para a configuração do crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTb), ou da idade máxima para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP).

Por sua vez, os dados empíricos serão obtidos a partir do acesso à realidade dos fatos, trazendo-se para o bojo dos projetos de leis as informações fáticas pertinentes.[1038] Por exemplo, o número de acidentes automobilísticos no Brasil, causados por motoristas embriagados durante certo período de tempo é informação relevante a ser trazida pelo legislador quando da criminalização da embriaguez ao volante (art. 306 do CTb); as estatísticas relativas ao número de incêndios provocados por balões deveria ter sido debatida quando da edição do tipo do art. 42 da Lei Federal 9.605/1998; ou mesmo o número de mortes ou lesões ocorridas no âmbito doméstico por disparos acidentais de armas de fogo afigurar-se-ia extremamente oportuno quando da edição do crime de posse de arma de fogo e munições (art. 12 da Lei Federal 10.826/2003).

Esses dados técnicos e empíricos podem assumir multifacetadas perspectivas e variar de acordo com cada espécie penal, sendo o bastante para se aferir a existência de possibilidades não-fabricadas de dano em se tratando de ações concretamente perigosas.[1039]

Mas, diferentemente dessa modalidade, os crimes preparatórios de posse, por sua vez, encerram condutas em si inócuas que, porém, podem servir de base a condutas ofensivas. Por exemplo, a mera posse de drogas é, em si, inofensiva, mas pode ser antecedente necessário à venda, ação concretamente perigosa. O mesmo se diga em relação às armas: enquanto a mera posse de armas desmuniciadas ou somente das munições deve ser classificada como um crime preparatório de posse, o porte desses objetos deve constituir uma ação concretamente perigosa.

[1038] O empirismo deve influenciar o objeto de pesquisa da dogmática penal, o que, aliás, é muito claro na criminologia e na medicina legal (KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autofirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 155, pp. 214-225, 2019, p. 217).

[1039] Cf. item 2.2.2.1.1, *supra.*

Em se tratando dos delitos preparatórios de posse, as possibilidades não-fabricadas de dano também deverão se apoiar em dados técnicos e em dados empíricos, mas, sobretudo, ela dependerá da inserção típica de uma finalidade especial de agir, ou seja, uma *finalidade específica de realizar ou de contribuir com um comportamento delitivo final*, que dê sentido à própria proibição antecipada dessas condutas.

Assim, na seara dos delitos de posse de armas e munições (art. 12 da Lei Federal 10.826/2003), é possível que se contemple a punição da posse de armas desmuniciadas ou somente posse de munições, desde que o tipo também exija um elemento subjetivo específico, relacionado ao cometimento ou participação em crimes futuros. A mesma conclusão se opera em relação à posse de drogas, devendo demandar o tipo exigências superiores ao próprio *conhecimento* de sua existência, ao exigir que se verifique uma especial finalidade, destinada à vontade de entregá-las ao consumo de terceiros.[1040]

Lógica semelhante deve se operar em relação aos delitos preparatórios de status, nos quais as possibilidades não-fabricadas de dano relacionam-se a duas circunstâncias básicas: de um lado, à previsão típica da finalidade específica de realizar ou contribuir com um comportamento delitivo final ("para o fim de cometer crimes"); de outro, considerando que, ao contrário dos crimes de posse, os delitos de status não contemplam objetos materiais, os tipos devem comunicar condutas suficientemente desvaloradas, que se apartem de meras simpatias ou simples condescendências com práticas criminosas futuras, afigurando-se, ainda sob o plano abstrato dos tipos penais, realmente aptas a criar um ambiente de periculosidade ao interesse protegido pela norma. Por isso, são deveras lacônicas as estruturas dos tipos de organização criminosa (art. 2º da Lei Federal 12.850/2013: "Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa"), de associação criminosa (art. 288 do CP: "Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes") e de associação criminosa relacionada ao tráfico de drogas (art. 35 da Lei Federal 11.343/2006: "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e § 1º, e 34 desta Lei"). Nesses casos, a polissemia dos núcleos do tipo apresenta o risco de abarcar condutas absolutamente neutras. No primeiro exemplo esse

[1040] No entanto, quando o próprio objeto material, por si só, já apresenta potencialidade lesiva, como se dá com a posse de arma municiada, ou mesmo de quantidade considerável de substâncias ilícitas de elevada lesividade, é possível que seja dispensada essa especial finalidade de agir, porque as condutas, por si sós, são idôneas a periclitar os respectivos bens jurídico-penais, sendo por isso classificadas como ações concretamente perigosas.

problema se agrava porque o tipo sequer prevê a finalidade específica de cometer crimes. Mas os três tipos penais carecem de descrições detalhadas do comportamento associativo criminoso, que somente atenderia aos reclames mínimos de ofensividade por meio da inserção de um elemento típico relativo à reiteração de ajustes de comportamentos típicos futuros. Hipoteticamente, satisfaria esses parâmetros um preceito penal que estabelecesse, e.g.: "Associarem-se ... ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes, por meio da reiteração de ajustes de comportamentos típicos por cada uma delas, tanto na hipótese de autoria, quanto de participação".

Em suma, o acesso a dados técnicos e dados empíricos, combinados, conforme o caso, com a inserção de um elemento subjetivo específico, permitirão que tipos de perigo abstrato contemplem possibilidades não-fabricadas de danos a bens jurídico-penais.

4.3.2.2. Subsidiariedade penal qualificada

Em se tratando de tipos de perigo abstrato, o segundo dever especial atribuível ao legislador penal, de matiz exclusivamente procedimental, refere-se à imperiosidade de haver discussões técnicas acerca da efetiva necessidade de utilização dessa estrutura típica, em detrimento dos tipos de dano e de perigo concreto.

Quando se analisou a adequação da tutela penal, viu-se que, muito embora toda a intervenção penal deva ser subsidiária, em se tratando da proteção de interesses coletivos, deverão ser impostos deveres especiais ao legislador penal, relacionados à abertura dos debates parlamentares à participação de especialistas das ciências criminais e afins, que deverão realizar estudos acerca da suficiência da utilização de formas extrapenais para a proteção do interesse supraindividual.[1041]

A ideia ora apresentada é semelhante, porém a subsidiariedade penal, em relação às estruturas típicas, é denominada *qualificada*, porque deve ser aferida dentre as *formas penais* de proteção, apenas. Ora, a conclusão de que dado interesse, seja ele individual ou coletivo, pode ser adequadamente objeto de intervenção penal, é transitiva, porque sempre dependerá, no momento imediamente subsequente, de referência a uma estrutura penalmente típica. Por

[1041] Cf. item 4.2.2.2, *supra*.

isso, o exame, nesta segunda etapa, junge-se à eleição da estrutura típica necessária, dentre as formas disponíveis de proteção penal.

Dentre as modalidades de tutela penal, a estrutura de perigo abstrato é a que mais interfere na liberdade individual, porque ela se realiza independentemente de promover qualquer alteração da realidade empírica. Exatamente por isso, o legislador somente poderá se valer dela em caso de necessidade, ou seja, quando as demais formas não servirem para a proteção do bem jurídico-penal.

Para que o legislador desincumba-se satisfatoriamente desse dever especial, o mesmo comitê encarregado de zelar pelo respeito à subsidiariedade penal simples, formado por estudiosos da dogmática penal, da política criminal, da criminologia e eventuais áreas correlatas também deverá emitir relatórios acerca da possibilidade de os interesses penalmente relevantes serem protegidos por meio das estruturas de tipos de dano ou de perigo concreto e, apenas na eventualidade da inidoneidade dessas formas de proteção, a partir de tipos de perigo abstrato.

A satisfação desse dever especial instrumental está intrinsecamente relacionada aos estudos atinentes à demonstração de possibilidades-não fabricadas de dano. Por vezes, os pareceres dos estudiosos das ciências penais dependerão da apreciação de questões técnicas de outras áreas do conhecimento, tratadas naquele âmbito.[1042] Por isso que, para o atendimento de questões didáticas, a análise foi decomposta em duas seções, mas essa divisão não pode transmitir a falsa impressão de que os pesquisadores das ciências criminais serão necesariamente ouvidos apenas após o acesso a dados técnicos e empíricos. Por diversas vezes, serão justamente os diálogos simultâneos entre os dois grupos de estudiosos que permitirão as melhores soluções.

Como já se ponderou analiticamente neste trabalho,[1043] os legisladores movem-se por diversos outros interesses que não o atendimento de critérios de justiça quando da aprovação de projetos de leis, em geral, e projetos de leis penais, em particular. Portanto, pode parecer haver reduzido potencial prático a defesa da necessária deferência legislativa às pesquisas científicas e às informações da realidade, como motivos principais a nortear as formas de tutela penal. No entanto, esse obstáculo não deve impedir que se incentive a

[1042] Cf. item 4.3.2.1, *supra.*
[1043] Cf. item 4.1, *supra.*

elevação do nível técnico dos procedimentos legislativos penais, com o protagonismo da ciência e da realidade da vida.

4.4. Proporcionalidade em sentido estrito

No procedimento escalonado da proporcionalidade legislativa penal, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, assim como ocorre na teoria geral do Direito Constitucional, também deve ser realizado em último lugar. Constatada a adequação da proteção penal do interesse e a necessidade da via eleita para o intervento punitivo, a derradeira avaliação deve recair sobre o equilíbrio sistêmico das penas mínimas e máximas que se pretende estabelecer em dados preceitos penais secundários.[1044]

O fundamento constitucional para a busca por equilíbrio entre as diversas sanções penais abstratamente previstas não é outro que não o princípio da igualdade, mandamento que, segundo o pensamento aristotélico, identifica-se com o próprio conceito de justiça.[1045]

Trata-se de princípio que, ao lado da segurança jurídica, compõe a base de todo sistema jurídico racional. A racionalidade jurídica instrumental (*alcance de fins*) deve necessariamente estar subordinada e controlada pela racionalidade material (*apego a valores*), dentre os quais avulta a igualdade, com sua inequívoca dimensão material ou axiológica.[1046] Por esse motivo, na seara penal, qualquer função preventiva, geral ou especial, deve operar nos meandros da perspectiva retribucionista, que almeja o estabelecimento das sanções a partir da gravidade dos fatos proscritos, e não com base em expectativas de comportamentos futuros, absolutamente desconectadas dos contornos objetivos da conduta e da culpabilidade do agente.[1047] Caso contrário, a invocação de simples funções preventivas, descoladas do apelo retribucionista, fará com que as penas sejam estabelecidas a partir de quaisquer circunstâncias sociais, desapegadas da necessidade de se guardar simetria com os desvalores do ilícito e da própria culpa, quadro que reunirá vasto potencial para que sejam atribuídas penas diferentes a fatos típicos objetivamente

---

[1044] Cf. itens 2.2.3 e 3.6, *supra.*
[1045] BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 14.
[1046] LÓPEZ RUIZ, Francisco. *Regla formal de justicia, valores y princípios.* Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, n. 4, v. 2, pp. 225-242, 1995, p. 241.
[1047] Cf. item 2.2.3, *supra.*

semelhantes,[1048] a partir de fundamentos absolutamente contingenciais e estranhos ao âmbito dos tipos penais.

Inexistem dúvidas que a igualdade é fundamental para qualquer sistema jurídica que aspira por justiça, tratando-se tanto de uma imposição ao legislador, que não pode adotar discriminações injustificadas no momento da elaboração da lei (*igualdade na lei*) e também ao juiz, que deve aplicar a lei uniformemente (*igualdade perante a lei*),[1049] pretendendo-se impedir, em ambos os casos, quaisquer desequiparações fortuitas ou injustificadas.[1050]

Como dissertam CANOTILHO e MOREIRA, a igualdade comporta três dimensões: (1) a *proibição do arbítrio* ("nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual"); (2) a *proibição de discriminação* ("o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material"); e (3) a *obrigação de diferenciação* ("o dever de eliminação ou de atenuação, pelos poderes públicos, das desigualdades sociais, econômicas e culturais, a fim de se assegurar uma igualdade jurídico-material").[1051]

Na seara penal, a proibição do arbítrio e a proibição de discriminação são mandamentos direcionados tanto ao legislador quanto ao juiz, ao passo que a obrigação de diferenciação volta-se precipuamente ao juiz, tratando-se do fundamento principiológico constitucional de teorias que repercutirão diretamente na fixação da pena, como a coculpabilidade e a culpabilidade pela vulnerabilidade que, em breve síntese, sustentam que a sanção deve ser atenuada quando causas sociais, como a vulnerabilidade econômica, reduzem a possibilidade de autodeterminação do sujeito.[1052] A aplicação dessas teorias não

---

[1048] COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, pp. 227-252, 2013, p. 245.
[1049] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia*. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 13, n. 2, pp. 77-92, 2008, p. 87.
[1050] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.
[1051] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 339-342.
[1052] Inicialmente, Zaffaroni e Pierangeli desenvolveram o conceito de coculpabilidade, indicando que questões sociais, como a pobreza derivada da ausência de oportunidades laborais e tratamento igualitário, acabam por reduzir o âmbito de autodeterminação do indivíduo e, por esse motivo, a sociedade deveria arcar com parcela de responsabilidade, o que acarretaria, em termos práticos, alguma diminuição de pena, possibilitada em termos normativos, inclusive, pelo art. 66 do Código Penal, *in verbis*: "A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior o crime, embora não prevista expressamente em lei". (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo:

deixa de ser expressão de igualdade material (*igualdade de fato*), sensível à busca pela realização efetiva da igualdade, no plano concreto, atuando como complemento da igualdade formal (*igualdade de direito*), limitada a enunciações abstratas e meramente textuais.[1053]

É certo que a igualdade é conceito invariavelmente relacional, porque implica sempre na comparação entre duas ou mais grandezas, quaisquer que sejam elas. Bem por isso, avulta o seu caráter metanormativo, porque é ferramenta destinada a funcionar como uma espécie de válvula de controle da própria complexidade normativa, tratando-se de uma expressão para uma relação entre relações, que nunca são fixas, mas sempre contingentes.[1054]

O grande problema está na porosidade de seu conteúdo. Como sustenta ROSENFELD, sem embargo de sua virtual onipresença, a igualdade é singularmente evasiva, já que não é fácil precisar o seu âmbito relacional de modo correto: "quem ou o quê será igual a quem ou o quê?"[1055] Para que a igualdade signifique mecanismo relativamente útil a realizar adequadamente comparações, deve-se considerar, em primeiro lugar, sua necessária vinculação permanente com a realidade, base para o estabelecimento de critérios que, ao mesmo tempo que possam densificá-la, admitam certa maleabilidade inerente às contingências sociais, deixando de ser obstáculo para o reconhecimento de diferenças justificáveis.[1056] No que diz respeito ao exame da proporcionalidade das penas estabelecidas abstratamente pelo legislador, o princípio da igualdade deve ser densificado a partir de três critérios particulares, identificados no âmbito de cada tipo penal.

Revista dos Tribunais, 1997, pp. 839-840). Em seguida, Zaffaroni substituiu o conceito de coculpabilidade pela noção de culpabilidade pela vulnerabilidade, com fundamentos mais bem elaborados acerca da seletividade do sistema penal. Esclarece que a seleção criminalizadora tem preferência por alguns perfis específicos e, por isso, certos indivíduos encontram-se em *situação de vulnerabilidade*. Segundo ele, quanto menor o *esforço pessoal* para se colocar nessa situação de vulnerabilidade, mais atenuada a pena deve ser. Há indivíduos que, não obstante o seu diminuto *estado de vulnerabilidade*, realizam grande esforço para se colocarem nessa situação, como os grandes delinquentes econômicos. Por outro lado, existem aqueles que apresentam sensível estado de vulnerabilidade e, por isso, não precisam fazer grandes esforços para compor as grandes cifras dos criminalizados. Nestes casos, as penas devem ser atenuadas, permitindo-se um compartilhamento da responsabilidade individual com o Estado (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general.* 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 518).

[1053] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade...*, pp. 84-85.

[1054] SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. *Igualdad y diferencia: ¿dos principios juridicos?* Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, v. 2, n. 4, pp. 259-285, 1995, p. 266.

[1055] ROSENFELD, Michel. *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*. Trad. Javier Dorado Porras. Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, v. 3, n. 6, pp. 411-443, 1998, p. 412.

[1056] SÁNCHEZ-RUBIO, Ana, *op.cit.*, p. 273.

4.4.1. Critério dos três *eaden*

A igualdade é um princípio que deve nortear todos os ramos do ordenamento jurídico. No entanto, ela pode se manifestar a partir de diferentes critérios, aptos a densificá-la, nos mais variados contextos das disciplinas jurídicas.

O art. 5º, *caput,* da Constituição, enuncia que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Trata-se de um *imperativo de igualdade de tratamento* ("Gleichbehandlungsgebot"), relativamente às mesmas circunstâncias de fato, ou seja, desde que haja igualdade de circunstâncias, dois comportamentos penalmente relevantes devem receber o mesmo tipo de tratamento.[1057]

O almejado equilíbrio sistemático das penas abstratas expressará o princípio da igualdade, potencializando as certezas diacrônica e sincrônica, de maneira que, tanto ao longo do tempo, no primeiro caso, quanto em dado marco temporal, no segundo, fatos idênticos ou muito semelhantes devem produzir as mesmas consequências jurídicas.[1058]

As desigualdades apenas são justificadas quando embasadas em reais diversidades, sobre as quais se acomodam as normas, redundando na "desigualação na medida da desigualdade".[1059] Por esse motivo, somente se justificam tratamentos desiguais se eles repousarem sobre um fundamento de legitimidade identificado no interior do sistema jurídico,[1060] devendo haver um *vínculo de correlação lógica* entre o fator discriminatório e a desigualdade de tratamento em função dele conferida.[1061]

Em se tratando das faixas sancionatórias abstratamente estabelecidas nos preceitos penais secundários, como regra, as penas devem ser diferentes entre si, porque os diversos tipos penais contemplam condutas de diferentes gravidades, de modo que haveria lesão à igualdade se idênticas sanções fossem previstas para quaisquer condutas, independentemente dos resultados provocados. Vale dizer, é absolutamente natural e desejável que o Direito Penal contemple as mais diversas faixas sancionatórias, porque os comportamentos proscritos apresentam as mais variadas cargas desvalorativas.

[1057] COSTA, José de Faria, *op.cit.*, p. 240.
[1058] COSTA, José de Faria, *op.cit.,* p. 246.
[1059] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional.* 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218.
[1060] DOLCINI, Emilio. *Legi penali "ad personam", riserva di leggi e principio costituzionale di eguaglianza.* Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 47, n. 1, pp. 50-70, 2004, p. 66.
[1061] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op.cit.*, p. 17.

A questão, no entanto, junge-se à identificação de critérios que possam atribuir relativo equilíbrio sistêmico entre as diferentes sanções previstas. Para esse desiderato, revela-se oportuno que sejam observados elementos compartilhados pelos próprios âmbitos dos tipos penais, e não fora deles, como poderiam sugerir reclames exclusivamente preventivos, que poderiam recomendar faixas penais a partir da reincidência, da personalidade do indivíduo ou mesmo do elevado interesse estatal, de viés econômico, por exemplo, na proibição de certo comportamento que, objetivamente considerado, pode beirar as raias da inofensividade.

Os critérios para a aferição da proporcionalidade das penas devem se fundamentar na conjugação de três elementos ("eaden"): natureza dos bens jurídicos, desvalores abstratos das condutas e desvalores abstratos dos resultados. Trata-se de elementos comuns a todos os tipos penais e que podem ser identificados no seu âmbito,[1062] de maneira que sua análise global terá o potencial de afastar conclusões *ad hoc* acerca da insuficiência ou do excesso das diversas faixas sancionatórias estabelecidas, contribuindo para a reafirmação da função retributiva das penas, a partir da concretização do princípio da igualdade.

4.4.1.1. Dimensão vertical sob escrutínio de mera racionalidade

Como precedentemente se observou, nos Estados Unidos, a técnica do escrutínio de mera racionalidade é a mais laxista para a aferição da razoabilidade das leis porque, para a reafirmação de sua legitimidade, bastam a existência de uma razão legítima para a existência da norma e uma conexão simplesmente racional entre essa razão e os meios utilizados.[1063]

A ideia subjacente ao escrutínio de mera racionalidade pode ser bem aproveitada para o exame da proporcionalidade das penas contempladas pelos tipos penais. Essa técnica deverá ser utilizada quando não houver coincidência exata entre os três *eaden*. Por exemplo, será tanto a técnica empregada na comparação entre as penas do homicídio (art. 121 do CP) e do roubo (art. 157 do CP), que tutelam bens jurídicos diversos, quanto no cotejo entre as

---

[1062] Não há crime sem resultado *normativo*, assim compreendido o dano ou perigo produzido pela conduta. O resultado normativo não se confunde com o resultado *naturalístico*, que é a modificação do mundo exterior causada pelo comportamento humano (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral.* Vol. I. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190). Referido resultado naturalístico somente é contemplado pelos âmbitos típicos dos crimes materiais, dele prescindido os delitos formais e de mera conduta, que se contentam com a descrição do comportamento, que não preveem o resultado que se liga a essa conduta por nexo de causalidade (REALE JÚNIOR, Miguel, *ob.cit.*, p. 267).
[1063] Cf. item 3.3.1, *supra*.

penas do homicídio e do infanticídio (art. 123 do CP), tipos que, muito embora tutelem o mesmo bem jurídico (vida humana) e contemplem o mesmo desvalor abstrato do resultado (morte), revelam diferentes desvalores de conduta, mais intenso no homicídio do que neste último, por conta de um elemento normativo especializante (influência de estado puerperal). Igualmente, será a técnica utilizada para, hipoteticamente, ser avaliado se existe equilíbrio entre as penas da lesão corporal simples (art. 129 do CP) e da lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º, do CP), já que se colocam na defesa do mesmo bem jurídico (integridade física), contemplam o mesmo desvalor abstrato de condutas (os tipos não descrevem modos diversos de agressão, atribuindo-lhes diferentes níveis de gravidade), mas os desvalores dos resultados são diversos (pela produção, no caso de lesão de natureza grave, da incapacidade para as ocupações habituais; por mais de 30 dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; ou aceleração de parto).

Ao pretender editar novos tipos penais, o legislador não pode ignorar todo o conjunto de penas já existentes, como se não existisse qualquer compromisso de guardar equilíbrio com o sistema. Pelo contrário, é imperativo que as novas penas sejam estabelecidas em harmonia com o todo, além de deverem ser corrigidos, pela via legislativa, os preceitos penais secundários em vigor, quando violadores dos critérios de razoabilidade.

O escrutínio de mera racionalidade operar-se-á no exame das penas abstratas, como dito, a partir do exame da natureza dos bens jurídicos, desvalores abstratos das condutas e desvalores abstratos dos resultados. A análise desses três elementos deverá ser global e simultânea, de maneira que não se pode concluir pela ilegitimidade de uma pena apenas em relação ao bem jurídico-penal tutelado, sendo imprescindível a referência aos demais elementos. Mas, para fins didáticos, convém realizar essa separação.

Em se tratando de bens de naturezas diversas, ou mesmo de desvalores de condutas e resultados de diferentes intensidades, vislumbra-se a existência de uma *dimensão vertical*, que sugere a hierarquização desses níveis: alguns bens são mais importantes do que outros, assim como há variados degraus de gravidades de comportamentos praticados e resultados produzidos.

Como já se assinalou,[1064] devem ser separados os individuais dos coletivos. Relativamene aos primeiros, quanto mais próximos ao núcleo da dignidade humana, mais

[1064] Cf. item 2.23.1, *supra*.

importantes serão. Por isso, calham ser destacados, em primeiro lugar, o interesse na proteção da vida humana e, em seguida, bens indisponíveis da pessoa humana, como a incolumidade física, a saúde, a honra e a liberdade individual, abarcando a liberdade pessoal e a liberdade sexual, além das inviolabilidades de domicílio, de correspondência e de segredos. Seguidamente a esses bens deve ser situada a proteção do patrimônio privado.

No que tange aos bens coletivos, sua importância crescerá quanto mais próxima for sua funcionalização à proteção de direitos fundamentais individuais. Por conseguinte, como regra geral, a proteção da saúde pública, da segurança pública e da segurança viária tendem a ser hierarquicamente superiores à tutela de bens coletivos tendentes à preservação da estrutura funcional do Estado, como a incorruptibilidade dos funcionários públicos, porque a funcionalização a interesses fundamentais do indivíduo (vida e saúde, basicamente) torna-se mais evidente e direta no primeiro caso do que neste último.

O segundo elemento a se cotejar na análise de proporcionalidade das penas é o desvalor abstrato das condutas. Como já se observou,[1065] em se tratando da tipicidade subjetiva, condutas dolosas devem ser apenadas mais severamente do que condutas culposas. No que tange à tipicidade objetiva, particularidades descritivas das condutas que representem um *plus* ou um *minus* de severidade devem recomendar faixas sancionatórias diversas. É o que ocorre, por exemplo, com algumas hipóteses de tipos agravados pelo desvalor da conduta, como no caso de homicídio qualificado pelo emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido (art. 121, § 2º, IV, CP), furto qualificado pelo abuso de confiança (art. 155, § 4º, II, CP) ou mesmo o roubo circunstanciado pela violência exercida com o emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, do CP). Por outro lado, crimes permanentes autorizarão, em princípio, penas mais elevadas do que crimes instantâneos,[1066] como corretamente se dá, por exemplo, na comparação entre as sanções previstas para o delito de constrangimento ilegal (art. 146 do CP) e para o crime de sequestro ou cárcere privado (art. 148 do CP).

Por fim, o desvalor abstrato dos resultados desempenhará papel relevante na aferição da proporcionalidade das penas abstratamente previstas aos tipos em análise. Em geral, como

---

[1065] Cf. item 2.2.3.2, *supra.*

[1066] O crime instantâneo ocorre quando o tipo incrimina já a conduta inicial por ele contemplada, ao passo que o crime permanente apenas se realiza na incriminação da conduta inicial e das sucessivas, que mantêm presente a situação lesiva (REALE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 269).

se viu,[1067] as formas consumadas devem receber reproches superiores às correspondentes modalidades tentadas e estas, por sua vez, por estarem mais próximas à consumação, devem contemplar penas superiores a eventuais previsões típicas de punições de atos preparatórios. Ainda, as penas dos crimes de dano devem ser, como regra, superiores às penas dos crimes de perigo concreto e estas mais elevadas do que as correspondentes aos tipos de perigo abstrato. E, por fim, assim como se observa com os desvalores abstratos das condutas, condições especializantes podem representar um agravamento especial relativamente aos resultados, como se verifica, por exemplo, no estabelecimento de patamares penais diversos para a lesão corporal simples (art. 129, *caput*, CP), lesão corporal grave (art. 129, § 1º, CP) e lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2º, CP) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP).

É impossível se realizar um correto exame de proporcionalidade das penas a partir do escrutínio de apenas um desses elementos mencionados, porque é de se admitir que pode haver casos nos quais se avulte a importância do bem jurídico-penal, mas a descrição típica faça com que a conduta descrita beire à irrelevância penal. Por conseguinte, somente a análise holística dos três *eaden* é que permitirá a correção do exame da proporcionalidade das penas abstratas.

Por outro lado, diferentemente dos outros dois corolários da proporcionalidade, adequação[1068] e necessidade,[1069] que se fundamentam, respectivamente, no princípio da proteção de bens jurídicos e no princípio da ofensividade, falta à proporcionalidade em sentido estrito semelhante princípio de justiça. Por esse motivo, não há mandamento algum, superior às regras positivadas, que possa nortear a justiça do *quantum* das penas,[1070] de maneira que a aferição desse equilíbrio deverá tomar como ponto de partida as penas existentes em certo ordenamento jurídico-penal.

Essa deficiência deverá ser suprida pelo cumprimento de deveres especiais pelo legislador, mesmo em se tratando do escrutínio de mera racionalidade. Esses deveres são relacionados à abertura do procedimento legislativo à participação daquele mesmo comitê formado por especialistas em ciências penais e eventuais áreas correlatas, já mencionado

---

[1067] Cf. item 2.2.3.3, *supra.*
[1068] Cf. item 4.2, *supra.*
[1069] Cf. item 4.3, *supra.*
[1070] Obviamente que aqui se fala somente na *quantidade* das penas, porque o princípio da dignidade humana impede algumas *qualidades* de penas, como a de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis, conforme, aliás, estabelecem o art. 5o, XLVII, da Constituição.

quando da explanação acerca da necessidade de respeito ao critério democrático-constitucionalista e à subsidiaridade penal, simples e qualificada.[1071]

Sua tarefa será a emissão de pareceres acerca da proporcionalidade das penas mínimas e máximas dos futuros tipos penais, a partir de sua contextualização com os mais diversos preceitos penais secundários já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para essa função, em particular, preponderará o papel dos dogmáticos penais sobre os especialistas nas demais áreas correlatas, porque a análise jungirá à necessidade de harmonização com as sanções penais positivadas pelo legislador, espécie de pesquisas em que não avultam os estudos de criminologia, política criminal e sociologia jurídica, por exemplo.

Nesse exame, inobstante a atuação do comitê de especialistas, o escrutínio será de mera racionalidade porque, respeitados os limites mínimos tracejados pelos três *eaden*, no mais, confere-se deferência às quantidades de penais eleitas pelo legislador, que naturalmente gozará de maior âmbito de liberdade para o estabelecimento dos patamares sancionatórios abstratos.

As conclusões exaradas nos pareceres não vincularão a atividade parlamentar, mas serão fonte valiosa para a elevação dos debates e poderão servir, eventualmente, para subsidiar a atividade jurisdicional no exercício do controle de constitucionalidade, direto ou incidental, de dado tipo penal incriminador.

4.4.1.2. Dimensão horizontal sob escrutínio estrito

Como notado anteriormente,[1072] ao contrário da realidade abordada no item anterior, há casos em que dois ou mais comportamentos típicos apresentam perfeita identidade entre os três *eaden*, todavia compreendem faixas sancionatórias diversas entre si. Em outras hipóteses, penas idênticas estão previstas para tipos que reúnem diferenças sensíveis quanto àqueles três elementos.

No primeiro caso, podem ser pinçados da legislação penal brasileira exemplos de tipos que compreendem visam à proteção do mesmo bem jurídico-penal e não possuem

---

[1071] Cf. itens 4.2.2.1, 4.2.2.2 e 4.3.2.2, *supra.*
[1072] Cf. itens 2.2.3.2 e 2.2.3.3, *supra.*

diferenças objetivas entre os desvalores abstratos das condutas e dos resultados, muito embora prevejam penas diferentes entre si, como os seguintes: (1) à prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 do CTb) são cominadas penas de 2 a 4 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir, ao passo que o seu correspondente no Código Penal desafia penas de 1 a 3 anos de detenção (art. 121, § 3º, CP); (2) semelhantemente, o crime de lesão corporal culposa no trânsito é punido com sanções de 6 meses a 2 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir (art. 303 do CTb) enquanto que seu correspondente no Código Penal estatui penas de 2 meses a 1 ano de detenção (art. 129, § 6º, CP); (3) em se tratando de lesão corporal dolosa simples, são previstas penas de 3 meses a 1 ano de detenção (art. 129, *caput*, CP), mas se essas lesões ocorrerem no âmbito doméstico, elevam-se as reprimendas para 3 meses a 3 anos de detenção (art. 129, § 9º, CP); (4) enquanto que o furto simples é punido com penas de 1 a 4 anos de reclusão, e multa (art. 155, *caput*, CP), se a subtração for de semovente domesticável de produção, as penas girarão em torno de 2 a 5 anos de reclusão (art. 155, § 6º, CP). Ainda, se a subtração for de explosivos ou de acessórios que possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego, as sanções serão elevadas para o patamar de 4 a 10 anos de reclusão, e multa (art. 155, § 7º, CP); (5) ao descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas na Lei Federal 11.340/2006 são cominadas penas que variam entre 3 meses e 2 anos de detenção (art. 24-A da Lei Federal 11.340/2006, incluído pela Lei Federal 13.641/2018), enquanto que qualquer outra desobediência a ordem legal de funcionário público desafia penas de 15 dias a 6 meses de detenção, além da multa (art. 330, CP); (6) a conduta de fotografar ou filmar cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente permite punição que varia entre 4 e 8 anos de reclusão, além de multa (art. 240 do ECA, incluído pela Lei Federal 11.829/2008), enquanto que se a mesma conduta envolver adulto que não tenha autorizado a fotografia ou o filme, as penas variarão de 6 meses a 1 ano de detenção, e multa (art. 216-B do CP, incluído pela Lei Federal 13.772/2018); (7) à declaração falsa para eximir-se de pagamento de tributo são previstas penas que variam de 6 meses a 2 anos de detenção e multa (art. 2º, I, da Lei Federal 8.137/1990), ao passo que as falsidades ideológicas, em regra, recebem reproches de 1 a 5 anos de reclusão e multa, se o documento é público, e entre 1 e 3 anos de reclusão e multa, se o documento é particular (art. 299, CP); e (8) ao comércio de CDs ou DVDs "piratas" são cominadas penas de 2 a 4 anos de reclusão e multa (art. 184, § 2º, CP), ao passo que se a mesma conduta recair sobre programas de computador ("softwares"), as penas variarão entre 1 e 4 anos de reclusão e multa (art. 12, § 1º, Lei 9.609/1998).

Há outras situações, entretanto, que compreendem efeitos inversos, mas igualmente indevidos, ao atribuírem idênticos marcos penais a condutas que evidenciam grandes diferenças entre um ou mais de seus *eaden*. São exemplos emblemáticos dessa discrepância: (1) o art. 33 da Lei Federal 11.343/2006, que estabelece as mesmas penas de 5 a 15 anos de reclusão, e multa, para quaisquer das condutas que nele subsumam, desconsiderando a combinação de fatores como a natureza da substância proscrita, sua quantidade e o desígnio mercantil; (2) o art. 273 do CP, que estatui penas de 10 a 15 anos de reclusão e multa para as condutas falsificação, corrupção, adulteração, alteração e as ações equiparadas de seu § 1º tanto de "produtos destinados a fins terapêuticos e medicinais" quanto para "as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico", por força do § 1º-A, do mesmo dispositivo. Ao se equiparar produtos que podem representar alto risco à saúde, como o caso de medicamentos, a outros que lhe podem ser inócuos, como aqueles destinados ao embelezamento do corpo e à higienização de ambientes, deturpa-se o sentido da proibição do injusto do dispositivo em comento, assinalando-se a desproporcionalidade penal;[1073] e (3) as penas para o crime de estupro (art. 213 do CP) também encerram desproporcionalidades, ao estabelecerem a faixa de 6 a 10 anos de reclusão tanto para as condutas de conjunção carnal mediante violência quanto para aquele que ameaça de morte a vítima para que toque em suas partes íntimas.[1074]

Mediante o cotejo de todos os elementos citados acima, evidencia-se que o legislador estabeleceu patamares sancionatórios diversos para condutas que apresentam desalvores idênticos ou muito semelhantes, indicando-se verdadeira suspeita quanto à legitimidade dessas faixas penais, porque, em razão de sua horizontalizadade, deveriam, como regra, receber idêntico grau de reproche penal.

A questão é saber se da identificação dessa disparidade entre condutas objetivamente semelhantes e sanções diversas, ou mesmo entre condutas objetivamente diversas e penas idênticas, deve-se concluir, automaticamente, pelo reconhecimento do desatendimento aos reclames de prevenção geral positiva, ou se essa análise deve considerar outros fatores que poderiam ter conduzido o legislador à cominação de penas mais ou menos rigorosas.

[1073] BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *A desproporcional cominação de penas pelo art. 273 do código penal e sua inconstitucionalidade*. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva. *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba, LedZe, pp. 1.031-1.056, 2012, p. 1.040

[1074] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio…*, pp. 284-285.

Nesses casos, somente se poderá concluir pela proporcionalidade das penas abstratamente estabelecidas pelo legislador se a análise superar o filtro do escrutínio estrito, devendo haver indicações das razões sociais constrangedoras que embasaram o *discrimen*. Para o cumprimento desses deveres especiais procedimentais, referido comitê de especialistas em ciências penais e áreas afins deverá emitir pareceres acerca do cumprimento da existência, ou não, dessas razões sociais, quais são elas, e qual seu grau de importância ao ponto de recomendar o *discrimen*, se considerados os limites objetivos dos tipos penais incriminadores.

Nessa direção, o comitê poderá concluir, *e.g.*, ser possível que legitimamente se estabeleçam penas mais severas aos crimes culposos praticados na direção de veículos automotores em relação aos seus correspondentes no Código Penal, com o intuito de promover educação no trânsito, por meio da intimidação aos motoristas, atendendo-se a questões de prevenção geral negativa. Também poderá reconhecer a correção da postura do legislador sensível a eventuais exigências constitucionais de proteção especial de crianças e adolescentes, ou mesmo da mulher em situação de violência doméstica e, por isso, passe estabelecer penas mais severas para delitos que, direta ou indiretamente, vinculem-se a essa situação, em relação a comportamentos típicos objetivamente semelhantes, sem que tenham por escopo a proteção desses sujeitos especialmente protegidos. Sob outro ângulo, é provável que o comitê conclua pela ilegitimidade do *discrimen* penal, calcado simplesmente na proteção de certos interesses econômicos, ou fruto do poder exercido sobre parlamentares por grupos de pressão.

Para a realização dessa função, normalmente haverá o protagonismo dos trabalhos dos especialistas em criminologia, política criminal, sociologia jurídica e áreas afins, em detrimento dos estudos dos dogmáticos, porque preponderarão discussões a respeito de questões alheias ao Direito Penal positivo como, por exemplo, a discriminação histórica sofrida por certos grupos vulneráveis e a necessidade de sua correção exemplar por meio das leis penais.

Talvez o grande trunfo dessa sugestão seja seu potencial de revelar os mais diversos interesses latentes, mas frequentemente presentes, nas discussões de projetos de leis tendentes à edição de tipos penais incriminadores, que costumam permanecer nas penumbras das discussões parlamentares. Ainda que as pesquisas realizadas pelo comitê não sejam aptas a vincular a votação final dos legisladores, elas naturalmente terão a potencialidade de enriquecer tecnicamente os debates, além de se revestirem de grande utilidade quando do eventual controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais.

Conclusões

1. No contexto da pós-modernidade, as leis penais brasileiras sofrem grandes transformações. Essas alterações encontram-se basicamente vinculadas à busca por mais eficiência punitiva, maximizada pela proteção de novos interesses e pelo gerenciamento de riscos sociais decorrentes do avanço tecnológico, acarretando certa deturpação dos institutos penais clássicos, além de incrementar a desproporcionalidade das leis penais.

2. Os efeitos da pós-modernidade devem ser adequados sob três vertentes: a base epistemológica, verificando-se a crise das ciências, em geral, e do Direito, em particular, a partir da absolutização da eficácia social das normas; a base político-econômica, com a relativização da soberania estatal pela globalização e a consequente atribuição de caráter transnacional às regras jurídicas; e a base sociológica, com a análise dos contornos da sociedade do risco.

3. Muito embora a eficiência seja uma característica positiva das leis, sua busca não pode implicar o vilipêndio a direitos e garantias fundamentais. No plano das leis penais, o mero *eficientismo penal* provoca uma invasão desmensurada da intervenção penal em esferas dantes ocupadas exclusivamente pela tutela administrativa, ocasiona incrementos injustificáveis das sanções penais e transforma a política criminal em verdadeira política de segurança pública, acabando por materializar a hegemonia de grupos de pressão sobre o poder público.

4. A globalização flexibiliza a soberania estatal, potencializando a interdependência dos Estados e a *transnormatividade*, principalmente em questões afetas à proteção de direitos humanos e à preservação de interesses econômicos de grupos hegemônicos. O primeiro reflexo é o crescimento da tutela penal de direitos humanos, especialmente de grupos de pessoas vulneráveis, o que representa, em princípio, inegável vocação ética por colocar o Estado a serviço da pessoa, e não o contrário. No entanto, é imprescindível que essa proteção especial não vulnere garantias materiais e processuais básicas, igualmente prestigiadas no âmbito internacional. O segundo efeito é a canalização para o interior do ordenamento jurídico-penal nacional de ideias difundidas por discursos hegemônicos de insegurança social, que ocupam a pauta de diversos meios de comunicação, ensejando um clamor pelo recrudescimento das leis penais, medida barata, de propaganda fácil e simbolicamente eficaz. O terceiro e último efeito da globalização é a *economização do*

Direito Penal, por meio da utilização da tutela penal como reforço da proteção de interesses econômicos das grandes potências mundiais, com destaque aos Estados Unidos, instrumentalizados por meio de *soft laws* como acordos, convenções ou recomendações de organismos internacionais como a OCDE, OMC, Banco Mundial e a Câmara de Comércio Internacional.

5. Os riscos atuais são marcados pela globalidade de seu alcance e pela modernidade de suas causas, adquirindo importância as funções públicas e privadas que cuidam de seu gerenciamento. O manejo do risco é opção política, mas esta normalmente não considera estudos científicos e resultados probabilísticos. A Política tende a descarregar sobre o Direito a responsabilidade desse gerenciamento, que é realizado, com frequência, de modo disfuncional. Esse quadro acarreta a *administrativização* da tutela penal, que passa a ter a pretensão da gestão punitiva de riscos gerais a bens de caráter difuso, por meio da multiplicação de tipos penais de perigo abstrato.

6. As desproporcionalidades da legislação penal são caracterizadas por sua hipertrofia, uma expansão disfuncional do Direito Penal marcada por um crescimento desordenado de normas incriminadoras, por um lado, e pelo aumento assimétrico da quantidade de penas, por outro. Essas disfuncionalidades são normalmente vinculadas a uma *normatividade de emergência*, que se contrapõe a qualquer política criminal eficiente e racional, ensejando imperfeições técnicas e ineficácia das normas, ambos efeitos de um simbolismo penal estéril.

7. O princípio da proporcionalidade e seus corolários da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são instrumentos indispensáveis para a busca por equilíbrio e coerência entre as normas jurídicas. Por isso, é viável cogitar-se da existência de *tutelas penais inadequadas*, quando o interesse que se quer proteger não é digno da tutela penal; *tutelas penais desnecessárias*, quando o problema não está no interesse a ser protegido penalmente, mas na forma em que essa proteção se dá; e *tutelas penais estritamente desproporcionais*, hipóteses nas quais a atenção não se volta ao objeto de proteção ou à estrutura do tipo, porém antes à ausência de equilíbrio entre as penas abstratamente cominadas ao preceito penal.

8. São inadequadas as tutelas penais que visam a proibir condutas meramente imorais. É esperado que as normas apresentem carga valorativa, mas se espera que elas se voltem à proteção de interesses ético-jurídicos, delimitados e suficientemente relevantes para se garantir uma coexistência livre e pacífica entre os seres humanos. Normas penais não podem,

no entanto, voltar-se à proteção exclusiva de valores morais, ainda que compartilhados pela maioria da sociedade, como algumas questões ligadas à sexualidade, à pornografia, tabus, e a meros sentimentos.

9. São inadequadas as tutelas penais de interesses abstratos quando inexistente sua funcionalização ao atendimento dos interesses do indivíduo. Esse exame deverá ser realizado a partir da própria configuração social, porque esta definirá quais realidades sociais podem ser compreendidas como bens jurídicos coletivos dignos de proteção penal.

10. Os tipos penais de perigo abstrato serão desnecessários quando não contemplarem possibilidades não-fabricadas de danos. É o que ocorrerá, por exemplo, quando crimes de ação concretamente perigosa ignorarem dados da realidade empírica e dados técnicos pertinentes, e passarem a proibir condutas absolutamente inofensivas aos bens jurídico-penais.

11. Na seara dos delitos preparatórios, sejam eles de posse ou de status, devem ser estabelecidos parâmetros que indiquem a necessidade da intervenção jurídico-penal, impedindo-se que o legislador conte com a mais ampla liberdade para impor criminalizações desarrazoadas e calcadas em perigos artificiais. Por isso, tais normas devem comunicar comportamentos suficientemente desvalorados, que permitam verificar possibilidades não-fabricadas de dano, mediante o auxílio de dados da realidade empírica e de dados técnicos.

12. Os delitos de acumulação e os delitos de posse e de *status* que se fundamentem a partir da lógica pós-consumativa sempre serão exemplo de tutela penal inadequada, por infração intransponível ao princípio da ofensividade, porque, sequer remotamente, podem se vislumbrar qualquer possibilidade não-fabricada de dano a bens jurídico-penais.

13. As desproporcionalidades entre as diversas sanções penais estabelecidas abstratamente pelo legislador são aprofundadas pelo discurso pós-moderno, que destaca as funções preventivas negativas da pena, concepções úteis ao atendimento de uma pretensa eficácia punitiva, aos reclames da sociedade do risco e ao modelo penal da segurança cidadã. O medo do perigo e a prevenção são ideias que se fortalecem mutuamente, de modo que o agravamento indiscriminado das sanções, inevitavelmente, traz em si a marca da prevenção.

14. A prevenção geral positiva apenas provocará efeitos preventivos reais quando contemplar um conteúdo mínimo de justiça às normas a serem estabilizadas, por meio da atenção à proporcionalidade das penas. Ainda que inexistam fórmulas matemáticas que

apontem com exatidão quais seriam os justos montantes das penas, aptos ao estabelecimento de simetria e harmonização entre todas as demais cominações, alguns critérios podem ser observados para que se alcance o mínimo de equilíbrio entre as mais diversas normas penais secundárias. Esses critérios devem ser obtidos das próprias estruturas típicas, a partir da análise de três elementos: a natureza dos bens jurídico-penais, os desvalores abstratos das condutas e os desvalores abstratos dos resultados.

15. Deve haver um necessário imbricamento entre a dogmática constitucional e a dogmática penal, de modo que seus institutos, ao mesmo tempo que limitam e conferem razoabilidade à intervenção punitiva, ressoem o espírito constitucional democrático. O melhor instrumento para esse fim é o princípio da proporcionalidade e seus corolários da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, indispensáveis para a manutenção da harmonia não apenas próprio texto constitucional, mas para o estabelecimento de coerência dos demais ramos jurídicos, que encontram assento imediato ou remoto nas próprias normas constitucionais.

16. No âmbito penal, o princípio da proporcionalidade vai além do mero exercício de correspondência entre gravidade do fato e gravidade da pena, podendo oferecer sólidos fundamentos para o exame da legitimidade da intervenção punitiva. Por causa de sua vocação integradora, a proporcionalidade permite que diversos institutos penais possam assumir roupagem constitucional. Uma grande dificuldade é o seu caráter dúctil que, apesar de se harmonizar à ausência de rigidez de conceitos da pós-modernidade, permite a projeção de diversas incertezas.

17. A razoabilidade não é sinônimo da proporcionalidade, apesar de ambas visarem aos mesmos fins. A construção da primeira é devida aos sistemas de *common law*, especialmente ao Direito dos Estados Unidos. Apesar de sua menor sofisticação teórica, a razoabilidade poderá contribuir satisfatoriamente à aferição da legitimidade das leis a partir do estudo teoria dos escrutínios ou *standards* constitucionais (escrutínio estrito, escrutínio intermediário e escrutínio de mera racionalidade) que lhe é inerente, e não guarda correspondência com qualquer elemento teórico relacionado à proporcionalidade.

18. É necessário o estabelecimento das bases de uma Ciência da Legislação Penal que, com a necessária deferência ao princípio democrático, avalie as opções político-criminais do legislador. As leis penais não podem ser infensas a qualquer controle científico, devendo

se fundar em razões legítimas, devidamente explicitadas nos processos legislativos tendentes à edição de tipos penais incriminadores.

19. A análise da proporcionalidade das leis penais deverá tomar por base a estrutura do princípio da proporcionalidade e de seus elementos, porém o interior destes deverá ser preenchido por critérios que se movem a partir da lógica subjacente aos escrutínios constitucionais que, em síntese, modulam as exigências para a aferição da legitimidade das leis, a partir da natureza dos direitos por ela restringidos. Justamente porque ela não obedece à lógica do *tudo ou nada*, por meio da proporcionalidade, combinada com as ideias que fundamentam a teoria dos *standards* constitucionais, ao mesmo tempo em que são preservados clássicos institutos e critérios limitadores da intervenção penal, admite-se sua flexibilização, a depender de certos requisitos e desde que sejam obedecidos certos limites formais e materiais.

20. Em termos estritamente penais, o subprincípio da adequação diz respeito àquilo que pode ser objeto de proteção por meio do Direito Penal; em outras palavras, a tudo aquilo que pode ser classificado como bem jurídico-penal. Leis penais que tutelem diretamente interesses individuais devem se submeter ao escrutínio de mera racionalidade, bastando que se vislumbre no interesse individual protegido uma conexão com um direito fundamental da pessoa humana, ainda que este não esteja expressamente previsto no texto constitucional.

21. Os interesses individuais compõem o *núcleo do significado* de bem jurídico-penal. Já as questões exclusivamente morais, como alguns aspectos da sexualidade, da pornografia e mesmo da proteção de meros sentimentos, como o sentimento religioso ou de respeito aos mortos habitam o *resto do mundo*, de maneira que nunca poderão ser erigidas à categoria de bem jurídico-penal.

22. Os demais interesses coletivos circundam a *periferia do significado* desse instituto jurídico. Por esse motivo, atentem à lógica cambiante e devem se submeter a alguns critérios delimitadores adicionais. Em relação a eles, o legislador deve cumprir deveres especiais de duas ordens: atenção ao critério democrático-constitucionalista e à subsidiariedade penal simples. O primeiro feixe de deveres especiais implica na identificação, pelo legislador, da fundamentalidade constitucional do interesse coletivo; da medida em que esse interesse coletivo se coloca à proteção de direitos fundamentais individuais; e do grau de consenso social sobre a matéria. O segundo feixe de deveres especiais redunda na constatação de que a intervenção penal, por ser a medida estatal mais gravosa na liberdade do indivíduo,

somente poderá ser utilizado quando o Estado não dispuser de outros meios menos severos para impedir a prática de comportamentos que se quer coibir.

23. Deverão ser formados comitês compostos por especialistas em ciências criminais e áreas correlatas, que emitirão pareceres em torno da referência constitucional ao interesse coletivo, sua funcionalidade à satisfação de interesses individuais fundamentais, bem como da insuficiência de formas extrapenais de proteção. Por seu turno, a aferição do grau de consenso social sobre a matéria advirá da ampliação dos canais de participação popular, a partir do aperfeiçoamento das audiências públicas, utilização frequente de plebiscitos e referendos, a implementação de conselhos populares heterodoxos e pesquisas e opinião.

24. Para o Direito Penal, o subprincípio da necessidade relaciona-se ao exame das estruturas típicas utilizadas. Tipos penais de dano e de perigo concreto devem se submeter ao escrutínio de mera racionalidade, à medida que essas estruturas se conformam à própria essência do princípio da ofensividade, centrada na ideia de produção de um resultado palpável e, por isso mesmo, eles representam o *núcleo do significado* de ofensividade.

25. Por sua vez, os delitos de acumulação, os crimes de posse que atendem à lógica pós-consumativa e os crimes de status que não atendem à lógica pré-consumativa compõem o chamado *resto do mundo* do conceito de ofensividade, porque elas não representam, sequer sob a perspectiva abstrata, qualquer possibilidade, ainda que remota, de perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

26. As demais modalidades de tipos de perigo abstrato – crimes de ação concretamente perigosa e demais infrações de posse e de status, desde que fundadas na lógica pré-consumativa – situam-se na *periferia do significado* de ofensividade porque, apesar de carecerem de substrato empírico, são passíveis de contemplar condutas que possam realmente representar algum grau de perigo ao interesse protegido pela norma. A sua legitimidade estará condicionada à satisfação de deveres especiais de duas categorias: as possibilidades não-fabricadas de danos e a subsidiariedade penal qualificada.

27. As possibilidades não-fabricadas de danos dizem respeito ao acesso a dados científicos e dados empíricos, congregados, quando necessário, a uma finalidade especial de agir. O alcance aos dados técnicos ocorrerá por meio da abertura do procedimento legislativo a diálogos com cientistas das matérias que interessem a certos projetos de lei, compondo-se comitês de especialistas, nos quais se observe a maior diversidade possível das correntes de

estudos sobre dada matéria. Por sua vez, os dados empíricos serão obtidos a partir do acesso à realidade dos fatos, trazendo-se para o bojo dos projetos de leis as informações fáticas pertinentes. De modo específico, em se tratando dos delitos preparatórios de posse e de status, as possibilidades não-fabricadas de dano, ao lado dos dados técnicos e dos dados empíricos, dependerá da inserção típica de uma finalidade especial de agir, ou seja, uma *finalidade específica de realizar ou de contribuir com um comportamento delitivo final*, que dê sentido à própria proibição antecipada dessas condutas.

28. Já a subsidiariedade penal qualificada representa a existência de discussões técnicas acerca da efetiva necessidade de utilização da estrutura dos tipos de perigo abstrato. Para o seu cumprimento, aqueles mesmos comitês compostos por especialistas das ciências criminais e afins deverão apresentar estudos acerca da possibilidade de os interesses penalmente relevantes serem protegidos por meio das estruturas de tipos de dano ou de perigo concreto e, apenas na eventualidade da inidoneidade dessas formas de proteção, a partir de tipos de perigo abstrato.

29. A leitura penal do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito redunda na aferição sobre o equilíbrio sistêmico das penas mínimas e máximas que se pretende estabelecer em dados preceitos penais secundários. Para a realização desse exame, o princípio da igualdade deve ser densificado a partir de três critérios particulares ("eaden"), identificados no âmbito de cada tipo penal, nomeadamente: natureza dos bens jurídicos, desvalores abstratos das condutas e desvalores abstratos dos resultados.

30. Quando não houver coincidência exata entre os três *eaden*, o escrutínio aplicado será o de mera racionalidade. Nesses casos, vislumbra-se uma *dimensão vertical*, a partir da hierarquização desses níveis. Quanto aos interesses individuais, quanto mais próximos ao núcleo da dignidade humana, mais importantes serão e, no que tange aos interesses coletivos, sua importância crescerá quanto mais próxima for sua funcionalização à proteção de direitos fundamentais individuais. No que toca aos desvalores abstratos das condutas, relativamente à tipicidade subjetiva, conclui-se que condutas dolosas são mais graves que condutas culposas e, quanto à tipicidade objetiva, algumas vicissitudes podem representar um *plus* ou um *minus* de severidade, além de crimes permanentes autorizarem, em princípio, penas mais elevadas do que crimes instantâneos. Finalmente, no que concerne aos desvalores dos resultados, as formas consumadas devem receber reproches superiores às correspondentes modalidades tentadas e estas, por sua vez, por estarem mais próximas à consumação, devem

contemplar penas superiores a eventuais previsões típicas de punições de atos preparatórios. Ainda, as penas dos crimes de dano devem ser, como regra, superiores às penas dos crimes de perigo concreto e estas mais elevadas do que as correspondentes aos tipos de perigo abstrato. E, por fim, assim como se observa com os desvalores abstratos das condutas, condições especializantes podem representar um agravamento especial relativamente aos resultados.

31. A proporcionalidade em sentido estrito carece de um princípio de justiça como fundamento. Essa deficiência deverá ser suprida pelo cumprimento de deveres especiais pelo legislador, mesmo em se tratando do escrutínio de mera racionalidade.

32. Em se tratando do escrutínio de mera racionalidade, esses deveres especiais consistirão na participação de comitês de especialistas em ciências penais e áreas afins, cujas tarefas também contemplarão a emissão de pareceres acerca da proporcionalidade das penas mínimas e máximas dos futuros tipos penais, a partir de sua contextualização com os mais diversos preceitos penais secundários já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nesses casos, considerada a *dimensão vertical*, desde que sejam observados os limites mínimos tracejados pelos três *eaden*, confere-se deferência às quantidades de penais eleitas pelo legislador, que naturalmente gozará de maior âmbito de liberdade para o estabelecimento dos patamares sancionatórios abstratos.

33. Entretanto, nas situações em que existir coincidência exata entre os três *eaden*, o escrutínio será estrito, vislumbrando-se uma *dimensão horizontal*. Como regra, inexistindo diferenças entre os três elementos, as penas estabelecidas para dois os mais tipos devem ser idênticas. No entanto, na eventualidade de as penas serem diversas, somente se poderá concluir pela legitimidade desse *discrímen* se ele se embasar em razões sociais constrangedoras, devidamente indicadas pelos estudos e pareceres exarados pelo comitê de especialistas em ciências penais e áreas afins.

Referências bibliográficas

ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ADAMS, Bruce; SHERMAN, Betsy. *Sunset implementation: a positive partnership to make government work.* Public Administration Review, v. 38, n. 1, pp. 78-81, 1978.

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: *o poder soberano e a vida nua*. 2ª ed. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional.* In: MIR PUIG, Santiago; QUERALT JIMÉNEZ, Joan; FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia (coord.). *Constitución y princípios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-66, 2010.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPÍZAR CHAVES, Alberto. *Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza "lex certa"*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n. 24, v. 17, pp. 34-43, 2007.

ALVES, José Augusto Lindgreen. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMELUNG, Knut. *El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos.* Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 221-257, 2016.

AMBOS, Kai. *Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso*. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 121, pp. 127-160, 2016.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico.* Milão: Giuffrè, 1983.

APONTE CARDONA, Alejandro. *El derecho penal em una perspectiva de paz: de la tensión entre eficientismo y garantismo em el caso colombiano*. Sistemas judiciales, n. 1, v. 1, pp. 156-161, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 10, 2007, p. 14. Disponível em file:///C:/Users/tfilippo/Downloads/ARAG%C3%83O%252c%20Alexandre%20Santos%20de%252c%20Ag%C3%AAncias%20Reguladoras%20e%20Triparti%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Poderes%20(1).pdf. Acesso em 24.01.2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, David Teixeira. *O crime de receptação e formas de execução dolosa: direta e eventual.* In: AZEVEDO, David Teixeira. *Atualidades no direito e processo penal.* São Paulo: Método, 2001.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAHGWAT, Ashutosh. *Purpose scrutiny in constitutional analysis.* California Law Review, v. 85, pp. 299-369, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal.* Trad. Mauricio Martínez Sánchez. Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado, Barcelona, n. 1, pp. 37-55, 1991.

_____. *Principi del diritto penale minimo: per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*. Dei delitti e delle pene. Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 3, n. 3, pp. 443-573, 1985.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopes. *El moderno derecho penal para una sociedad de riesgo.* Madrid: Poder Judicial, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 309-345, 2009.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição.* 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo. *Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. Paulo M. Oliveira. 13ª ed. São Paulo: Ediouro, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

_____. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 208, v. 17, pp. 3-5, 2010.

_____. *Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz e PACELLI, Eugenio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, pp. 153-194, 2011.

_____. *Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103, pp. 411-436, 2008.

_____. *Genética e direito penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 238, pp. 8-9, 2012

_____. *Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 17, 2008.

_____. *O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal contemporâneo.* Revista Liberdades, São Paulo, v. 01, pp. 16-30, 2009.

_____. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no direito penal contemporâneo*. Vol. 10. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D´Plácido, 2018.

BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva.* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENNET, John. *The diversity ruse: how Grutter upheld affirmative action by failing to apply strict scrutiny*. Cumberland Law Review, v. 45, pp. 225-301, 2015.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio e CEPEDA, Ana Pérez. *Derechos humanos y derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones*. Revista Penal Mexico, n. 1, pp. 30-64, 2011.

BERNARDI, Alessandro. *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, v. 54, pp.536-583, 2011.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIRBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F, 2010.

BISI, Adriana de Oliveira Gonzaga; LEONEL, Wilton Bisi; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Direito penal do inimigo e lei de segurança nacional de 1935, no Brasil.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 137, v. 25, pp. 17-62, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial*. Vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; _____. *A desproporcional cominação de penas pelo art. 273 do código penal e sua inconstitucionalidade*. In: ZILIO, Jacson Luiz; BOZZA, Fábio da Silva. *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba, LedZe, pp. 1.031-1.056, 2012

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.

BLOND, Neil C. *Constitutional law*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.

_____. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado.* 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A confusa exegese do princípio da insignificância*. In: RASCOVSKI, Luiz (coord.). *Temas Relevantes de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, pp. 237-252, 2012.

_____. *Crimes de perigo abstrato*. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 18, n. 85, pp. 267-296, 2010.

BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Cláudio e SIQUEIRA, Leonardo. *Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 61, v. 15, 2016.

BRASIL. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento.* Disponível em "http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf.". Acesso em 26.02.2018.

BRASIL. *Pacote anticrime.* Disponível em: https://cdn.oantagonista.net/uploads/2019/02/MJSP-Projeto-de-Lei-Anticrime.pdf. Acesso em 30.04.2019.

BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic Constitution*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2007.

BRICOLA, Franco. *Teoría general del delito*. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. Buenos Aires: IBdeF, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Das penas.* 4ª ed. Rio: Rio de Janeiro, 1976.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral.* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo & a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CACIEDO, Patrick. *Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva.* Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2014.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CALATAYUD, Manuel Maroto. *Evaluación y racionalidad político-criminal en los procedimientos legislativos: el ejemplo de Suecia*. In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, pp. 179-199, 2016.

CALLEGARI, André Luis e WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 24, pp. 93-120, 2012.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, José Aparecido. *Teoria dos sistemas: autopoiese e alopoiese.* Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 3152-3191, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Trad. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *"Direito penal" do inimigo?* Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. In: CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLI, Nereu José. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición.* In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio (coords.). *20 anos da Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, pp. 197-208, 2009.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da histórica das drogas e bebidas.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2005;

CARO CORIA, Dino Carlos. *Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 9, pp. 177-219, 1999.

CARRINO, Agostino. *Hans Kelsen e Eugen Ehrlich. Scienza Giuridica e Sociologia del Diritto.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 5-33, 1992.

CARVALHO, Érika Mendes de. *A técnica dos valores-limite e os delitos de perigo abstrato.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 238, v. 19, pp. 14-15, 2011.

CARVALHO, Érika Mendes de e CARVALHO, Gisele Mendes de. *Direito penal do risco e responsabilidade penal das pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.* In: PRADO, Luiz Regis e DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.* 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 193, v. 16, pp. 8-10, 2008.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal, política criminal y reforma penal*. In: *Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, pp. 925-938, 1993.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTIÑEIRA, Maria Teresa; RAGUÉS, Ramón. *Three strikes: el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Revista de Derecho Penal y Criminologia, Madrid, n. 14, pp. 58-85, 2004.

CATÃO, Yolanda. *Notas sobre a punição do adultério e descriminalização*. Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, 13/14, pp. 68-75, 1974.

CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito de derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, n. 10, pp. 47-72, 2002.

CERVINI, Raul. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitucional law: principles and policies*. 2a ed. Nova Iorque: Aspen, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho penal: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro: transmodernidade, direito e utopia.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CORBETTA, Stefano. *La cornice editalle della pena e il sindicato de legitimittà costituzionale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 40, n. 1, pp. 137-174, 1997.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. *O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, pp. 227-252, 2013.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.* Porto: Universidade Católica Portuguesa: 1995.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, Décio Franco. *Delitos de acumulação e proteção ambiental.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Antecedentes históricos do Código Penal brasileiro*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 43, v. 10, pp. 117-134, 2011.

_____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 67, pp. 29-58, 2007.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Aborto: Estados Unidos e Brasil, um estudo comparado*. São Paulo: IPAM, 2015.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. *O risco na sociedade contemporânea*. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrwolski. Revista Sequência, Florianópolis, n. 28, 1994

DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Éditions Du Seuil, 1998.

DEL PINO, Ana María Prieto. *Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad.* In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

DIAS, Augusto Silva. *"What if everybody did it?: sobre a 'incapacidade de ressonância' do direito penal à figura da acumulação*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 3, v. 13, pp. 303-345, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral.* Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 33, pp. 39-65, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 4, vol. 17, pp. 547-599, 2007.

_____. *O direito penal simbólico e os efeitos da pena*. Trad. Luciana Caetano da Silva. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, v. 1, n. 1, pp. 24-49, 2004.

DOLCINI, Emilio. *Legi penali "ad personam", riserva di leggi e principio costituzionale di eguaglianza.* Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 47, n. 1, pp. 50-70, 2004.

DONINI, Massimo. *Il principio di offensività: dalla penalistica italiana ai programmi europei*. Diritto Penale Contemporaneo, Milão, n. 4, pp. 4-43, 2013.

_____. *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 44, n. 1, pp. 27-55, 2001.

DRESSLER, Joshua. *Criminal law*. 7ª ed. São Francisco: LexisNexis, 2015.

DUBBER, Markus D. *Policing possession: the war on crime and the end of criminal law.* Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, v. 91, pp. 831-994, 2001.

DWORKIN, Gerald. *Paternalismo.* Trad. João Paulo Martinelli. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v. 1, n. 1, pp. 7-27, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo.* Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Trad. René Ernani Gertz. Brasília: UnB, 1986.

EL HIRECHE, Gamil Föppel e FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Crítica às tipificações relativas ao tratamento do "crime organizado" no projeto de código penal e na lei 12.850/2003.* In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 427-474, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Código Penal modelo.* Disponível em http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf. Acesso em 26.01.2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em http://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules/FRCrP12.1.2014.pdf. Acesso em 15.02.2018

ESTELLITA, Heloísa. *Direito penal, constituição e princípio da proporcionalidade.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, pp. 11-13, 2003.

FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo José. *Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstrato y concreto en relación con el transito.* Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales, n. 1, pp. 150-181, 2000.

_____. *Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI.* Trad. Bruna Abranches Arthidoro de Castro. Revista Liberdades, São Paulo, n. 7, pp. 23-61, 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to others: the moral limits of the criminal law*. Vol. I. Nova Iorque: Oxford, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. Trad. Carlo Corccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Derechos y garantias: la ley del más débil.* Trad. Perfecto Andrés Ibañez e Andrea Greppi. Madrid: Trota, 1999.

FERREIRA, Carolina Costa. *O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, n. 129, pp. 137-180, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O estado no limiar do novo século.* Revista Jurídica da Universidade de Franca n. 3, vol. 2, pp. 153-164, 1999.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional.* 4a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal.* Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIORE, Carlo. *Il principio di offensività*. L´indice penale, Padova, v. 28, n. 2, pp. 275-288, 1994.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção.* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, n. 2, v. 6, pp. 175-187, 1996.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho. *Proporcionalidade, bem jurídico e tutela penal do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FRIEDMAN, Lawrence. *Law in america: a short history*. Nova Iorque: A Modern Library, 2002.

FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico.* Curitiba: Juruá, 2015.

GALLOWAY, Russel W. *Means-end scrutiny in american constitutional law*. Loyola of Los Angeles Law Review, v. 1, pp. 449-496, 1998.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Alessandro. *Dall'indeterminate sentence alle sentencing guidelines: una riforma rivoluzionaria negli USA.* L'indice Penale, Padova, v. 28, pp. 36-64, 1994.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Buttelli. *O respeito agonístico como princípio de legitimação (substancial) da racionalidade legislativa aplicada à produção de normas penais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 147, pp. 779-811, 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *A importância dos critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. In: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais *et al.* Belo Horizonte: D´Plácido, pp. 235-247, 2017.

_____. *A lei 11.923/09 e outra vez a desproporcionalidade no ordenamento jurídico penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 199, pp. 8-9, 2009.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Periculosidade no direito penal contemporâneo*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz e PACELLI, Eugenio. *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, pp. 237-253, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*. México: Pereznieto Ed., 1995.

GRACIA MARTÍN, Luis. *A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático).* Trad. Érika Mendes de Carvalho. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 88, pp. 95-142, 2011.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos-seleções de notas de prisão*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971.

GRECO, Luís. *As razões do direito penal: quatro estudos*. Trad. coord. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

_____. *Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal.* Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, v. 2, n. 3, pp. 249-276, 2007.

_____. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 32, v. 8, pp. 307-362, 2000.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, v. 12, pp. 89-147, 2004.

GRECO, Rogério. *Adendo. Lei 12.015/2009: Dos crimes contra a dignidade sexual*. Vol. I. 3a ed. Niterói: Impetus, 2002.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideologia de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*, pp. 305-319. In: MIRANDA, Jorge e SILVA, Marco Antônio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infración de un deber: ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?* In: *La insostenible situación del derecho penal.* Granada: Comares, pp. 489-505, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

HARCOURT, Bernard E. *The collapse of the harm principle*. The Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, vol. 90, pp. 109-194, 1999.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 17a ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.* Trad. Elena Larrauri. Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado, Barcelona, n. 1, pp. 23-36, 1991.

_____. *Direito penal libertário.* Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Introdução aos fundamentos do direito penal.* Trad. Pablo Rodrigo Auflen da Silva. Porto Alegre: safE, 2005.

_____. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo blanch, 2016.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal.* In: GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. *Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal*. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antônio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.* Madrid: Marcial Pons, pp. 417-436, 2012.

HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro*. Trad. Elena Larrauri Puoan e Fernando Pérez Álvarez. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, n. 1, v. 46, pp. 317-327, 1993.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 1998.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estrutura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa.* In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 279-302, 2016.

HOBSBAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HÖFFE, Otfried *¿Existe un derecho penal intercultural? Um ensayo filosófico*. Trad. Maximiliano Vaccalluzzo e Florencia Ham. Revista de Derecho Penal, n. 1, pp. 257-272, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HORDER, Jeremy. *Ashworth's principles of criminal law*. 8ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

HUBBART, Phillip. *Making sense of search and seizure law: a fourth ammendment handbook*. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

HUDSON, Barbara. *Justice through punishment: a critique of the "justice" model of correction*. London: Macmillan, 1987.

HUSAK, Douglas. *Crimes outside the core*. Tulsa Law Review, v. 39, pp. 755-779, 2004.

_____. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford, 2008.

IRTI, Natalino. *L´età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal – parte general.* Trad. Joaquin Contreras e José Luis S. Gonzales de Murillo. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* Trad. Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, n. 11, v. 7, pp. 23-42, 2001.

JESSUP, Philip. *Transational law*. New Haven: Yale University Press, 1965.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral.* Vol. I. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

JOWELL, Jeffrey. *Beyond the rule of law*: *towards constitutional judicial review*, Jowell JL, pp. 671-683, 2000.

JULIANO, Mario Alberto. *La indefectible natureleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*. Pensamiento penal del sur, Buenos Aires, v. 1, pp. 485-503, 2004.

KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal.* In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoria del bien jurídico - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico*? Madri, Barcelona: Marcial Pons, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito.* Trad. António Ulisses Cortês. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KINDHÄUSER, Urs. *A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autofirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?* Trad. Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 27, n. 155, pp. 214-225, 2019.

_____. *Teoría de las normas y sistemática del delito.* Lima: Ara, 2008.

KÖLER, Michael. *O conceito de pena*. Trad. Oliveiros Guanais. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 319-349, 2015.

KUHLEN, Lothar. *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung* (§ 324 StGB). Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heidelberg, ano 133, pp. 389-408, 1986.

_____. *Umweltsfrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 697-726, 1993.

LAMO DE ESPINOSA, Emilio. *De bruces com la postmodernidad. Ignorancia, poder y comunicación en la sociedad del riesgo*. Política exterior, vol. XV, n. 80, pp. 11-20, 2001.

LANZI, Alessio. *Considerazioni sull´eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminale*. L´indice Penale, Padova, v. 6, n. 3, pp. 895-903, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Trad. José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASCÚRIAN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La proporcionalidad de la norma penal.* Revista Ibero-americana de Ciencias Penales, Porto Alegre, v. 1, n. 0, pp. 223-250, 2000.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais.* São Paulo: Saraiva, 2012.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. *Direito penal na pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco.* Curitiba: Juruá, 2015.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão.* Vol. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Panorama dos crimes de posse*. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, pp. 104-128, 2013.

LOCKE, John. In: *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
LÓPEZ RUIZ, Francisco. *Regla formal de justicia, valores y princípios.* Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, n. 4, v. 2, pp. 225-242, 1995.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A moderna sociedade do risco e o uso politico do controle penal ou a alopoiesis do direito penal.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 95, v. 20, pp. 239-272, 2012.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad.* Trad. Javier Torres Nafarrete. 2ª ed. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

_____; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoria de sistemas:* lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete. Mexico: Antropos, 1999.

_____. *Sociologia del riesgo*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Guadalaraja: Universidad de Guadalaraja, 1992.

LUISI, Luiz. *Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal.* Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, pp. 35-43, 1996.

LUNA, Eric. *The overcriminalization phenomenon*. American University Law Review, v. 54, n. 3, 2005.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade*. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, pp. 177-189, 2014.

_____. *Reflexos da pós-modernidade no direito penal.* Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 9, n. 16, pp. 49-74, 2012.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004.

MAGNOLI, Demétrio. *Globalização: estado nacional e espaço mundial.* 9a ed. São Paulo: Moderna, 1997.

MALISKA, Marcos Augusto. In: CANOTILHO, José Joaquim; MENDES, Gilmar Ferreira e STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.

MANES, Vittorio. *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, v. 50, pp. 739-789, 2007.

_____. *El principio de ofensividad, entre codificación y previsión constitucional.* Revista Aranzadi de derecho y proceso penal, Pamplona, n. 9, pp. 99-113, 2003.

MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 4, n. 2, pp. 313-337, 1997.

MARCUS, Jonathan. *Model Penal Code Section 2.02(7) and Wilfull Blindness.* The Yale Law Journal, v. 102, n. 8, pp. 2231-2257, 1993.

MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 42, n. 3, pp. 802-820, 1999.

MARONNA, Cristiano Avila. *O crime do art. 273 do Código Penal e o caso dos medicamentos fitoterápicos*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo e SOUZA. Luciano Anderson de. *Direito penal na pós-modernidade*. São Paulo: Quartier Latin, pp. 137-149, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Brasília, n. 6, v. 3, pp. 237-248, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea*. Revista de Direito Público da Economia, n. 33, 2011. Disponível em file:///C:/Users/tfilippo/Downloads/MARQUES%20NETO%252c%20Floriano%20A%252c%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20e%20Autorregula%C3%A7%C3%A3o%20(2).pdf. Acesso em 24.01.2018.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena.* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTÍN, Adán Nieto. *Un triángulo necessário: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental*. In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, pp. 407-443, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Os atos preparatórios na nova lei "antiterrorismo"*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 24, n. 284, pp. 11-12, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoria del "Big Crunch"en la seleción de bienes jurídico-penales.* In: Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, pp. 953-985, 2003.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado.* Madrid: Edersa, 1992.

MARTINÓN CANO, Gilberto. *El bien jurídico como principio irrenunciable en el derecho penal del siglo XXI*. Revista penal Mexico, Mexico, DF, n. 1, pp. 161-170, 2011.

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *El princípio de intervención mínima.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, n. 40, v. 1, pp. 99-134, 1987.

MATA BARRANCO, Noberto Javier de la. *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, v. 60, pp. 165-204, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, André Pacheco Teixeira. *Por que o legislador quer aumentar penas?: populismo legislativo na Câmara dos Deputados. Análise das justificativas das proposições legislativas no período de 2006 a 2014.* Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo.* Madrid: Civitas, 2001.

MESSUTTI, Ana. *La justicia deconstruida.* Barcelona: Bellaterra, 2008.

MEZGER, Edmund. *Decrecho penal*: *parte general*. Trad. Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: El foro, 1985.

MILL, Stuart. *On liberty*. Kitchner: Ontario, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el estado social y democratico de derecho.* Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de limites materiales del derecho penal.* In: MIR PUIG, Santiago e JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. *Constitución y princípios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 67-104, 2010.

_____. *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva.* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 39, n. 1, pp. 49-58, 1986.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal.* Barcelona: PPU, 1976.

MOCCIA, Sergio. *A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade*. Trad. André Ribeiro Giamberardino. In: GRECO, Luís e MARTINS, Antônio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por ocasião de seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012.* Madrid: Marcial Pons, pp. 405-416, 2012.

_____. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 7, n. 25. pp. 58-91, 1999.

_____. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale.* 2ª ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* São Paulo: Atlas, 2007.

MORENO LÓPEZ, María Soledad. *La proporción de las penas a los delitos en la reciente reforma penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 85, v. 18, 2010.

MORSELLI, Elio. *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 31, pp. 48-78, 1998.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguéz. *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional.* Madrid: Civitas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição federal.* 8a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEUMANN, Ulfrid. *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena.* Trad. Pablo Sánchez-Ostiz. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (org.). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, pp. 201-212, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica.* São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán. *Americanización o europeización del derecho penal económico.* Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 19, pp. 120-136, 2007.

NIÑO, Luis Fernando. *Políticas criminales y penales regresivas en el marco de la denominada "sociedad del riesgo".* Revista de Derecho Penal: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, n. 3, v. 21, pp. 25-40, 2013.
NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 7ª ed. Illinois: Thomson and West, 2004.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *La evolución del derecho penal en el presente siglo*. Caracas: Editorial Juridica Venezolana, 1977.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUVOLONE, Pietro. *Norme penali e principi costituzionale*. Milão: Giuffrè, 1957.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. *O conceito de soberania perante a globalização.* Revista CEJ, Brasília, n. 32, v. 10, pp. 80-88, 2006.

ORTH, John V. *Due process of law*. Kansas: University Press, 2003.

OST, François. *O tempo do direito.* Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PADOVANI, Tullio. *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di reforma: il problema della comminatoria edittale.* Rivista Italina di Diritto e Procedura Penale, Milão, 1992.

PAGLIARO, Antônio; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PALAZZO, Francesco. *Meritti e limitti dell'offensività.* In: ANGIONI, Francesco *et al. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali.* Milão: Giuffrè, 1996.

_____. *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 41, pp. 350-384, 1998.

_____. *Valores constitucionais e direito penal.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989.

PAPA, Michele. *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA.* Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milão, v. 27, pp. 726-758, 1984.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales*. Revista de Derecho Penal y Criminología, Madrid, n. 11, 2003.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática.* Barcelona: Atelier, 2005.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omissión pura*, Cuardenos de Conferencias y Articulos, Universidad Externado de Colombia, n. 32, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.* Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 39, pp. 723-748, 1989.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal.* 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria dos fins da pena: breves reflexões.* In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 373-391, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo*. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Cintra. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 47, pp. 31-45, 2004.

QUIRÓS, Diego Zysman. *Castigo e determinação da pena nos E.U.A.: um estudo sobre as United States Sentencing Guidelines*. Trad. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. *O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 139, v. 26, pp. 69-108, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. *Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal.* Revista de Derecho Penal y criminología, Madrid, n. 12, pp. 111-164, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *A exigência da proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiro*. Revista de Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo, v. 1, n. 1, pp. 115-139, 2010.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral.* 4ª ed. São Paulo: Forense, 2012.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RICCARDI, Giuseppe. *I confini mobili del principio di offensività.* L´indice penale, Padova, v. 2, n. 2, pp. 711-739, 1999.

RICHTER, Jeremy W. e SANTOS, Paulo César Batista dos. *Leis criminalizando o casamento entre negros e brancos nos Estados Unidos.* In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi e DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. *Brasil e EUA: temas de direito comparado.* São Paulo: EPM, pp. 343-355, 2017.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Controle difuso de constitucionalidade da norma penal: reflexões valorativas*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *A identidade da dogmática jurídico-penal*. Trad. Marília Bassetto. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 193-211, 2015.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la mesa de Henri Batasuna*. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 70, pp. 219-244, 2000.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico.* Trad. De Arno Del Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROMERO, Marta Muñoz de Morales. *Codificación y técnica legislativa en Estados Unidos de América.* In: MARTÍN, Adán Nieto *et al. Hacia una evaluación de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons , pp. 201-237, 2016.

ROSENFELD, Michel. *Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional*. Trad. Javier Dorado Porras. Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: safE, 2003.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli (org. e trad.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?* Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 433-448, 2016.

_____. *Estudos de direito penal*. 2ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Novos estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. LEITE, Alaor (org.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Política criminal y sistema de derecho penal.* Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.

_____. *Problemas actuales de dogmática penal.* Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004.

_____. *Problemas básicos de derecho penal.* Trad. Diego Manuel Luzón Pena. Madrid: Reus, 1976.

_____. *Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 35, v. 9, pp. 13-27, 2001.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Legislação penal e ciências criminais: por uma teoria orientadora dos interesses político-criminais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 147, n. 26, pp. 587-614, 2018.

_____. *Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 131, v. 25, pp. 223-247, 2017.

_____. *Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 137, n. 25, pp. 323-245, 2017.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio.* São Paulo: Atlas, 2014.

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

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica.* São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2018.

_____. *Tipicidade penal e sociedade de risco.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ-RUBIO, Ana. *Igualdad y diferencia: ¿dos principios juridicos?* Derechos y libertades: Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos, Madrid, v. 2, n. 4, pp. 259-285, 1995.

SANFELICE, José Luís. *Pós-modernidade, globalização e educação*. In: *Globalização, pós-modernidade e educação*. José Claudinei Lombardi (org.). Campinas: Autores Associados, 2001.

SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica?* São Paulo: Brasiliense, 2009.

SANTIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 3, n. 32, 2002. Disponível em https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/892/878. Acesso em 10.04.2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4a ed. São Paulo: Graal, 1989.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 7a ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____; NUNES, João Arriscado. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 121, pp. 13-50, 2016.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 47, v. 12, pp. 60-122, 2004.

_____; VALE, André R. do. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAYRE, Francis Bowes. *Public welfare offenses*. Columbia Law Review, v. 33, n. 1, pp. 55-88, 1993.

SCALCON, Raquel Lima. *Breves reflexões sobre a racionalidade do processo legislativo e seu impacto na presunção e no controle de constitucionalidade da lei penal.* In: D'ÁVILA, Fábio Roberto *et al. Direito penal e constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, pp. 393-407, 2018.

_____. *Controle constitucional de leis penais: da prognose legislativa sobre os efeitos potenciais e concretos da lei penal aos deveres de seu monitoramento e de melhoria da lei penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana.* Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1998.

_____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional.* Adriano Teixeira (coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2018.

_____. *Do templo ao mercado. Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação.* Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 298-321, 2013.

_____. *Espiral ou ovo estrelado? Modelos do direto: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia da linguagem*. In: GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* São Paulo: Marcial Pons, pp. 285-297, 2013.

_____. *O direito penal é a* ultima ratio *da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. Trad. Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Luís Greco (coord.). São Paulo: Marcial Pons, pp. 69-90, 2013.

_____. *Um olhar crítico ao modelo processual norte-americano.* Trad. Danielle Soares Delgado Campos. In: GRECO, Luís (coord). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, pp. 240-261, 2013.
SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Fundação Konrad-Adenaur, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHIMIZU, Bruno; e CACICEDO, Patrick. *Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 286, pp. 8-9, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, pp. 23-50, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Eficiência e direito penal.* Trad. Antônio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2004.

_____. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, pp. 65-78, 1998.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3a ed. Madrid: Edisofer, 2011.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais*. Revista de informação legislativa - RIL, Brasília, v. 47, n. 186, p. 7-28, 2010.

SILVEIRA, Renato Jorge de Mello. *A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 238, pp. 6-7, 2012.

_____. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual.* São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015

SINGER, Richard e LA FOND, John. *Criminal law.* 3a ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: o substrato clássico como pré-compreensão para o direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Intervención jurídico penal y construcción de los delitos acumulativos.* Revista de Derecho Penal Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, n. 1, pp. 379-405, 2013.

STAROBIN, Paul. *After america: narratives for the next global age*. Nova Iorque: Viking, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. Trad. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von e WOHLERS, Wolfgang (eds.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, pp. 101-122, 2016.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: parte general I. El hecho punible.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thomson/Civitas, 2005.

STRAUSS, David. *The living constitution*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

STRUENSEE, Eberhard. *Os crimes de posse*. Trad. José Danilo Tavares Lobato. Revista Liberdades, São Paulo, n. 12, pp. 56-69, 2013.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico.* Trad. Lucas Minorelli. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal (UFRGS), v. 2, n. 1, pp. 3-14, 2016.

SYDOW, Spencer Toth. *O bem jurídico nos crimes informáticos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 113, pp. 193-212, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência.* Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, pp. 43-57, 1997.

_____. *Bien jurídico y función en derecho penal.* Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. *Critérios de seleção de crimes e cominação de penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, número especial de lançamento, pp. 75-87, 1992.

_____. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. *Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência.* Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Instituto Carioca de Criminologia, Rio de Janeiro, v. 17, pp. 89-99, 2012.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

TEUBNER, Gunther. *After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law*. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Dilemmas of law in the Welfare State*. Berlin: De Gruyter, pp. 299-325, 1996.

THE BLUEBOOK*: a uniform system of citation.* Cambridge: The Harvard Law Review Association, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico.* Trad. Leopoldo H. Schiffrin. Revista de Derecho y Ciencias Penales n. 5-8, pp. 461-475, 1975.

_____. *La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas*. Trad. Antoni Llabrés Fuster. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 37, v. 10, pp. 73-97, 2002.

TONRY, Michael. *Sentencing matters*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

TORRES, Igor Gonçalves. *O enfraquecimento do estado nacional como entidade reguladora do comércio exterior*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 1997.

TREIMAN, David M. *Equal protection and fundamental rights – a judicial shell game*. Tulsa Law Review, v. 15, pp. 183-229, 1979.

URQUIZO OLAECHEA, José. *La prohibición de analogía* in malam partem *en el derecho penal.* Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 9, pp. 627-639, 1997.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VARAT, Jonathan; AMAR, Vikram e COHEN, William. *Constitutional law cases and materials*. 13a ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2009.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Considerações iniciais sobre semiótica jurídica*. Revista CEJ, Brasília, v. 14, n. 51, pp. 115-124, 2010.

VIRILIO, Paul. *A arte do motor*. Trad. Paulo Roberto Pires. São Paulo: Liberdade, 1996.

VOGEL, Joachim. *La internacionalizacion del derecho penal y el proceso penal*. Trad. Alfonso Galán Muñoz. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 22, pp. 160-167, 2008.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista*. 4ª ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WILSON, James Q. *Thinking about crime*. Nova Iorque: Basic Books, 2003.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los princípios penales: su naturaleza y funciones em la argumentación penal.* Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. *Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, pp. 13-23, 1997

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general.* 2a ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *O inimigo no direito penal.* 2a ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2009.