

**A (DES)PROPORCIONALIDADE DO DIREITO PENAL
NA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS: UMA ANÁLISE
A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Luiz Fernando Rossetti Borges*

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a essencialidade da teoria do bem jurídico na conformação de um direito penal atento à sistemática dos direitos fundamentais, orientada pelo princípio da proporcionalidade. Para tanto, examinam-se as profundas e necessárias relações entre o direito penal e a Constituição, a qual é o fundamento último de legitimidade da lei penal substantiva. Com o fito de atender a essa expectativa, investiga-se a necessidade de sofisticação da teoria do bem jurídico, para que justifique a presença de delitos de perigo abstrato e tipos incriminadores de atos preparatórios. A aplicação da máxima da proporcionalidade, não obstante, apresenta-se indispensável ao legislador e ao juiz, notadamente porque os orienta em suas tarefas precípuas, de forma a legitimar o direito penal. Ao final, utilizando-se desse instrumento, cotejam-se os delitos contra a vida e contra o patrimônio, os quais, por decorrência da política criminal dirigida pelo poder econômico, protegem deficientemente a vida e punem excessivamente crimes contra o patrimônio.

Palavras-chave: teoria do bem jurídico; direitos fundamentais; proporcionalidade.

1 Introdução

O direito penal e o sistema punitivo como um todo têm se mostrado falhos e incapazes em exercer a parcela do controle social que lhe são devidos, recaindo, conseqüentemente, em uma grave crise de legitimidade, como alerta Eugenio Raul Zaffaroni (1998, p. 23, tradução nossa)

A falência da racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como uma sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício do poder das agências de

* Pós-graduando *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Assessor jurídico do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente (CME) do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC).

LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES

nossos sistemas penais. Hoje é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal se tornaram “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em nenhum lugar ou a qualquer momento¹.

Em que pese o posicionamento do jurista argentino, reputa-se importante a análise realizada neste artigo, pois o direito penal é a forma mais eficaz e legítima até então encontrada para a proteção dos bens jurídicos mais importantes ante a ofensas contundentes. Para tanto, a (re)legitimação do direito penal deve passar necessariamente pela afirmação de direitos fundamentais, a partir do giro democrático que deve ser realizado pós-Constituição de 1988.

O tema foi escolhido primordialmente em razão da importância e necessidade de colocar o princípio da proporcionalidade em discussão, haja vista a comumente cominação de penas, no Código Penal, desproporcionais, mormente o cotejo que se faz entre os crimes contra a pessoa e os patrimoniais.

Frise-se, por mais importante, que este trabalho não pretende esgotar as discussões sobre a matéria, mas, ao contrário, suscitá-las.

2 A proteção de bens jurídicos

A profunda e necessária relação entre Constituição e direito penal é fundamento para a compreensão do direito de punir do Estado (*jus puniendi*), na medida em que revela os parâmetros a serem observados nas tarefas legislativa e judicante. A partir do entendimento de que a Constituição é fonte primária do direito penal, sobreleva-se autorizada a identificar os bens jurídicos essenciais à vida humana em sociedade e, portanto, mercedores da tutela penal.

A Constituição determina as diretrizes para a construção do ordenamento jurídico. Nessa ordem de ideias, Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 125) afirmam que “o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional”.

Perquirem-se, no presente trabalho, os bens jurídicos fundamentais e vitais contra os quais a ofensa deverá ser punida pelo direito penal. Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007) afirmam ser a Constituição a norma que vai aferir o sistema de valores a ser tutelado e aduzem a necessidade de elaborar um conceito material do bem jurídico capaz de cumprir a função crítica e limitadora do *jus puniendi*, bem como asseveram a indispensabilidade de o bem jurídico possuir não somente dignidade formal, mas também material.

¹ No original: “La quiebra de la racionalidad del discurso jurídico-penal arrastra consigo – como sombra inseparable – la pretendida legitimidad del ejercicio de poder de las agencias de nuestros sistemas penales. Es hoy incontestable que la racionalidad del discurso jurídico-penal tradicional y la consiguiente legitimidad del sistema penal se han vieldo ‘utópicas’ y ‘atemporales’: no se realizarán en ningún lugar ni en ningún tiempo.”

A teoria do bem jurídico é pedra angular na conformação de um direito penal constitucional, na medida em que a Constituição é o fundamento último de legitimação de tipos penais incriminadores. Essa teoria, não obstante, exorta a limitação do legislador e do operador do direito à própria Constituição. Na percepção de Tiago Cintra Essado (2008, p. 29), o conceito de bem jurídico é de fundamental importância, “eis que a ciência penal deve guardar consonância com a realidade social, ponto de partida para o legislador desenvolver o trabalho de seleção dos critérios para tornar uma conduta típica”.

Por seu turno, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 9) discursa sobre a necessidade do conceito de bem jurídico como critério de criminalização e como objeto de proteção penal, o qual reputa ser imprescindível, dado que “[...] parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital/trabalho assalariado* [...]”.

Os bens jurídicos podem ser conceituados, no expressivo dizer de Claus Roxin (2013, p. 18-19), como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos”. Pode-se afirmar, nesse contexto, que a missão precípua do direito penal é a proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos previstos constitucionalmente.

O principal detrator dessa teoria é Günter Jakobs (2012), que assenta a ideia de que o fim do direito penal é a proteção da vigência da norma, mas não a proteção de bens jurídicos. Não se adotará essa teoria no presente trabalho, haja vista que constrói uma hipótese que traria ao legislador uma ilimitada disposição na criação de tipos penais, a despeito da existência de bens jurídicos constitucionalmente protegidos e, portanto, garantidores de direitos fundamentais.

O posicionamento de Günter Jakobs (2012) não pode, todavia, ser totalmente rechaçado, haja vista que a teoria do bem jurídico é insuficiente, *a priori*, para justificar a legitimidade de certos tipos penais. O alarmante recrudescimento dos crimes de perigo abstrato, cuja punição se dá no momento prévio à lesão do bem jurídico e à penalização de atos preparatórios ao delito, somente pode ser justificado a partir de um novo paradigma da teoria do bem jurídico.

Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers (2007, p. 288, tradução nossa) afirmam que “[...] os delitos de perigo precisam de uma legitimação superadora do dogma do bem jurídico: é necessária a prova de que a mera transgressão como tal – também quando no caso concreto está excluída uma ameaça ou prejuízo – pode legitimar uma punição”.

Sobre esse descompasso entre a teoria do bem jurídico e a escalada de novos tipos penais de perigo abstrato e criminalizadores de atos preparatórios, Wolfgang Wohlers (2007) sustenta haver a necessidade de se optar entre: *a*) ter por ilegítimos os tipos penais que resultem problemáticos conforme esse critério e lutar pela sua derrogação; e *b*) ter por legítimos, mas sem ultrapassar, certos limites.

A segunda concepção tem sido amplamente aceita pelos juristas alemães que discutem a atualidade da teoria do bem jurídico, partindo-se de uma compreensão de que “não há nada que impeça o legislador avançar na proteção penal com fins preventivos e, em cumprimento dos deveres de proteção que virão constitucionalmente impostos, atuar também contra os que são somente fontes potenciais de dano” (STERNBERG-LIEBEN, 2007, p. 114, tradução nossa)². Consta-se, por via de consequência, que esses juristas pretendem adequar a teoria do bem jurídico, dado que representa uma conquista na limitação do direito de punir do Estado.

Nessa ordem de ideias, a Corte Constitucional brasileira, no *Habeas Corpus* n. 102.087/MG, na relatoria do ministro Gilmar Mendes, julgado em 28 de fevereiro de 2012 (BRASIL, 2012), no qual foi analisada a constitucionalidade de crimes de perigo abstrato, entendeu-os como legítimos, fazendo constar que “pode o legislador [...] definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo”, em uma perspectiva de que a criação de crimes de perigo abstrato é a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos supraindividuais ou de caráter coletivo.

Nesse contexto, ainda na problemática constatada sobre a teoria do bem jurídico como fundamento de legitimação do direito penal, Claus Roxin (2013) insere os exemplos da condução de automóvel em estado de embriaguez e de fazer desaparecer sua própria coisa para logo avisar ao seguro como se a coisa fora roubada. Nesses casos, afirma Claus Roxin (2013, p. 28) o seguinte:

[...] o princípio de proteção de bens jurídicos é somente útil em uma forma modificada, pois as duas regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos; o primeiro exemplo serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguros. O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico.

Sobre o tema, insta destacar o lapidar ensinamento proveniente do escólio de Luiz Luisi (1998, p. 36):

É de ressaltar-se que a tutela de tais bens é feita na legislação penal de forma direta, mas também de forma indireta e mesmo preventiva. Essa última se impõe por meio da punição de fatos que constituem uma atividade prefacial – a agressão ao bem jurídico relevante – e que se não forem contidos tornam inócua a tutela do bem jurídico, pois se inexistentes essas criminalizações de tutela prévia, resultaria inviável a proteção

² No original: “[...] no hay nada que impida al legislador adelantar la protección penal con fines preventivos y, en cumplimiento de los deberes de protección que le vienen constitucionalmente impuestos, actuar también contra lo que son sólo fuentes potenciales del daño.”

efetiva dos bens jurídicos relevantes. A proteção penal, pois, faz-se pela criminalização protetora do bem jurídico constitucional, tutelando-o não só diretamente, mas, às vezes, por necessário, penalizando condutas preparatórias que se não enfrentadas tornariam inócua a proteção do bem jurídico fim. Nesse caso a proteção penal se antecipa, criminalizando situações que põem em perigo o bem jurídico.

Verifica-se, nesse contexto, que a teoria do bem jurídico continua hígida, desde que observadas as limitações anteriormente expostas e as adaptações necessárias para a hodierna multipositivação de normas de perigo abstrato e incriminadoras de atos preparatórios. Importante destacar o entender de Bernd Schünemann (2007, p. 226, tradução nossa), que, partindo de um paradigma liberal e sob uma perspectiva de integração do direito penal na Europa ocidental, assevera que “não somente se deve perseverar em uma posição central do conceito de bem jurídico para a dogmática penal; mas também perceber que o autêntico desenvolvimento da teoria do bem jurídico ainda está por vir”³.

Por essas razões, Luciano Feldens (2005, p. 33) defende que “a noção de bem jurídico segue desempenhando um papel inquestionavelmente preponderante, operando como um fator decisivo na diagramação – definição das fontes e dos limites – do *jus puniendi*”.

Assim, partindo-se da teoria do bem jurídico é que se poderá aferir a “dignidade penal” de determinada conduta, a ser dimensionada pelo legislador no momento de sua atividade na criação de tipos penais incriminadores e seus respectivos preceitos secundários.

Os bens jurídico-penais revelam correspondência, em grande parte, com os direitos fundamentais, que podem se encontrar dentro ou fora do catálogo. Os direitos à vida e à liberdade (individual, sexual, de trabalho) são indubitavelmente bens fundamentais que se manifestam nucleares na configuração do atual modelo punitivo estatal, aos quais são prescritos uma considerável gama de textos normativos incriminadores. A propriedade, embora também central no ordenamento jurídico, por sua vez, merece especial atenção, dada a questionada fundamentalidade desse direito, como se verá mais adiante, no momento apropriado.

Não são todos os bens fundamentais, por sua vez, que deverão ser protegidos pelo direito penal (ou seja, que possuam um tipo penal correspondente), em homenagem aos princípios da fragmentariedade⁴ e da intervenção mínima⁵, como se pode

³ No original: “[...] no sólo se debe perseverar en la posición central del concepto de bien jurídico para la dogmática penal; sino que, más bien, el auténtico desarrollo de la teoría del bien jurídico está aún por venir.”

⁴ “[...] o postulado da fragmentariedade prescreve que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente” (PRADO, 2013, p. 71).

⁵ “O princípio da *intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são

LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES

notar da desnecessidade de tutelar o direito à moralidade pública por meio da intervenção penal. Na lição de Claus Roxin (2007, p. 449, tradução nossa), “[...] a mera ilicitude moral não é suficiente para justificar uma disposição penal. Se não infringir a liberdade e segurança de ninguém, não afetará um bem jurídico”⁶.

Nessa ordem de ideias, normas penais que protejam apenas valores morais não se encontram presentes na lógica de que a conduta proibida pelo direito penal deve ofender, necessariamente, bem jurídico alheio. Trata-se, nesse sentido, de apenas defender a moral em si mesma. Em uma perspectiva liberal, não pode o Estado estabelecer que moral o cidadão deve seguir, imiscuindo-se o direito em uma seara íntima do cidadão, na qual não poderia adentrar.

Verifica-se, portanto, que nem todos os direitos fundamentais são tuteláveis pelo direito penal, sendo ilegítimos os tipos penais que visem proteger valores meramente morais.

Erra o legislador em mantê-los no ordenamento jurídico, como se pode denotar do crime descrito no art. 234 do Código Penal, que considera crime “Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno”, e a contravenção penal prevista no art. 59, que descreve a conduta de “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”.

A teoria do bem jurídico exsurge em um contexto limitador do poder legiferante em sua missão precípua. Segundo Detlev Sternberg-Lieben (2007, p. 106, tradução nossa), “[...] o legislador somente está vinculado pelos direitos fundamentais dos cidadãos e pela cláusula de Estado de Direito”⁷, de forma que “[...] o estabelecimento de sanções penais para a proteção estatal da paz jurídica não pode se pretender a qualquer preço, nem pode consistir em uma prossecução de quaisquer finalidades que ocorram ao legislador”⁸. Assim, a liberdade constitucionalmente protegida do cidadão somente pode ser restringida em cumprimento ao dever estatal de proteção, também fundamentado na cláusula de Estado de direito e imposto para a garantia da liberdade.

Insta destacar passagem da obra de Luciano Feldens (2005, p. 38) sobre os limites a serem obedecidos pelo legislador:

estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”. (BITENCOURT, 2012, p. 90).

⁶ No original: “[...] *la mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal. En tanto no lesione la libertad y la seguridad de nadie, no lesiona un bien jurídico.*”

⁷ No original: “[...] *el legislador sólo está vinculado por los derechos fundamentales de los ciudadanos y la clausula de Estado de Derecho [...]*”.

⁸ No original: “[...] *para el establecimiento de sanciones penales que la protección estatal de la paz jurídica ni puede pretenderse a cualquier precio ni puede consistir en una prosecución de cualesquiera finalidades que se ocurran al legislador.*”

[...] quando cogitamos, genericamente, sobre limites à atuação legislativa na seara penal, estamos nos referindo às condicionantes materiais que vertem da compreensão da Constituição em toda sua amplitude funcional, fazendo-a tanto como limite (em sentido estrito) quanto fundamento normativo da penalização. Significa dizer: em ambos os sentidos (penalização/despenalização) o legislador encontrará, em determinada medida, vinculações normativas que lhe são externamente conformadoras.

A principal vinculação do legislador penal é a Constituição. É ele obrigado a obedecer aos parâmetros constitucionais de criminalização, aferindo-se os bens jurídico-penais fundamentais para os quais o direito penal há de se intrometer e proteger, cominando-se, a partir desses parâmetros, sanções proporcionais a agressões contundentes aos bens jurídicos mais importantes.

Desse modo, a justificação e a legitimação do direito penal acham-se necessariamente na teoria do bem jurídico, que continua a se situar em posição central na dogmática penal. Não se podem olvidar, de outro turno, as recentes contribuições à referida teoria, devendo ela se sofisticar para atender à nova realidade, na qual, inevitavelmente, estão presentes crimes de perigo abstrato e criminalizadores de atos preparatórios.

3 Direitos fundamentais e proporcionalidade

Os direitos fundamentais podem ser conceituados, no dizer de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 375-376), como direitos humanos positivados na Constituição, significando “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”, que constituem “elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva”, possuindo eles as funções de defesa, prestação social, proteção perante terceiros e não discriminação.

A máxima da proporcionalidade é princípio norteador da sistemática dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente e deve ser entendido na própria lógica de uma Constituição democrática fundada em princípios fundamentais. No dizer de Robert Alexy (2011, p. 117), “o Tribunal Constitucional Federal [alemão] afirmou [...] que a máxima da proporcionalidade decorre, ‘no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais’”.

Esse postulado, por certo, deriva do escólio de Cesare Bonesana, marquês de Beccaria (2003, p. 126): “Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes”.

Hodiernamente, a máxima da proporcionalidade é amplamente aplicada no direito pátrio como pedra de toque na colisão de direitos fundamentais e é conceituada, segundo Humberto Bergmann Avila (1999, p. 175), nos seguintes termos:

[...] um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do

LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES

poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

Reputa-se o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* n. 82.424/RS (BRASIL, 2003), caso “Siegfried Ellwanger”, como a melhor abordagem conceitual sobre o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. Para o ministro, a máxima da proporcionalidade “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição do excesso’ na restrição de tais direitos”, de forma que “[...] determina o limite último da possibilidade de restrição de determinado direito fundamental” (BRASIL, 2003).

Acerca desse “limite do limite” na restrição de direitos fundamentais, exsurge a teoria do núcleo essencial, que, no dizer do ministro Gilmar Mendes, “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais” (BRASIL, 2006). A teoria absoluta do núcleo essencial de cada direito fundamental, por sua vez, informa que “haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação” (BRASIL, 2006).

Por exemplo. A suposta ausência de fundamentalidade do direito de propriedade há de ser trabalhada mormente a partir da noção formal de direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli (2011).

A menor “dignidade penal” dos crimes patrimoniais encontra guarida em seu pensamento, ao afirmar que “os direitos patrimoniais, como o civil, são disponíveis. Contrariamente aos direitos fundamentais, eles são sujeitos a acontecimentos, ou seja, destinados a serem constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos” (FERRAJOLI, 2011, p. 23). Percebe-se que o doutrinador não insere o direito de propriedade dentre o rol de direitos fundamentais, não lhe atribuindo o *status* jurídico de essencialidade dentro do ordenamento.

Continuando coerentemente o raciocínio de Luigi Ferrajoli (2011), ao se constatar que o direito de propriedade é, por sua natureza, disponível, não teria ele núcleo essencial, o qual somente é devido a direitos fundamentais. Poderá ele, conseqüentemente, ser restringido em seu valor máximo, uma vez que não possui um núcleo essencial inatingível pelo legislador.

Em sentido oposto, Robert Alexy (2011) entende que os direitos fundamentais são aqueles expressos diretamente pelo texto constitucional, bem como aquelas normas de direito fundamental atribuídas como tal. Com relação à Constituição da República Federativa do Brasil, poder-se-ia considerar o direito de propriedade como direito fundamental, haja vista disposto no art. 5º da Constituição.

Em se tratando da proporcionalidade aplicada à pena, deve-se ter em vista que o bem jurídico restringido será o direito fundamental de liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição da República) do autor do fato criminoso em contraposição ao *jus puniendi*. O legislador, portanto, terá a obrigação de não prescrever penas desproporcionais

aos fatos criminosos, que possam se revelar excessivas (proibição do excesso) ou insuficientes (proibição de proteção deficiente).

A fixação da dimensão a ser atribuída pelo legislador aos preceitos secundários dos textos normativos incriminadores é assunto tormentoso, notadamente porque, em tese, a legislação penal deve constituir um sistema harmônico, levando-se em consideração, para a cominação das penas, a “dignidade penal” (formal e material) do bem jurídico e a forma e intensidade da ofensa contra ele.

É importante trazer à tona o pensamento de Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 50), os quais aduzem ser o princípio (ou máxima) da proporcionalidade não apenas endereçado ao legislador, “mas também ao juiz no sentido de que, na margem de arbítrio, que lhe sobra, entre o mínimo e máximo cominados ao tipo, deve compor uma pena proporcionada às circunstâncias, de caráter objetivo e subjetivo, do delito praticado”.

Sobre o tema da proporcionalidade das penas, traz-se à colação excerto da obra de Guilherme Merolli (2010, p. 380-381):

[...] muito embora não haja nenhum critério formalmente assente na doutrina, acreditamos ser bastante sugestivo o enfoque oferecido por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, que, ao discorrer sobre o princípio em exame, estipula dois critérios como sendo os principais para o desempenho desta tarefa, a saber: 1. a “importância do bem jurídico” – daí que os delitos contra a vida devem ser apenados com maior severidade do que os demais delitos (os delitos contra o patrimônio, por exemplo); 2. assim como a “forma de ataque ao bem jurídico” – daí que os delitos dolosos devem ser apenados mais severamente do que os delitos culposos; os delitos de dano com maior severidade do que os delitos de perigo; e os delitos consumados, de igual modo, com um maior rigor do que os delitos tentados.

Como visto, essa medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados deverá ser extraída da Constituição, a qual concede aos intérpretes os bens jurídico-penais mais importantes para a vida em sociedade. Dela, exsurge como principal fundamento a dignidade humana. Logo, fluindo coerentemente o raciocínio, os ataques mais graves a esse bem jurídico deverão resultar na elaboração de tipos penais mais gravosos, que se revelam nos crimes contra a pessoa, previstos no art. 121 e nos seguintes do Código Penal, respeitando-se sempre a “proibição do excesso” e a “proibição da proteção deficiente”.

Entretanto, não se extrai da lei penal substantiva a devida coordenação de penas proporcionais aos bens jurídicos lesionados. Os delitos patrimoniais, por consubstanciarem menor “dignidade penal” em relação aos crimes contra a pessoa, deveriam possuir, em seus preceitos secundários, penas bem menos gravosas.

De fato, o crime de homicídio simples comina pena de seis a vinte anos, enquanto o roubo circunstanciado comina pena de quatro a dez anos, aumentado até a metade, ao passo que o delito de lesão corporal grave prevê pena de um a cinco anos, e o crime de furto qualificado estabelece, em seu preceito secundário, pena de dois a oito anos.

LUIZ FERNANDO ROSSETTI BORGES

Insta destacar o dizer de Belize Câmara Correia (2009, p. 73), que discorre sobre o tema:

Incumbe ao Estado criar um modelo de direito penal que seja apto a diminuir a violência que graça [sic] na sociedade sem se fazer, do mesmo modo, violento, cuidando de atingir o mínimo possível a liberdade individual da qual é garante, além de contemplar sempre os direitos e garantias inscritos na Constituição.

É por essa razão que a cominação de penas não atende apenas a um juízo de proporcionalidade correlacionada à importância do bem jurídico refletida pela Constituição. O legislador também está atento e leva a efeito a Política Jurídica.

Na lição de Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p. 49),

A Política Jurídica é aberta, polissêmica, participativa, e comprometida com as utopias sociais. Torna-se, assim, o mais adequado espaço de criação democrática no universo jurídico, pois nem se compadece com o autoritarismo do pensamento jurídico tradicional, que fala em nome da lei, nem com o pensamento de contemporâneas correntes pseudo-emancipatórias que falam em nome de uma verdade social imobilizada por signos configurados em velhos preconceitos, vestidos de novas roupagens. Resgata semiologicamente o sentido do justo e do útil não através de discursos enganosos dirigidos pelo poder à sociedade nem com os suspiros nostálgicos do jusnaturalismo, mas vendo-os como valores culturais resultantes das experiências, das lágrimas e dos sorrisos que afloram no painel da vida.

A Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, datada de 4 de novembro de 1940 e redigida pelo ministro Francisco Campos, traduzia o pensamento autoritário do Estado Novo, o qual ecoava na lei penal substantiva. Ressalta-se que o legislador inseria-se em um momento histórico de endurecimento do regime, para o qual o direito penal deveria se adequar.

Assim referia-se a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal:

Com o atual Código Penal nasceu a tendência de reformá-lo. A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.

Cristalizava na legislação criminal o paradigma da criminologia positivista, ancorado nos pensamentos de Cesare Lombroso (antropologia criminal) e Enrico Ferri (sociologia criminal), em um panorama de que a criminalidade teria uma natureza ontológica. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (1995, p. 53):

Instaura-se, desta forma, o discurso do combate contra a criminalidade (o “mal”) em defesa da sociedade (o “bem”) respaldado pela ciência. A possibilidade de uma explicação “cientificamente” fundamentada das causas enseja, por extensão, uma luta científica contra a criminalidade erigindo o criminoso em destinatário de uma política

criminal de base científica. A um passado de periculosidade confere-se um futuro: a recuperação [...] a aporia desta Criminologia consiste em que ela se declara como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, exclui a reação social de seu objeto (centrando-se na ação criminal) quando é dela inteiramente dependente; ao mesmo tempo em que se apoia, aprioristicamente, numa noção ontológica da criminalidade.

Constatando-se a falência do sistema penal na recuperação do apenado, o legislador pátrio, por meio da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (Reforma de 1984), demonstrava os novos objetivos a serem buscados com a pena criminal, que refletiam a tendência à prevenção do crime e à socialização do apenado, em uma perspectiva humanizadora, não existente até então. Colaciona-se o trecho a seguir extraído da referida Exposição de Motivos:

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Como se pode verificar, a política jurídica que orientava o legislador criminal de 1984 era calcada em um direito penal mínimo, em que as penas deveriam ser reservadas aos casos de reconhecida necessidade. Refletia-se, assim, uma proposta de direito penal como *ultima ratio*. Não se observam, contudo, mudanças significativas na Parte Especial do Código Penal, tendentes a aplicar um direito penal mínimo, conforme preconizado pelo legislador de 1984.

Muito pelo contrário. Entende-se que o paradigma etiológico continua a se reproduzir no senso comum, apesar da sua desconstrução epistemológica a partir do surgimento do paradigma da reação social, pois, na lição de Vera Regina Pereira de Andrade (1995, p. 24), haveria a “permanência deste [paradigma etiológico], para além desta desconstrução, pela sua importante funcionalidade (não declarada) como ciência do controle sócio-penal”.

A Política Criminal, nos últimos anos, direciona-se ao recrudescimento do controle social por meio do direito penal como único instrumento de controle da criminalidade. Uma tarefa, todavia, para a qual não foi ele criado. Trata-se da efetivação da Política Criminal denominada “Lei e Ordem”, que, segundo Guilherme Merolli (2010, p. 226-227), “[...] os artífices desta concepção político-criminal reacionária propugnam que a eficácia preventiva do Direito Penal só será materializada se houver um endurecimento do regime repressivo [...]”. Continua o autor aduzindo que essa Política Criminal “[...] reacionária tem a sua articulação central nos meios de comunicação social de massa (*mass media*), sem os quais, aliás, seus pilares teóricos se esvaneceriam e os discursos de seus principais epígonos tornar-se-iam risíveis” (MEROLLI, 2010, p. 226-227).

O direito penal passa, a partir do enraizamento e da proliferação dessa espécie de concepção autoritária na atividade legislativa, a se exacerbar, ferindo o bem jurídico fundamental da liberdade e lhe tocando o núcleo mais essencial.

É perceptível que a Política Criminal que o legislador tem aplicado cria desproporcionalidades entre os crimes. Nesse aspecto, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p. 50) pontuam que a Lei de Crimes Hediondos, inserida nessa lógica reacionária da “Lei e Ordem”, originou descompasso entre as penas em crimes patrimoniais e aqueles contra a vida, pois “[...] cria uma evidente situação de desproporcionalidade entre os delitos contra a vida e a integridade física, de um lado e os delitos patrimoniais, de outro, aqueles punidos com muita brandura e estes com fantástica severidade, numa inversão vesga de valores”.

Poder-se-ia, ademais, argumentar acerca do endurecimento do cumprimento da pena por meio da implantação do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o qual se situa na mesma lógica anteriormente descrita, impingindo penas gravíssimas, quicá desumanas, destoando da sistemática de um modelo democrático.

O intenso desejo do legislador, orientado pela Política Criminal da “Lei e Ordem” ou “Direito Penal Máximo”, de criar novos tipos penais, aumentar as penas de determinados crimes e agravar o regime de cumprimento tem provocado a desafinação de toda a legislação penal, ora penalizando pouco (proibição da proteção deficiente), ora penalizando muito (proibição do excesso).

Em um modelo democrático pretendido desde a Constituição de 1988, a Política Criminal deve ser orientada pelo direito penal mínimo, focada na garantia e efetivação de direitos fundamentais. A realização de direitos fundamentais é referida como a melhor política criminal.

Não escapa dessa constatação a lógica de que os delitos patrimoniais foram tipificados tendo em vista uma específica parcela da população, desprovida do acesso a bens fundamentais. É preciso, pois, inverter a lógica de que o direito penal é como uma serpente, que somente pica aqueles que possuem os pés descalços.

É possível explicar os motivos que levaram o legislador penal a impingir penas mais gravosas aos crimes contra o patrimônio. Para tanto, utiliza-se dos pensamentos de Alessandro Baratta (2011), Nilo Batista (2007) e Juarez Cirino dos Santos (2012).

A concepção de Estado e de direito trazida por autores críticos, mormente por Alessandro Baratta (2011), nos confere a ideia de que o direito penal é um instrumento à disposição da classe dominante, resultando em penas que, por certo, não são despropositadas. É por esse motivo que os crimes patrimoniais são mais fortemente tutelados pelo direito penal. Nessa ordem de ideias, Nilo Batista (2007, p. 116) assevera:

Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações.

Não se pode perder de vista, nessa ordem de ideias, que o direito penal é construído e operado a partir de uma visão da classe dominante, a qual se encontra em íntima relação com o desde sempre patrimonialista Estado brasileiro.

Nesse sentido, o pensamento de Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 5), cuja longa citação é válida:

Assim, mediante as definições de crimes e cominações de penas, o Legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando ações lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: as definições de crimes fundados em bens jurídicos próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal, os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal.

Não se pode afirmar, com base nesses elementos, que os direitos à vida e à propriedade teriam a mesma envergadura constitucional. Por certo, a vida é bem fundamental de grande magnitude, pois intrínseco à própria noção de dignidade humana, o princípio norteador e fundador de toda a Constituição, enquanto a noção de direito fundamental atribuída à propriedade, é questionável.

A proteção ao patrimônio, por sua vez, deve-se aos interesses que dirigem o atual sistema econômico e à implantação de uma Política Criminal que se mantém pelo seu apelo midiático, como alhures explicitado.

Feitas essas considerações, a título de comparação e em uma perspectiva dos direitos fundamentais, cumpre indagar se os delitos contra o patrimônio e os delitos contra a pessoa estão de acordo com a máxima da proporcionalidade, a qual pode ser decomposta nas seguintes três máximas parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A partir do entendimento de Luciano Feldens (2005, p. 162-166), o exame da adequação (idoneidade) perquire se “um meio é idôneo [e] se com sua intervenção o êxito desejado pode, efetivamente, ser alcançado”; o exame de necessidade (exigibilidade) indica “no sentido de que a medida eleita há de consubstanciar-se como meio menos gravoso, dentre os eficazes e disponíveis, à obtenção do fim almejado”; e o exame da proporcionalidade em sentido estrito significa “que o meio utilizado não pode demonstrar-se desproporcional em relação ao fim perseguido”.

Mais especificamente em relação à aplicação da máxima da proporcionalidade ao direito penal, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 15-16) faz as seguintes

indagações: “a pena criminal é um *meio adequado* (entre outros) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?”; “a pena criminal (meio *adequado*, entre outros) é, também, *meio necessário* (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?” e “a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio *adequado* e *necessário*, ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”.

Perquire-se inicialmente, assim, se as penas cominadas para os crimes patrimoniais são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Partindo das máximas parciais elencadas por Robert Alexy (2011), pode-se, s.m.j., lançar mão de determinadas conclusões.

A uma, concebe-se que a proteção do bem jurídico em comento pelo direito penal é meio idôneo a se alcançar o fim desejado, qual seja, a punição do infrator. É evidente, nesse sentido, a adequação de normas penais tendentes a proteger o patrimônio para se alcançar a proteção desse bem jurídico, notadamente porque a apropriação privada da propriedade possui função nuclear e estrutural no presente sistema.

A duas, não há dúvidas que há a necessidade de criminalização de fatos jurídicos atentadores ao patrimônio, notadamente nos casos de delitos violentos ou que importem grave ameaça. Não se pode negar, além disso, que o patrimônio é um dos pilares do sistema axiológico-normativo do país, motivo que autoriza o legislador a utilizar do direito penal para penalizar fatos atentadores ao patrimônio.

E, a três, no plano da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é necessário aferir a existência de proporção entre o meio utilizado e o fim perseguido, isto é, se a pena cominada é proporcional à extensão da ofensa do bem jurídico.

Nesse quesito, é importante destacar que os delitos patrimoniais são gravemente punidos, como se pode perceber do crime de furto qualificado, que comina pena de dois a oito anos de reclusão e do roubo circunstanciado, que prevê pena de quatro a dez anos. Em vista disso, o Projeto do Novo Código Penal prevê penas bem menores em relação à atual lei penal substantiva. O delito de furto qualificado passaria a qualificar o crime de um terço até metade, enquanto o roubo circunstanciado cominaria pena de três a seis anos de reclusão. Por mais importante, a ausência de fundamentalidade do direito de propriedade é motivo que deveria ser levado em consideração pelo legislador, demonstrando a menor dignidade penal da conduta atentatória ao patrimônio.

Passa-se, agora, a analisar a proporcionalidade nos crimes contra a pessoa, nos mesmos parâmetros anteriormente utilizados.

Quanto ao primeiro ponto, tem-se que o direito penal é meio idôneo para penalizar fatos atentadores à pessoa, mormente os delitos contra a vida, que se constata em bem jurídico de grande envergadura, presente na Constituição.

Em segundo, não há dúvidas, no sistema atual, da necessidade da intervenção do direito penal nos crimes contra a pessoa, pois somente o instrumento mais

contundente à disposição do Estado (o direito penal) é capaz de penalizar o infrator com a devida pena para um bem jurídico de grande importância constitucional. Não se desconhecem, contudo, as teorias abolicionistas do direito penal, cujo maior expoente é Louk Hulsman (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1993), que propõe o fim do direito penal como forma de controle social, enfatizando o modelo conciliador na solução de conflitos. Em que pese a notável seriedade dessa corrente jurídico-filosófica, reputa-se inaplicável ao contexto latino-americano, ao menos por ora, dada a litigiosidade a que esse povo está habituado.

Por último, também é certa e precisa a expressão do legislador na cominação de penas contra a pessoa, pois não desmesurada para a proteção do bem jurídico tutelado. Todavia, poder-se-ia sustentar, inclusive, uma deficiência na proteção do bem jurídico, mormente porque o Projeto de Novo Código Penal estipula penas pouco mais gravosas em relação ao atual código.

Com base no exposto, não se pode compreender proporcional a maior proteção do legislador para os delitos patrimoniais em relação aos contra a pessoa, pois isso está em dissonância com a gradação dos bens jurídicos mais importantes na Constituição, que coloca a vida e a pessoa em posição superior a propriedade.

4 Considerações finais

As atividades legiferante e judicante não são ilimitadas, mas devem estar adstritas à sistemática dos direitos fundamentais orientada pelo princípio da proporcionalidade de bens jurídicos. A teoria do bem jurídico, pois, é fundamental para a aplicação do direito penal calcado no respeito aos direitos fundamentais.

De toda a abordagem, cristaliza-se que o direito à vida é um direito fundamental, enquanto a fundamentalidade do direito de propriedade é contestada. O direito à vida, por estar contido no arcabouço axiológico como o princípio-mor da dignidade da pessoa humana, integra, portanto, o essencial rol de direitos fundamentais previstos na Constituição.

É imperativo que o Código Penal seja sistematicamente harmônico nos preceitos secundários dos tipos penais, notadamente que cominem penas proporcionalmente justificáveis e legítimas, à luz da importância dos bens jurídico-penais ante a Constituição da República de 1988, tendo como perspectiva a árdua (re)legitimação perante a sociedade.

THE (DIS)PROPORCIONALITY IN CRIMINAL LAW TO THE PROTECTION OF LEGAL INTERESTS: AN ANALYSIS BASED ON FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: This article aims to analyze the essentiality of the theory of legal interest in forming an eye on systematic fundamental rights, guided by the principle of

proportionality Criminal Law. To do so, it examines the profound and necessary relations between the Criminal Law and the Constitution, which is the ultimate foundation of legitimacy of substantive criminal law. With the aim to meet this expectation, we investigate the need for sophistication of the legal theory well, justifying the presence of offenses abstract danger and incriminating types of foreplay. The application of the maximum of proportionality, however, has become indispensable to the legislature and the courts, especially because it guides them in their core tasks, in order to legitimize the criminal law. Finally, using this instrument, collates up crimes against life and against property, which, in consequence of the criminal policy aimed at economic power, poorly protects life and excessively punishes crimes against property.

Keywords: theory of legal interest; fundamental rights; proportionality.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, V. R. P. de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 30, 1995. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>>. Acesso em: 20 mar. 2014.
- AVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Tradução Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- BITENCOURT, C. R. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 82.424*. Relator(a): Min. Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17.9.2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.959*. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23.2.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 102.087*. Relator(a): Min. Celso de Mello, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28.2.2012.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CORREIA, B. C. *O controle de constitucionalidade dos tipos penais incriminadores à luz da proporcionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- ESSADO, T. C. *O princípio da proporcionalidade no direito penal: de acordo com as Leis n. 11.340/2006, 11.343/2006 e 11.464/2007*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FELDEN, L. *A constituição penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, L. *Por uma teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

- FRANCO, A. S.; STOCO, R. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HIRSCH, A. von; WOHLERS, W. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HULSMAN, L.; BERNAT DE CELIS, J. *Penas perdidas*. Tradução Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- JAKOBS, G. *Fundamentos do direito penal*. Tradução André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LUISI, L. *Bens constitucionais e criminalização*. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/138/226>>. Acesso em: 21 maio 2014.
- MELO, O. F. de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- MEROLLI, G. *Fundamentos críticos de direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, L. R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ROXIN, C. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ROXIN, C. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SANTOS, J. C. dos. *Manual de direito penal*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SCHÜNEMANN, B. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación. In: HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- STERNBERG-LIEBEN, D. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- WOHLERS, W. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, R. (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ZAFFARONI, E. R. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.