

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 2 – Número 1 – p. 45-63 – janeiro/junho 2010

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINÍCIUS SPORLEDER DE SOUZA

FABIO D'ÁVILA

NEREU GIACOMOLLI

A RELAÇÃO ENTRE BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

Michael Schneider Flach
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.
Promotor de Justiça/RS.

Resumo

Sabidamente o Direito Penal recebe os influxos da Constituição e, aqui, pretende-se analisar em que medida tal ocorre. Seja quando ela estabelece determinadas pautas valorativas, realiza a seleção prévia de objetos jurídicos e potencialmente orienta os processos de criminalização e de descriminalização de condutas, como fonte de bens jurídicos-penais.

Palavras-chave: direito penal; constituição; bem jurídico; princípio da proporcionalidade; direitos de defesa e deveres de proteção.

Abstract

Taking into account that the Criminal Law receives the influx of the Constitution, intends to examine the extend to which this occurs, when the Constitution lays down certain guidelines, performs the prior selection of legal objects, and potentially drives the processes of criminalization and descriminalization of conducts as a source of legal goods.

Keywords: criminal law; constitution; legal good; proportionality principle; defense rights and protections duties.

O Direito Penal possui amplo vínculo com a Constituição, em especial por sua função de tutelar interesses e valores de relevo constitucional, cujo cerne fundamenta e delimita a atuação criminal e os poderes públicos, desempenhando um duplo papel, tanto limitador, como protetivo das liberdades. Aqui, os bens jurídico-penais despontam como concreção real dos interesses pessoais e coletivos, diretos e indiretos, os quais, por sua importância, rogam uma proteção que seja máxima, mas proporcional. E que será exercida pela lei penal em face das condutas mais graves e que representem risco ou lesão à subsistência do indivíduo e da sociedade.¹

A relação entre Constituição e Direito Penal é tamanha, que Asúa salientava que toda nova Constituição requer um novo Código Penal.² Tal se justifica, na medida em que aquela resguarda os direitos fundamentais, prevê o funcionamento dos órgãos de soberania nacional e também estabelece padrões e limites de atuação das normas penais, cuja violação conduz à inconstitucionalidade dos dispositivos em conflito.³

Conforme Häberle, a Constituição opera como “a ordem jurídica fundamental de um Estado e de uma sociedade”, tanto limitando, como autorizando o poder estatal. Ela “regula não somente o Estado, mas também a sociedade em sua estrutura fundamental, transformando-a em ‘sociedade constituída’”.⁴ E, em tais funções, alia-se a ela o Direito Penal que, segundo Paulo da Cunha, desempenha o papel de “braço armado da Constituição.

Não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir à sociedade” e estruturar a ordem jurídica.⁵

1 A LEI FUNDAMENTAL E A NORMA PENAL

A Constituição, como estatuto político e lei maior de um Estado, representa sua primeira manifestação de política criminal, em torno da qual se estruturará a legislação penal. Já o Direito Penal funda-se naquela, por ser formado por normas que são formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Embora não contenha normas penais completas (com tipos e penas), a Constituição possui disposições que determinam, em parte, o conteúdo penal, a ser seguido pelo legislador no momento de configurar condutas e sanções, o que se verifica nos mandados expressos de criminalização, como nos do art. 5º, XLIII, da CF.⁶

Na relação entre Direito Penal e Constituição, os chamados “princípios de direito penal constitucional” incidem sobre o sistema penal ao traçarem os limites do poder punitivo. Embora não se refiram diretamente ao conteúdo do que pode ou não ser criminalizado, manifestam-se sobre a forma de importantes preceitos, como o princípio da legalidade e outros.⁷ Inclusive, vários dos princípios penais possuem previsão na Carta Magna, como o da irretroatividade e o da legalidade (art. 5º, XL e XXXIX), os quais estão expressos nos artigos 1º e 2º do Código Penal.⁸

Aqui, ao estabelecer entre os seus preceitos o princípio da legalidade, a Constituição remete ao “legislador ordinário, tanto a decisão sobre o que deva ser considerado infração penal”, como a sua respectiva consequência jurídica, constituída pela sanção cominada à espécie. Porém, a sua valia seria reduzida se o “legislador penal ordinário pudesse fixar, com ilimitada liberdade, o alcance dos conceitos de crime e sanção penal”. Razões pelas quais, devem ser fixados os marcos devidos em que tal mister pode e deve desenvolver-se de forma legal e legítima.⁹

Para tanto, o sistema receberá diretrizes emanadas dos postulados e do quadro de valores constitucionais, valendo-se dos princípios da proporcionalidade e da legalidade. Aquele, como um parâmetro para medir a constitucionalidade na norma, por via dos seus três vetores (adequação, necessidade e estrita proporção). E este, exigindo a certeza na configuração dos tipos penais, onde ambos limitam o arbítrio legislativo e o crivo dos julgadores.¹⁰ Por sua vez, figuram ainda os “princípios constitucionais influentes em matéria penal”, que condicionam com prevalência o conteúdo penalmente disciplinado, e não a forma penal de tutela.¹¹ Possuem eles relação com o tipo de Estado, seus fins e o rol de direitos fundamentais, de modo a formar uma relação que limita e legitima a norma penal, pelos *direitos de defesa e deveres de proteção*.¹²

1.1 A Força dos Preceitos Constitucionais

Numa concepção de Estado Democrático de Direito, a Constituição tanto deve estabelecer limites ao poder punitivo, como assegurar direitos fundamentais, para cuja consecução, por vezes, torna-se necessário o uso dos instrumentos penais, os quais devem pautar-se de acordo com os valores constitucionais, a fim de que haja a devida correspondência entre o mal advindo pela prática do delito e o gerado pela restrição penal.¹³

Com propriedade anota Feldens que o discurso sobre a legitimidade do Direito Penal é, antes de tudo, “o discurso sobre a sua adaptação material à Constituição”, onde ambos compartilham uma relação axiológico-normativa. Aqui, ao mesmo tempo em que ela “garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal”. Assim, em modelos como o nosso que adota um conceito formal de lei, só da Constituição

podem advir “restrições previamente dadas ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo”.¹⁴

Contudo, tal natureza tem caráter duplo, pois tanto para a criminalização como para a descriminalização o legislador estará vinculado em certa medida, de modo que transita ele entre dois termos, o da plena liberdade e o das pautas que lhe são conferidas pela Constituição, sendo, pois, relativa e não total a sua discricionariedade. Afinal, “embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática”, na medida em que prepondera o vínculo material com a Carta Magna e os direitos fundamentais, o que se inobservado autoriza a análise judicial do ato pelo controle de constitucionalidade.¹⁵

No caso, o legislador permanece com determinada liberdade para selecionar os bens jurídicos, anotar as formas de imputação, estabelecer as sanções e, de modo geral, configurar os tipos penais em todos os seus aspectos. Porém, esse poder esbarra na constitucionalidade das medidas, inclusive sujeitas ao devido controle jurisdicional, uma vez que a intervenção penal afeta o desenvolvimento dos direitos fundamentais.¹⁶

Tal ocorre, face aos efeitos irradiados pela Constituição e os consecutários daí inerentes ao sistema, ao gerar elos substanciais impondo proibições e obrigações com vistas ao resguardo dos direitos fundamentais, os quais vinculam os poderes públicos e também as maiorias. Já que as garantias constitucionais de tais direitos representam a própria garantia do Estado de Direito e da democracia, onde não se pode abdicar da intervenção penal, nem utilizá-la com rigor excessivo.¹⁷

Assim, a criminalização de condutas deve estar conformada à Constituição, diante dos reflexos daí advindos para os direitos fundamentais, na medida em que tanto os excessos como as ineficiências penais repercutem sobre o exercício das liberdades, já que estas não devem ser restringidas além da conta pelo rigor da intervenção, e nem protegidas aquém do que deveriam por uma intervenção estatal deficiente ou omissa. Dessa forma, o ônus do Estado em medir o âmbito da intervenção devida manifesta-se duplamente, seja nos direitos de defesa, ou nos deveres de proteção, de modo que a incidência penal deve estar orientada pelos valores constitucionais e o princípio da proporcionalidade, vindo a tutelar objetos relevantes, frente a graves ofensas e com medidas que sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao fato.¹⁸

Portanto, a Constituição figura como um mecanismo superior que confere não só limites, mas também fundamentos ao Direito Penal, incluso indicando em que hipóteses a criminalização de certas condutas é requerida ou é incabível. Para mediar tal relação, o ordenamento vale-se do princípio da proporcionalidade, o qual age em face dos direitos de defesa e de proteção, evitando abusos e deficiências por parte do Estado, objetivando ao respeito dos direitos fundamentais.¹⁹

Dessa forma, a Constituição opera sobre o Direito Penal aquilo que Canotilho denomina de “função garantística” dos direitos e das liberdades, os quais, inseridos no catálogo daquela, lograram subtrair da livre disponibilidade do soberano a titularidade e o exercício dos direitos fundamentais, vinculando o Estado nos elos político e jurídico.²⁰ Por sua vez, esta obrigação será adimplida pelo Direito Penal quando seus meios forem adequados e necessários, incorrendo em outro meio de tutela eficaz para tais valores. Aqui, os direitos fundamentais acabam por exercer uma influência que legitima e ao mesmo tempo limita o direito penal. Esta, dentro de um patamar máximo; e aquela, como um padrão mínimo irrenunciável para que haja uma proteção eficiente.

Assim, o modelo constitucional também reflete no penal, seja de forma *negativa*, ao limitar o legislador ordinário em determinado âmbito (v.g. vedando penas cruéis), como *positiva*, ao ordenar a criminalização de dadas condutas (v.g. a prática de racismo e tortura). Estabelece, pois, certas pautas para o Estado no seu direito de punir, vindo estas a adquirirem a categoria de princípios constitucionais-penais que se irradiam pelo sistema e vinculam seus operadores.²¹ Diante do que, a formatação dos crimes e das penas não pode se constituir num

ato de todo discricionário, pois recebe os influxos da Lei Magna e dos seus princípios; fazendo com que, apesar de amplo, o poder de legislar não seja pleno e esteja sujeito ao controle constitucional.²²

Portanto, partindo-se da premissa de que a Constituição abarca os postulados máximos de justiça que irradia e pretende impor, a categoria de bem jurídico protegido penalmente deve ser cotejada com os princípios constitucionais no seu quadro de valores de maior relevância, mormente pela sua superioridade normativa no sistema. Afinal, como tal Carta é a “expressão concentrada do direito existente” numa determinada ordem social, na qual se insere a “concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente”, a partir dela poderão ser abstraídos os principais bens a serem tutelados, o que em dadas circunstâncias será exercida pela lei penal.²³

Ocorre que a Constituição não é apenas “o repositório principal dos bens passíveis de criminalização”, mas também abriga os princípios básicos que modelam a vida em sociedade, que consagram os direitos fundamentais e que se constituem em cláusulas pétreas não derogáveis. Daí, derivam limites que em matéria penal o legislador ordinário não poderá romper (para mais ou menos), de onde a Constituição opera como a base e o topo do processo criminalizador, o qual tem como sua fonte principal os bens constitucionais, colhidos após uma filtragem valorativa.²⁴

Para tanto, o princípio da proporcionalidade figura como garantidor do exercício dos direitos fundamentais, de modo duplo e equilibrado, norteando o legislador para que o cidadão esteja imune aos exageros e deficiências da lei penal, frente à tutela dos objetos mais relevantes. Aqui, a ferramenta orientadora na “caracterização dos bens merecedores de tutela penal será a Constituição, índice primário, ainda que não exclusivo” de relevo dos bens, para cuja defesa de agressões caberá o uso da sanção, caso outros meios de controle revelarem-se inexitosos.²⁵

Com esteio nisso, as leis criminais devem estar em compasso com os preceitos da Lei Maior, observando a hierarquia de valores lançados no texto desta. A partir do que, as normas serão formadas, interpretadas e compatibilizadas, ocorrendo os processos de criminalização e de descriminalização, que devem respeitar a valia extrínseca e intrínseca dos bens constitucionais de relevo, propiciando a intervenção cabível, que seja de *extrema ratio*, mas eficaz e não ausente.

1.2 Bem Jurídico e Tutela Penal

Conforme o pensamento dominante, o fim legítimo do direito penal reside na exclusiva proteção dos bens jurídicos dignos da tutela criminal, diante das condutas suscetíveis de lesioná-los ou colocá-los em perigo. Sendo, a partir daí, necessário apontar os critérios definidores de quais seriam estes bens que rogam tal categoria de proteção.

Assim, se o âmago da infração ao Direito, sob o prisma constitucional, é “caracterizado como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades) – e, por essa razão mesma, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico” –, a noção de bem jurídico reivindica a sua devida importância. Tal incidirá frente ao legislador não como um limite derivado de meras exigências dogmático-penais, mas sim oriundo da Constituição, e estando em compasso com o princípio da ofensividade, cuja recepção, na Magna Carta, vincula o legislador ordinário para que a responsabilidade penal seja atrelada às condutas que representam perigo ou lesão.²⁶

Conforme Roxin, a questão de saber quais qualidades uma conduta deve reunir para ser submetida à sanção penal é um problema que atormenta não apenas o legislador, mas também a ciência jurídico-penal, assim como o princípio da proteção do bem jurídico como critério para a legitimação dos tipos criminais.²⁷ Ocorre que o “conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica, através da qual se pode separar, desde

logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”. Mas, sim, trata-se, apenas, “de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do direito penal”.²⁸

Ainda assim, tem-se no bem jurídico um critério irrenunciável e um instrumento valioso de uma política criminal proporcional, frente ao que devem ser rejeitados conceitos vagos, muito generalizados e incompatíveis com a realidade. Opera ele como ponto de partida, para aferir a legitimidade do intervento penal, indicando o *algo* que está sendo tutelado em favor da liberdade externa, da autonomia dos sujeitos de direito e com um mútuo reconhecimento na sociedade.²⁹

Expõe Polaino Navarrete, que o bem jurídico opera como critério de referência em face das condutas que, por sua especial gravidade, afetam os objetos mais sólidos para a convivência humana, o desenvolvimento da pessoa em sociedade e a sua dignidade, de modo a reivindicar a devida intervenção penal, que se apresenta conectada com a Constituição e os valores emanados dela.³⁰ Nesta linha, conclui Mir Puig que o bem jurídico é o objeto que merece ser protegido pela lei penal, a qual só pode abranger tais bens, e que o seu conceito não deve ser buscado na realidade naturalística e nem na valoração subjetivo-moral, mas no terreno do social.³¹

Para Claus Roxin, os bens jurídicos são certas circunstâncias ou fins úteis ao indivíduo, o seu livre desenvolvimento e o funcionamento do próprio sistema, servindo de base à teoria do injusto e a política criminal. Assim, atua o Direito Penal na função de garantir aos cidadãos uma coexistência “pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida” as liberdades.³²

Dessa forma, ao incidir como foco de tutela, a importância dos bens jurídicos surge das relações sociais e dos seus processos dinâmicos, na busca de satisfazer as necessidades coletivas e pessoais que estejam consoantes com a Constituição. Nesse mister, o Direito Penal desempenhará uma dupla função, primeiro no polo positivo, ao proteger (por via de mandados e proibições) os bens jurídicos que incidam diretamente na concreção das necessidades legítimas; e segundo de forma negativa, ao não vedar condutas que bloqueariam a satisfação destas necessidades.³³

Portanto, a Lei Maior opera como fator de desenvolvimento e parâmetro da política criminal do Estado, fazendo com que as bases legitimantes da penalização sejam estabelecidas a partir do vínculo entre “bem jurídico protegido e sua referência (expressa ou implícita) à ordem constitucional de direitos e deveres fundamentais”. De onde, o valor e a vinculação do objeto exigirão sua tutela por meio de normas penais, no mínimo diante dos “ataques mais repulsivos”.³⁴

Afinal, se a tipificação de condutas gera a limitação de direitos fundamentais como o da própria liberdade (numa ponderação de bens, em que esta cede em prol de um outro valor, v.g. a vida, no homicídio), tal procedimento deve respeitar pressupostos mínimos, sendo o principal deles a tutela de objetos que estejam em harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional e cujo conteúdo justifique as restrições advindas da incriminação. Assim, estas só podem incidir quando indispensável para a proteção de objetos especiais, portadores de dignidade jurídico-penal, estando, pois, descartados interesses menores que podem ser tutelados de forma diversa – como os administrativos. Ou seja, em sendo a liberdade um valor constitucional fundamental, este somente pode ser restringido quando seu exercício implicar a ofensa de um outro objeto de hierarquia equivalente e em consonância com o sistema constitucional.³⁵

Em decorrência, o conceito material de crime resulta da função do Direito Penal de fornecer a tutela subsidiária dos bens jurídicos do sistema social, tornando-os dignos de proteção penal baseado na “ordenação axiológica jurídico-constitucional”. Aqui, o vínculo do bem jurídico criminal advém de um valor constitucional reconhecido em nome da ordem social, e que é prévio ao sistema jurídico-penal, criando uma relação de

mútua referência entre esta e a constitucional, com correspondência de sentidos e fins. Assim, o ordenamento constitucional figura como um referencial obrigatório e critério “regulativo da atividade punitiva do Estado”, de onde os bens jurídicos adquirem a devida tutela do direito penal por serem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.³⁶

Com efeito, a Constituinte ainda impõe ao legislador vínculos na escolha dos bens que receberão a tutela penal, entre os quais o de que “não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios ou de direitos de liberdade garantidos pela Constituição”, ou que estejam em contradição com os seus preceitos.³⁷ Também, a conduta que aqui será reprimida deve ser dotada de manifestação externa, sendo insuficiente as divagações no âmbito interno do sujeito; além de estar o legislador conformado a certos princípios que a Lei Máxima enuncia como disposições gerais e “como normas relativas a um campo de atuação mais específico”.³⁸

Desta forma, quando relaciona as garantias e os direitos fundamentais, a Carta Magna também delinea, de modo expresso ou implícito, o âmbito do poder punitivo estatal, que não poderá ser exercido nem além e nem aquém dessas linhas, uma vez que muito mais do que uma declaração formal e de matizes orientadoras, a Constituição estabelece normas de caráter obrigatório e geral para órgãos e indivíduos. Uma das consequências práticas disso, é que tais princípios garantidores impedem a interferência autoritária sobre condutas não ofensivas e estranhas à realidade social; ao mesmo tempo em que exigem medidas compatíveis em face dos procedimentos que representem considerável ameaça ou agressão aos objetos constitucionais de maior grandeza – a partir do que poderão ser abarcados ou não pela tutela da norma penal.³⁹

Assim, além de inadmitir a ocorrência de delito sem lesão ou perigo para um bem jurídico, apenas para a tutela destes objetos poderá o legislador determinar ou proibir condutas, as quais são tipificadas como ilícito quando necessário para proteger o bem jurídico digno de tutela penal. Já a dignidade é aferida a partir da sua referência à Constituição e não se restringe apenas aos valores individuais, vindo a abarcar os mais importantes objetos sociais e coletivos que sejam suscetíveis de ataque. Contudo, a valia constitucional de um objeto não determina, por si só, a obrigação de ser protegido criminalmente, já que deve ser respeitado o caráter subsidiário da lei penal, ao mesmo tempo em que existe o dever de tutelar outros valores, ainda que implícitos.⁴⁰

Em consequência, não poderão ser tutelados pela via penal meros sentimentos ético, moral e religioso. Assim como o surgimento de novas situações poderá levar ao reconhecimento de outros bens jurídicos de relevo e à descriminalização de condutas outrora típicas. Afinal, tais objetos nascem da realidade social, sendo produto histórico, revisável e sujeito às discussões democráticas, mas sempre respeitando determinados limites, pois não podem figurar como fonte de desigualdade e de discriminação. Ademais, o caráter do bem jurídico também incide como ferramenta de legitimação e de questionamento da norma penal, além de servir como índice para a sua interpretação, verificando se certa conduta foi ou não ofensiva ao objeto por ela protegido.⁴¹

De qualquer modo, a tutela penal deve estar associada à noção de bem jurídico, diante do que, sem a pretensão de formular um catálogo ou conceito definitivo, é possível indicar quais categorias de objetos ostentariam ou não o grau de dignidade capaz de elevá-las à condição de bem jurídico penal, sob certas circunstâncias. Para tanto, é fundamental buscar uma referência na Constituição, face à força e à representatividade desta para o todo o ordenamento, possibilitando que tais bens ajustem-se ao seu quadro de valores ou, no mínimo, não conflitem com ele.

2 CONDUCTAS CRIMINALIZADAS E CONEXÃO COM A CONSTITUIÇÃO

Nenhum campo do direito é imune à Constituição, no que se incluem os objetos elevados à condição de bem jurídico-penal e as condutas erigidas a crime, os quais tem relação com o todo constitucional, seus

preceitos, princípios e objetivos do Estado. Tal condição vincula o legislador, tanto nos atos de criminalização, como nos de descriminalização, de onde o manejo do Direito Penal fica subordinado à materialidade da Lei Superior e à concretização dos direitos fundamentais, de modo a não poder contrariá-los.⁴²

O postulado de que a Constituição exerce forte influência sobre as leis penais, tem como ponto inicial considerar que os valores essenciais daquela formam os elementos axiológicos “que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem” jurídica, política e social. De tal modo, que a criação e a interpretação das demais normas do sistema devem ser orientadas e estarem de acordo com aquelas emanadas pela Lei Magna, sob pena de inconstitucionalidade.⁴³

A referência na Constituição é marco fundamental da necessidade de tutela do objeto, mas tal não se traduz num ônus de que esta proteção se efetive por meio penais. Porém, observado o filtro da proporcionalidade e vencidos os requisitos que limitam a intervenção penal, a especial valia do bem, somada à ofensividade do ataque, são circunstâncias determinantes do dever de protegê-lo penalmente. Ainda assim, é preciso elucidar se apenas os bens jurídicos expressos na Constituição são passíveis de tutela penal, ou se outros (implícitos ou decorrentes dela, ou que não contrariem a sua ordem de valores), podem receber tal forma de proteção.

2.1 A Constituição como Catálogo Estrito de Bens Jurídico-Penais

De acordo com a teoria constitucional de caráter estrito, o legislador só poderia valer-se do Direito Penal para tutelar bens reconhecidos entre os valores explícitos ou implícitos na Constituição, sendo insuficiente o critério de compatibilidade com esta. Dentro desta concepção, surgem ainda duas linhas de entendimento. Uma, a de que todo e qualquer objeto de nível constitucional pode receber a proteção penal. A outra, a de que apenas os bens que possuam natureza de direito fundamental podem recebê-lo, já que a intervenção penal também atinge direitos desta ordem, como os de liberdade.⁴⁴

Exponente da teoria estrita, Bricola aduz que os valores constitucionais não imporiam só limites formais ao legislador, mas também conteriam indicações de conteúdo, operando como quadro máximo de tutela penal. Para ele, não basta apenas que o bem não contrarie a Lei Maior, sendo ainda necessário haver a assunção dos objetos entre os valores explícita ou implicitamente garantidos pela Magna Carta. Parte ele do raciocínio de que, sendo a sanção penal a reação mais forte do Estado e limitadora de vários direitos, tal só poderia ser adotada diante da violação de um bem que, caso não possua idêntico grau de dignidade em relação ao valor que é sacrificado pela restrição penal (liberdade pessoal), deve ao menos possuir relevância constitucional.⁴⁵

Tal concepção esteia-se no art. 13 da Constituição italiana que trata da liberdade pessoal, considerada um bem tão fundamental que a sua restrição apenas estaria autorizada frente a um objeto de similar quilate e valor constitucional. Contudo, percebeu-se que no curso temporal poderiam surgir novos objetos, os quais ainda não eram emersos quando promulgada a Carta Magna – como no caso do novel bem jurídico “meio ambiente”.⁴⁶ Em decorrência, Bricola refinou sua teoria para incluir não só os bens expressos na Constituição, mas também os implicitamente contidos nela. Assim, estariam ainda abarcados pela proteção penal os objetos ligados a um valor constitucional numa relação de “pressuposição necessária”.⁴⁷ De forma que “a lesão do primeiro seja necessária e inequivocamente idônea para colocar em perigo o segundo”.⁴⁸

Dessa forma, na medida em que Constituição concentra os mais elevados valores de um ordenamento (como os direitos fundamentais), pela concepção estrita somente poderiam ser criminalizados os bens que de alguma forma reflitam tal ordem, estando eles relacionados de modo expresso ou implícito na matriz constitucional. Entretanto, ao mesmo tempo em que num primeiro momento restam indicados com dignos de tutela penal os bens com assento Magno, a questão não se esgota nesse ponto, em especial pelo fato

de que “*poucos são os bens dos quais se possa afirmar que não são reclamados pela Constituição, pelo menos implicitamente.*”⁴⁹ De tal sorte, a busca pela referência constitucional deve ocorrer com “razoável fundamentação, sob pena de se violar, e por completo, a noção de Constituição como fonte” dos bens jurídicos penais.⁵⁰

Assim, aponta Palazzo que seria relevante a correta compreensão e ordenação formal de um catálogo de bens jurídicos que pudessem ser individualizados, hierarquizados e demarcados como dignos de tutela penal a partir da Constituição. Aqui ela operaria duplamente: como critério de criminalização e descriminalização de condutas, sendo um instrumento legítimo para proteger um determinado objeto, a partir do exame da adequação e necessidade do meio penal, além da devida proporcionalidade entre o desvalor do ilícito cominado e a correspondente sanção.⁵¹

Contudo, uma das dificuldades estaria em proceder à adequada hierarquia dos bens constitucionalmente relevantes e à forma de relação com os objetos ligados a eles de modo implícito. Abstraindo-se as afirmações genéricas e rumando em busca “de um princípio constitucional suscetível de ter direta relevância sobre o específico terreno penalístico”. Dentro do qual, conforme Musco, “possam deduzir-se os conteúdos típicos do ilícito penal e, conseqüentemente, os limites de legitimidade da intervenção do legislador” na seara criminal, e que deveriam garantir níveis mínimos de convivência.⁵²

Na espécie, com o intuito de superar os obstáculos gerados pela rigidez de um rol de bens constitucionais dignos de tutela penal, uma alternativa seria a possibilidade do sistema punitivo orientar-se a partir de um padrão aberto de valores constitucionais; “onde existiria um catálogo de bens jurídicos, dispostos segundo sua relevância e aptos a nortearem a atividade legislativa”, conforme as necessidades sociais em evolução. Entretanto, ainda assim, restariam obstáculos, anotando Pulitanò que o principal seria a definição de quais objetos podem ser elevados ao nível de bem jurídico-penal, pela necessidade de se compatibilizarem os elementos desta abertura, com os vinculantes “definidores do valor formal e das funções da Constituição rígida”. Já que, na relação de liberdade e autoridade, a Lei Maior opera com um duplo vetor garantista, o qual limita e vincula o arbítrio legislativo por via dos valores constitucionais que, além de delimitadores, “passam a significar o fundamento obrigatório da repressão penal.”⁵³

Nesse compasso, o mesmo princípio da Constituição que indica o conteúdo típico do ilícito penal e os limites da legitimidade de intervenção nesta área, aponta a possibilidade de diferenciação entre os valores constitucionais, sinalizando que nem todas as valorações que figuram contempladas na Carta Magna necessariamente transformam-se em bem jurídico-penal. Então, para Angioni, a Constituição seria o termo inicial para estabelecer os critérios a partir dos quais se tornaria possível diferenciar o ilícito criminal das demais modalidades, como o mero ilícito administrativo, com a devida proporção entre ofensa, bem jurídico penal e sanção.⁵⁴

Para tanto, na elucidação de tais questões, tomamos como base os próprios fundamentos anteriores, no sentido que “não podem legitimamente ser elevados a delitos fatos que correspondam ao exercício de liberdades fundamentais postas sob o manto da Constituição”. Salvo na hipótese de que tais incriminações sejam dirigidas à tutela de interesses dotados do devido valor constitucional, na medida em que os direitos fundamentais só podem ser limitados em favor de outros com igual quilate.⁵⁵ Assim, o legislador não pode “transformar em delito o puro e simples exercício” regular de um direito, bem como não pode “tutelar penalmente os bens ofendidos por quem exerce o direito”, ressalvado o caso de ofensa a objeto constitucional relevante. Igualmente, não pode criminalizar os “princípios fundamentais que a Constituição enuncia, ora na base de disposições de âmbito geral, ora com fundamento em normas relativas” a setores específicos, como a igualdade dos cidadãos perante a lei.⁵⁶

Portanto, o Direito Penal não pode sofrer um desbordamento cuja abrangência extravase seus limites, na medida em que deve ser dirigido para condutas ofensivas aos objetos conectados à Constituição, ligados a fatos objetivos e com vistas a tutelar bens importantes para a pessoa e a comunidade. E, “nunca para a instauração ou o reforço de ordenações axiológicas transcendentais de caráter religioso, moral, político, econômico, social ou cultural”, sendo vedado o seu uso para sancionar tais condutas que sejam reprováveis apenas sob o prisma ideológico ou dos costumes.⁵⁷

Dessa forma, apesar da elástica margem discricionária do legislador, pela inexistência de um elenco expresso de bens jurídicos a serem penalmente protegidos, incidirão sempre limites substanciais demarcados pela pauta valorativa da Constituição. E aqui, tais limites não poderão ser ultrapassados, tanto pela elevação a crime (ou a sua permanência neste rol) de condutas sem afetação social, como pela adequada, necessária e proporcional criminalização de condutas que rogam a incidência da lei penal, por serem ofensivas a objetos imprescindíveis para a sociedade.

2.2 A Constituição como Fonte Ampla de Bens Jurídico-Penais

Pela teoria de caráter amplo, a Constituição é vista como uma espécie de limite negativo do Direito Penal, no sentido de que a criminalização não desrespeita o conteúdo constitucional, ainda que o objeto tutelado não esteja abrangido no seu texto. Parte-se aqui, da impossibilidade de que a Constituição esgote – o que inclusive não é tarefa sua – os bens jurídicos passíveis de serem protegidos pela norma penal. De onde, não se exige que ela tenha reconhecido a dignidade penal do objeto tutelado, contanto que a “criminalização não fira os valores constitucionais”.⁵⁸

Conforme Nuvolone, “um exame completo do sistema penal não pode prescindir das normas e dos princípios constitucionais”, os quais são o “parâmetro de constitucionalidade das leis ordinárias e circunscrevem o seu âmbito de aplicação”; embora, nem por isso, uma teoria do delito esgotar-se-ia no texto da Lei Magna. Assim, se é indubitável que os objetos protegidos por expresso nela caracterizam interesses primários, também é correto que não exauram os interesses passíveis de tutela penal. Dessa forma, a criminalização da ofensa a tais interesses será legítima, mas “não será ilegítima a incriminação da lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando os garantidos pela Constituição”; na medida em que a estrutura desta “permite largo âmbito de ação do legislador ordinário, com dois limites”: o formal (na elaboração da lei), e o substancial (do conteúdo não incompatível com a Constituição).⁵⁹

Nesta linha, Mantovani entende que podem ser criminalizadas condutas que não atentem diretamente contra os valores da Lei Maior. Pois, além do seu conteúdo, os bens jurídico-penais também advêm da realidade sociocultural, a qual não roga a concordância com aquela, mas só exige que não haja uma incompatibilidade.⁶⁰ Também Pagliaro, o qual critica uma pretensa limitação sob o pálio de que ela cercearia a liberdade do legislador de verificar a necessidade de tutela penal de outros valores.⁶¹ Igualmente, para Latagliata e Mazza o critério criminalizador não estaria restrito aos valores constitucionais, na medida em que o Direito Penal deve “adaptar-se às necessidades do momento, aos novos problemas e a exigências não previstas na Constituição”.⁶² Por fim, Petrone anota que o limite constitucional deveria ser essencialmente uma tendência e “uma orientação para verificar da razoabilidade da escolha do legislador”, na qual este teria o ônus de não adotar leis penais contrárias à Constituição e de não criminalizar fatos que estejam no âmbito do exercício de direitos constitucionais.⁶³

Tendo por esteio as concepções amplas, conclui-se que a Constituição fornece linhas substanciais para criminalizar condutas, tornando dignos de tutela penal os objetos nela indicados por expresso, bem como os que se encontrem em harmonia com a sua ordem e os seus propósitos. Ou seja, para ser protegido pela norma penal o bem jurídico deve possuir um lastro constitucional mínimo, ainda que indireto, na medida em que

é inconcebível que o Direito Penal abarque bens não resguardados na Constituição ou que colidam com os valores contemplados no seu quadro.

Dessa forma, a Magna Carta opera como parâmetro de legitimação da lei penal, mas sem que a incidência desta limite-se apenas aos objetos contemplados naquela; já que outros, ainda que não presentes em seu texto (de modo expresso ou implícito) podem ser criminalizados, desde que não estejam em contradição com ela. Com isso, evita-se uma insuficiência no âmbito tutelar, decorrente das transformações sociais e evoluções nem sempre contempladas pelo caráter estático da Constituição. De tal modo que, ao limitar a proteção penal apenas aos bens contemplados na Lei Maior, o sistema não seria de todo eficiente à sua finalidade, já que esta também envelhece e vão surgindo novas demandas que, quando da sua elaboração, inexistiam ou eram imprevisíveis.

Diante do que, além dos bens e valores expressos na Constituição, também seriam dignos de proteção penal os implícitos, os que de algum modo possuam relação com ela e aqueles que não contrariem sua ordem de valores, quando na presença de grave risco ou dano para o qual este meio de tutela seja adequado e necessário. Afinal, os direitos fundamentais e o sistema que envolve defesa e proteção não se manifestam só *contra* o Estado, mas também *por conta* dele, de modo que assim como existem situações nas quais este deve respeitar certos limites para não se exceder, noutras ele deve intervir, inclusive penalmente, para que não ocorram deficiências.⁶⁴

Isso posto, do conjunto da Constituição, dos seus princípios, direitos e valores vislumbram-se os preceitos que legitimam e demarcam a criminalização, repercutindo no conceito de bem jurídico penal sob dois diferentes enfoques. Um, que confere ampla liberdade ao legislador, exigindo apenas que a criminalização não viole os preceitos constitucionais. O outro, requerendo total simetria entre valores penais e constitucionais, vindo a vedar a criminalização de condutas que não ofendam valores da Constituição. Da análise de tais correntes, aduz Cunha que embora algumas concepções alarguem a incidência da lei penal e não tragam uma garantia eficaz da sua restrição, por outro lado deve ser considerado que o caráter mutável das circunstâncias sociais reclama a proteção de valores novos ou diferentes dos concebidos na Constituição.⁶⁵

Assim, posiciona-se pela adoção da teoria ampla, contemplando os valores explícitos, os implícitos e “ainda os que se encontrem numa relação de pressuposição” necessária. Ou seja, os expressos, os que apesar de não o serem fazem parte do espírito da Carta Magna (podendo ser deduzidos do conjunto dos seus preceitos), bem como os que embora não previstos possuem valia “instrumental em relação à defesa de um valor constitucional explícito, de tal modo que a sua lesão colocaria em perigo este valor”. Desta forma, novas exigências de tutela oriundas geralmente da complexidade das relações sociais, da crescente produção e do progresso científico poderão ser contempladas pelo Direito Penal, considerando-se estarem implicitamente contidas na Constituição ou, numa linha de pressuposição necessária com os valores ali expressos.⁶⁶

Entretanto, não poderá existir conflito com a Constituição e deverá, sim, haver respeito ao princípio da proporcionalidade; de tal forma que a tutela penal incidirá nos valores dignos de recebê-la, ao mesmo tempo em que o legislador não será de todo livre e nem asfixiado. Assim, na medida em que ao Direito Penal cabe tutelar interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, o legislador ordinário poderia reconhecer outros bens não contidos na Constituição, mas em eco com a sua pauta, e que seriam fruto das mutações sociais e estariam a rogar a defesa penal.

Outrossim, caso aceita a concepção estrita como índice exclusivo e não extensível da tutela penal, ocorreria uma espécie de “renúncia a satisfazer novas exigências de tutela surgidas do contínuo envolver-se da realidade social, e, como tais, não subsumidas, nem subsumíveis, no originário quadro da Constituição”. Afinal, diante das constantes e céleres transformações da sociedade mundial, tanto novas formas de agressão,

como novos bens podem surgir. Situações essas que exigirão uma tomada de postura por parte do legislador, ainda que o objeto não ostente o selo constitucional, de forma direta ou indireta, em especial por ser mais recente.⁶⁷

Portanto, os fins e limites do Direito Penal não se inferem da Constituição na sua totalidade, e nem apenas de forma direta, pois dela abstraem-se razões que legitimam a conformação de bens jurídicos como interesses e valores que são reconhecidos como merecedores da tutela penal, ainda que não contidos no catálogo da Lei Maior. Tal ocorre, na medida em que a ordenação dos objetos jurídicos tuteláveis penalmente não é em tudo “idêntica à ordem dos valores constitucionais”,⁶⁸ e nem é obrigado a sê-lo.

Na espécie, embora não se negue a importância do arcabouço constitucional e não se admitam medidas penais que o contrariem, também não seria razoável aceitá-lo como fonte única da lei penal, o que diminuiria o campo de tutela e a função do legislador. Isto porque, embora atrelado à Constituição, aos mandados e aos valores advindos dela, o legislador também dispõe de uma margem própria para interpretar e configurar bens jurídicos penais, inclusive no que diz respeito aos direitos de defesa e de proteção. Assim, o resguardo das liberdades e dos direitos fundamentais legitima a extensão da norma penal às condutas que sejam ofensivas aos objetos derivados daqueles valores e que sejam imprescindíveis para a pessoa e para a sociedade.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE CONSTITUIÇÃO E TUTELA PENAL

É correto que se busque no bem jurídico-penal uma identificação com os valores constitucionais e com os objetos fundamentais para a sociedade, que eles expressam. Mas, como tal Carta é um documento político, dotado por essência de diretrizes, programas e princípios, e apenas de forma acessória de mandamentos criminais, não se pode conceber que todos os valores nela indicados sejam alvo de criminalização.⁶⁹ Por sua vez, também é inaceitável que apenas os bens ali lançados ou subentendidos sejam objeto de penalização. Pois, do contrário, por aquele viés os limites *do ius puniendi* seriam muito amplos, enquanto que por este seriam muito estritos.

Portanto, embora serviam como guia principal na identificação de bens jurídico-penais, as disposições e valores constitucionais não seriam uma fonte exclusiva, mormente pelo fato de que o seu catálogo de objetos não está fechado e nem completo; não se resumindo ao conteúdo expresso ou implícito no seu texto, nem aos bens jurídicos clássicos e individuais, de modo a poder abarcar outros de relevo que sejam fundamentais ao livre desenvolvimento social.⁷⁰

Ocorre, que o Direito é dinâmico e não está em repouso, integrando um sistema aberto e não cerrado, de onde o ingresso ou a retirada de um bem jurídico no rol penal também receberá irradiações dos influxos sociais, científicos e do modelo político de Estado. Por conta disso, se é certo que a norma criminal não pode contrariar a ordem constitucional, tal não significa que o legislador ordinário esteja de todo amarrado a ela e impedido de configurar outros bens que não sejam traduzíveis a partir do contido naquele arcabouço. Afinal, enquanto que a Constituição é rígida, as permanentes oscilações da sociedade exigem um Estado presente e um legislador atento aos objetos que roguem e aos que dispensem a intervenção dos meios de controle formal. De tal modo que, diante da função do Direito Penal e da própria missão do legislativo a serviço da sociedade constituída, entende-se que legislador ordinário está autorizado a selecionar objetos (por sua especial relevância) e condutas (por sua considerável gravidade) que devam integrar o quadro de incidência das normas penais. Observando, porém, limites, comandos e garantias da Constituição, que, como lei superior, sempre prepondera sobre o Direito Penal e outros ramos.

Com efeito, tal atividade legitima-se ainda na medida em que a ordem jurídica, embora planejada pela Constituição, encontrará na lei penal um dos componentes imprescindíveis para a sua manutenção e a da

convivência pacífica em sociedade.⁷¹ E aqui, os fatores que interagem no seio social sofrem oscilações que superam a natureza monolítica da Carta Magna, o que tende a exigir análises mais frequentes em relação ao desvalor da conduta, do resultado e da sua importância para a vida em comunidade. Assim, uma interpretação não rígida e legítima dos postulados em exame leva a concluir que, a ausência de inclusão de determinado bem no rol Constitucional não reflete necessariamente sua desclassificação da escala de valores. Principalmente, se atentarmos para o fato de que a Constituição é outorgada num dado contexto histórico, quando, ao olhar para o passado, procura projetar o futuro a partir das experiências hauridas, dando relevo maior ou menor para certos tipos de objetos, em especial os já conhecidos.

De tal modo, seria exagerada uma proibição irrestrita do legislador ordinário de emanar normas penais para proteger bens não reconhecidos na Suprema Lei, pois é possível que surjam exigências protetivas que na época da gênese e da outorga da Constituição não eram previsíveis. Mas, no presente, já estejam consagradas, além de outras que incidam por uma decorrência lógica da sua própria ordem de valores. Então, a adequada redimensão do postulado que limita a tutela penal apenas aos bens com amparo na Lei Maior, cotejado com o preceito de que o manto protetivo estender-se-ia aos valores com relevo constitucional implícito, faz com que se considere admissível a eventual tutela de bens compatíveis, ainda não emersos na fase de gênese da Carta.⁷²

Afinal, nem sempre as Constituições são recentes a ponto de estarem em compasso com o advento de certas inovações ou de direitos novos, surgidos do natural desenvolvimento social e das suas necessidades crescentes. Fatores que contribuem para que não haja o reconhecimento expresso de certos objetos, os quais, nem por isto, estariam imunes à proteção penal, que deverá então ser exercida. Ademais, mesmo que o texto constitucional fosse o mais atual e abrangente possível quando da edição, a complexidade e a aceleração social rogariam constantes alterações. De onde o elenco de tais bens jurídico-penais poderia estar em permanente defasagem e mutação, seja pelo seu significado, grau de relevo, âmbito de dimensão de tutela ou até desnecessidade.⁷³

Com efeito, partindo de premissas com foro na Constituição, o que se espera é que os valores constitucionais assumam não apenas um limite negativo de intervenção penal, mas o “pressuposto de uma concepção promocional e propulsiva do direito”. Acrescendo-se à função “protetiva e repressiva do Direito Penal, o papel de instrumento que concorre à realização do modelo e dos objetivos” fundamentais da Magna Carta. Contudo, para evitar os indesejados desvios dos escopos típicos do controle criminal, é necessário manter o rigor na seleção dos valores suscetíveis de se elevarem à condição de bem jurídico penal, para não violar a proporcionalidade, os objetivos constitucionais e a missão do Direito Penal. Para tanto, a decisão de se recorrer ou não aos meios penais passa por várias análises e direções, as quais, em muito, dependem dos princípios emanados pela Constituição, mas não se restringem apenas a ela.⁷⁴

Dentro dessa verificação, orbitam os postulados da liberdade e da tolerância, ou seja, “da máxima liberdade individual compatível com a liberdade alheia” e da “máxima tolerância compatível com a vida em comum”. Decorre daí a ausência de legitimidade do Direito Penal para tutelar objetos que não representem afetação social, além da necessidade de que, os valores que impulsionam a sua atuação, possuam relevo para fundamentá-la, os quais se conectam à dignidade do bem e ofensividade da conduta. Da dignidade do objeto, abstrai-se o requisito de que seja relevante, para o livre desenvolvimento do homem, o bem-estar, a segurança e a manutenção da paz social. Em relação à ofensividade, tem-se que quanto mais grave apresentar-se o risco ou o dano social, maior será o espaço do legislador para proibir a conduta, e vice-versa. Mas, quanto mais intensa for a restrição penal aos direitos e às liberdades contrapostos, maior terá de ser a justificativa que irá legitimar tal nível de intervenção, e vice-versa.⁷⁵

Tais aspectos, porém, não afastam o Direito Penal da ordem constitucional, mas tão só anotam que aquele não tem sua causa e consequência esgotada na força desta. Mesmo porque, a interpretação e aplicação da norma penal seguem diretamente ligadas à Constituição, assim como a atividade do legislador, no sentido de que não poderá impor medidas excessivas e nem poderá deixar os bens mais valiosos desprotegidos.

Para tanto, expõe Lascuraín Sánchez que a relação entre os objetivos do constituinte e do legislador ordinário não deve ser de *coincidência*, mas de *coerência*. Onde nem todo bem, interesse ou direito constitucional deve possuir a proteção da lei penal, assim como nem todo bem jurídico-penal encontrará abrigo expresso na Constituição para que esteja legitimado.⁷⁶

Na espécie, o tipo de relação que compartilhem a ordem axiológica constitucional e a penal é, nas palavras de Figueiredo Dias, uma “relação de mútua referência”, a qual “não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de *analogia material*, fundada numa essencial *correspondência de sentido* [...] e *de fins*.” Correspondência esta que deriva do fato da ordem constitucional “constituir o quadro obrigatório de referência” e também “o critério regulativo da atividade punitiva”.⁷⁷ Igualmente, conforme Cunha, não haveria como se pretender uma relação de identidade, pois a Constituição contém vários preceitos genéricos e conceitos não fechados, exatamente “para perdurar e para se compatibilizar com o princípio democrático”, de modo que se adapte a certas alterações, mas mantenha seus principais fundamentos. Enquanto que, do Direito Penal, exige-se que seja preciso e concreto, com o fim de garantir a segurança jurídica, ao mesmo tempo que deve acompanhar as mudanças sociais.⁷⁸

Assim, a não coincidência “entre o sistema dos valores constitucionais e o catálogo dos objetos de tutela penal” não surpreende, se avaliada a diversidade das funções outorgadas à Lei Fundamental e à Penal. Pois, independente de interpretação *garantística* (“a Constituição como garantia das regras do jogo político”), ou *finalística* (“a Constituição como estendida também à realização de valores finais”), resta indubitável que a Carta Magna abarca um conjunto de normas voltadas para “submeter a limites o poder público estatal, introduzir critérios organizadores” e promover uma sociedade melhor. Enquanto que o Direito Penal destina-se a “prevenir ações consideradas danosas para a sociedade que se move no quadro da Constituição”.⁷⁹

Afinal, a Magna Carta não foi concebida com a função primordial de elencar bens jurídicos (penais ou não). Mas, sim, para estabelecer as características em torno das quais o Estado irá gerir uma série de questões que dizem respeito a sua soberania, e em cujo núcleo estão contidos princípios bases que modelam o sistema e a sociedade, com cláusulas que consagram direitos e deveres, das quais advém limites e obrigações. Ao proceder assim, age o constituinte sobre o abrigo da proporcionalidade na sua dupla face. De um lado, por não ser adequado e nem necessário elevar todos os valores constitucionais a bem jurídicos penais, já que tal operação deve sujeitar-se aos postulados limitadores de uma intervenção penal mínima (frente a ofensividade, a fragmentariedade e a subsidiariedade). E do outro, por não prender o legislador a um catálogo prévio e permitir que, de acordo com as circunstâncias e com as realidades que se apresentarem, seja efetuada a tutela penal de certos objetos de elevado relevo, diante dos mais graves ataques.

Assim, o objeto jurídico penal não precisa ser coincidente com o valor constitucional. De onde, sob certas condições, a proteção criminal pode ficar aquém, e em outras, restar além do valor conferido ao objeto pela Lei Maior. Porém, o que não poderá ocorrer é um grau de tutela que não atenda aos mandados de criminalização, ou que contrarie a ordem de valores e preceitos constitucionais. Diante do que, garantir-se-á a tutela penal apenas aos valores dignos dela, sem como isso suprimir a apreciação legislativa e a adaptação da lei penal às transformações sociais.⁸⁰

Em decorrência, além dos bens expressos na Constituição, torna-se possível estender a proteção penal para os objetos que estejam em nível constitucional, ainda que de forma indireta, sendo compatíveis com a

Carta ou, ao menos, não contrários a ela. Porém, tal não poderá conduzir à tutela criminal de todo e qualquer interesse, pois, para tanto, o legislador deverá realizar o devido balanceamento, ponderando certos bens, interesses e necessidades, com os custos e os benefícios para a liberdade.⁸¹ Assim, resta claro que o “relevo constitucional de um bem é índice seguro da sua *importância*” e, pois, um dos “pressupostos primordiais” da sua dignidade penal. Contudo, também podem receber tal meio de tutela “os bens não referidos, nem sequer indiretamente, pela Constituição”, desde que não a contrariem e sejam indispensáveis “para a integridade das instituições e à própria sobrevivência da sociedade”.⁸²

Ou seja, apesar da obrigação de mirar o quadro de valores da Lei Magna para verificar o nível de compatibilidade do bem penalmente tutelado, não é obrigatório que este possua exata guarida naquele, já que tal opera como uma referência. Isto ocorre, pois a Constituição não detém por função primordial fornecer um catálogo aritmético de bens penais, mas tem como missão mor definir direitos fundamentais, questões sociais, forma de Estado e sua organização geral.

Entretanto, dessas diretrizes poderão ser extraídos limites à atividade legislativa, sobre aquilo que pode e deverá, e do que não poderá ser objeto de criminalização. Tal significa que, por conta do princípio democrático, segue o legislador como o titular para a seleção de bens jurídico-penais, mormente a partir da Constituição. Mas não exclusivamente, pois questões de adequação, necessidade e proporcionalidade poderão determinar a tutela penal de bens compatíveis com ela.

Portanto, correta a lição de Dolcini e Marinucci de que a Constituição é “a estrela polar que deverá orientar o legislador na caracterização dos bens merecedores de tutela penal”, sendo um “índice primário, ainda que não exclusivo”, da valia do objeto. Pois, como “*lei fundamental* e expressão do *pacto social* que está na origem da República”, vincula a atuação estatal em prol de vários objetivos. Dentre os quais, “a obrigação de utilizar a arma da pena”, quando os valores mais caros ao sistema forem alvo de ataque e não puderem ser protegidos de outra forma.⁸³

Assim, apesar do vínculo, conclui-se com Faria Costa que o “quadro dos bens jurídicos penalmente tuteláveis não tem de ser estaticamente definido por um texto constitucional”.⁸⁴ Afinal, caso figurasse como um escrito rígido de política criminal, a Constituição poderia deixar de ser um instrumento básico regulador da convivência democrática e pluralista, para se transformar num programa político de ideologia, enfraquecendo seus valores.⁸⁵

REFERÊNCIAS

- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.
- ANGIONI, Francesco. Il Principio di Offensività. In: *Prospective di riforma del codice penal e valori costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1996.
- BIANCHINI, Aline. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. v. 1.
- BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.
- BRICOLA. *Scritti di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1997.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal*. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Madrid: Trotta, 2006.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: safE, 1992.
- COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição do crime*. Da substancial constitucionalidade do direito penal. Coimbra: Coimbra, 1998.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. São Paulo: RT e Coimbra, 2007. T. I.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2003.
- DOLCINI, Emilio. Reato come offesa a un bene giurídico. In: CANESTRARI, Stefano (Org.). *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in Ricordo di Franco Bricola*. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994.
- ESSADO, Tiago. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. Porto Alegre: safE, 2008.
- FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. In: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fund. Coloquio Jur. Europeo, 2008.
- FIANDACA, Giovanni. O bem jurídico como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 776, jun. 2000.
- FLACH, Michael Schneider. *As duas faces do princípio da proporcionalidade e as normas penais: entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.
- GARCIA, Baileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1951. v. 1.
- GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*. Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007.
- GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *O Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Justiça constitucional pressupostos teóricos e análises concreta*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Silva. Porto Alegre: safE, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. T. II.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ. La proporcionalidad de la norma penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, n. 0, maio/ago. 2000.
- LOPERA MESA. *Principio de proporcionalidad e ley penal*. Madrid: Centro Est. Pol. Constitucionales, 2006.
- LOPES JÚNIOR, Auri. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1.
- LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: safE, 2003.
- MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

- MAURACH Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1994. v. 1.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: Bdef, 2002.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: RT, 1981. v. 1.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: safe, 1989.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Bien jurídico en el derecho penal*. Sevilla: Universidad Sevilla, 1974.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, Direito Penal e Garantias. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico e constituição*. São Paulo: RT, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El Constitucionalismo de los Derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2007.
- REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- ROTHEMBRUG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: safe, 2003.
- ROXIN, Claus. ¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *La Teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. T. I.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1993.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SMANIO, Poggio. A tutela penal constitucional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 39, jul./set. 2002.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, R. et al. (Org.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, n. 2, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Inconstitucionalidade (parcial sem redução de texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 47, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, R. et al. (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

NOTAS

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales”, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 83-6. V. Díez Ripollés, José, “La Racionalidad de las Leys Penales”, Madrid: Trotta, 2003.
- JIMÉNES DE ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1950, p. 162.
- MARQUES, José Frederico, “Tratado de Direito Penal”, vol. 1, Campinas: Bookseller, 1997, p. 61.
- HÄBERLE, Peter, “Jurisdição Constitucional como Força Política”, *Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análises Concreta*, Org.: TAVARES, André Ramos, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 66-7.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, “A Constituição do Crime. Da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal”, Coimbra: Coimbra, 1998, p. 89-90.
- LOPES, Maurício Ribeiro, “Princípios Políticos do Direito Penal”, São Paulo: RT, 1999, p. 166-8 e 181.

- 7 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da “Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização”, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 118. V. SCHMIDT, Andrei Z. “O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; e LOPES JÚNIOR., Auri, “Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- 8 GARCIA, Baileu, “Instituições de Direito Penal”, vol. 1, T. I, São Paulo: Max Limonad, 1951, p. 19, anota que no seu desenvolvimento o Direito Penal “tem caminhado ao lado do Direito Constitucional, variando com ele, sensível às alterações sofridas pelas Constituições dos diversos países”. Já HASSEMER, Winfried, “Introdução aos Fundamentos do Direito Penal”, Trad. Pablo Silva, Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 332, aduz que o “significado jurídico-político do princípio da legalidade” pode ser avaliado no fato de o legislador nacional-socialista de 1935 tê-lo afrontado ao prever que: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a idéia fundamental da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo”.
- 9 FELDENS, Luciano, “A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais”, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.
- 10 ROTHEMBRUG, Walter Claudius, “Princípios Constitucionais”, Porto Alegre: safe, 2003, p. 82.
- 11 ALAZZO, Francesco C., “Valores Constitucionais e Direito Penal”, Porto Alegre: safe, 1989, p. 23.
- 12 CUNHA, Maria, op. cit., p. 123-5.
- 13 REALE JR., Miguel “Instituições de Direito Penal”, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vide BITENCOURT, César Roberto, “Tratado de Direito Penal. Parte Geral”, v. 1, 13ª ed., Saraiva: São Paulo, 2008, p. 1-27.
- 14 FELDENS, op. cit., p. 38.
- 15 FELDENS, op. cit., p. 38-9.
- 16 PRIETO SANCHÍS, Luis, “El Constitucionalismo de los Derechos”, in *Teoría del Neoconstitucionalismo Ensayos Escogidos*, Org. CARBONELL, Miguel, Madrid: Trotta, 2007, p. 225-6.
- 17 FERRAJOLLI, Luigi, “Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías”, in *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Madrid: Fundación FCJE, 2008, p. 90.
- 18 PRIETO SANCHÍS, op. cit., 2007, p. 229; e CUNHA, Maria, op. cit., p. 127.
- 19 LOPERA MESA, “Principio de Proporcionalidad e Ley Penal”, Madrid: Centro CEPC, 2006, p. 329-37. Vide PULIDO, Carlos Bernal, “El Principio de la Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”, Madrid: CEPC, 2007.
- 20 CANOTILHO, J. J. GOMES, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 2003, Coimbra, Almedina..
- 21 ESSADO, Tiago, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, Porto Alegre: safe, 2008, p. 19.
- 22 STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano, “Crime e Constituição. A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público”, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34-6; e STRECK, Lênio Luiz, “Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): De Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais”, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: IHJ, 2004, n. 2, p. 254 e 280.
- 23 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de, “Fundamentação Constitucional do Direito Penal”, Porto Alegre: safe, 1992, p. 33-48, referindo tanto os bens expressos, como os de alguma forma consagrados.
- 24 LUISI, Luiz “Os Princípios Constitucionais Penais”, Porto Alegre: safe, 2003, p. 173-7.
- 25 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio, “Constituição e Escolha de Bens Jurídicos”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994, p. 197-8.
- 26 FELDENS, op. cit., p. 46.
- 27 ROXIN, Claus, “¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Penal?, in *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?*, Org.: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443 e 453.
- 28 ROXIN, Claus, “Problemas Fundamentais de Direito Penal”, Lisboa: Vega, 1993, p. 61,
- 29 WOHLERS, Wolfgang, “Las Jornadas Desde la Perspectiva de un Escéptico del Bien Jurídico”, in *La Teoría del Bien Jurídico*, op. cit., p. 405. V. PRADO, Luis Regis, “Bem Jurídico e Constituição”, São Paulo: RT, 1997, p. 76-9.
- 30 POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Bien Jurídico en el Derecho Penal”, Sevilla: Universidad S., 1974, p. 277-8.
- 31 MIR PUIG, Santiago, “Introducción a las Bases del Derecho Penal”, Montevideo: Bdef, 2002, p. 123-4.
- 32 ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, T. I, Trad. Luzón Penã, et al., Madrid: Civitas, 1997, p. 45-6; e ROXIN, Claus, “A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal”, Org., Trad. André Callegari e Nereu Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16-9.
- 33 BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Madrid: Trotta, 2006, p. 71-4.
- 34 FELDENS, op. cit., p. 70.
- 35 D’AVILA, Fábio Roberto, “Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios. Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico”, Coimbra: Coimbra, 2005, p. 70-2.
- 36 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas”, São Paulo: RT, 1999, p. 66-7.
- 37 DOLCINI, MARINUCCI, op. cit., p. 164.
- 38 FELDENS, op. cit., p. 48-9, citando como exemplo da última disposição o “direito geral de igualdade”.
- 39 CARVALHO, op. cit., p. 33, 38 e 48.
- 40 CARBONELL MATEU, op. cit., p. 84, 215-8.

- 41 BUSTOS RAMIRÉZ.; HORMAZÁBAL MARARÉE, op. cit., p. 74-7.
- 42 STRECK, Lenio Luiz, “Inconstitucionalidade (Parcial sem Redução de Texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais”, *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, nº 47, p. 171-83, 2002.
- 43 GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice, “Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais”, São Paulo: RT, 2007, p. 418; e GOMES, Mariângela Gama de Magalhães, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: RT, 2003, p. 94-5.
- 44 AGUADO CORREA, Teresa, “El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid: Edersa, 1999, p. 178-9; e PASCHOAL, Janaina Conceição, “Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo”, São Paulo: RT, 2003, p. 60-7. V. BIANCHINI, Aline, “Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal”, São Paulo: RT, 2002.
- 45 BRICOLA, Franco, “Teoria Generale del Reato”, p. 14-6, *apud* FIANDACA, Giovanni, “O Bem Jurídico como Problema Teórico e como Critério de Política Criminal”, *Revista dos Tribunais*, ano 89, v. 776, p. 415-9, jun. 2000.
- 46 BRICOLA, *apud* DOLCINI, Emilio, “Reato come Offesa a un Bene Giurídico”, in *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio. Atti del Convegno in Ricordo di Franco Bricola*, Org.: Canestrari, Stefano, Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 211-5, aduzindo Dolcini que “nella selezione dei beni giuridici il legislatore sarebbe dunque vincolato alla gamma dei beni garantiti dalla Carta Costituzionale”.
- 47 Para Bricola “non c’è reato senza offesa a un bene costituzionalmente rilevante”. Porém, “l’illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria: talché ... la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idone a mettere in pericolo il segundo”; *apud* DOLCINI, op. cit., 1998, p. 214.
- 48 BRICOLA, *apud* FIANDACA, op. cit., p. 418-9. V. BRICOLA “Scritti di Diritto Penale”, Milano: Giuffrè, 1997.
- 49 ANGIONI, *apud* DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., 168.
- 50 FELDENS, op. cit., p. 53-4.
- 51 PALAZZO, op. cit., p. 84-7.
- 52 MUSCO, Enzo, 1974, p. 111 ss., *apud* FIANDACA, op. cit., p. 420-1.
- 53 PULITANÓ, Domenico, 1985, p. 159-60, *apud* GOMES, Mariângela, op. cit., p. 93-8.
- 54 ANGIONI, Francesco, “Il Principio di Offensività”, in *Prospective di Riforma del Codice Penal e Valori Costituzionali*, Milano: Giuffrè, 1996, p. 113-9; e ANGIONI, *apud* GOMES, Mariângela, op. cit., p. 94, e 108-9.
- 55 FIANDACA, op. cit., p. 428.
- 56 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 156-162.
- 57 DIAS, op. cit., 1999, p. 75.
- 58 CUNHA, Maria, op. cit., p. 190-1; e PASCHOAL, op. cit., p. 55-9.
- 59 NUVOLONE, Pietro, “O Sistema do Direito Penal”, v. 1, São Paulo: RT, 1981, p. 39-41 Assinala ainda, que o “conceito de liberdade pessoal não é absoluto, mas apenas relativo ao âmbito no qual o indivíduo pode operar licitamente, com base em normas não incompatíveis com a Constituição”. V. AGUADO CORREA, op. cit., p. 182-9.
- 60 MANTOVANI, Ferrando, “Principi di Diritto Penale”, Padova: Cedam, 2002, p. 81-102.
- 61 PAGLIARO, Antônio, 1998, p. 228-30, *apud* PASCHOAL, op. cit., p. 57-8.
- 62 LATAGLIATA, Raffaele; MAZA, Leonardo, 1978, p. 212; *apud* CUNHA, Maria, op. cit., p. 192.
- 63 PETRONE, Marino, 1977, p. 1046 e ss., *apud* CUNHA, Maria, op. cit., p. 192-3.
- 64 FLACH, Michael Schneider, “As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente”, Dissertação Mestrado, Porto Alegre: PUC, 2009, p. 99.
- 65 CUNHA, Maria, op. cit., p. 128-30 e 169, pondera que se a teoria estrita possui como sua maior qualidade imunizar a lei penal de certos arbítrios, já a ampla mantém a norma atualizada com realidade social.
- 66 CUNHA, Maria, op. cit., p. 189-195, mas adverte que nem sempre será fácil tal tipo de determinação.
- 67 FIANDACA, op. cit., p. 420.
- 68 PALAZZO, op. cit., p. 86.
- 69 BOTTINI, Pierpaolo, “Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco”, São Paulo: RT, 2007, p. 178-9; SMANIO, Poggio, “A Tutela Penal Constitucional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, nº 39, p. 130-2, jul./set. 2002; e BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, “Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 35-9.
- 70 STERNBERG-LIEBEN, Detlev, “Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal”, in *La Teoria*, op. cit., p. 111. V. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal”, Bogotá: Temis, 1982.
- 71 JESCHECK, Hans-Heinrich, “Tratado de Derecho Penal. Parte General”, v. 1, Barcelona: Bosch, 1981, p. 16; e MAURACH Reinhart; ZIPF, Heinz, “Derecho Penal.”, v. 1, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 154
- 72 FIANDACA, op. cit., 2000, p. 420 e 422; e DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., 168.
- 73 FELDENS, op. cit., p. 60; e GOMES, Mariângela, op. cit., p. 96 e 108.
- 74 FIANDACA, op. cit., 2000, p. 429-35.
- 75 CUNHA, Maria, op. cit., p. 136-63 e 195
- 76 LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La Proporcionalidad de La Norma Penal”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, CEIP, ano 1, n. 0, maio/ago. 2000, p. 228.
- 77 DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal. Parte Geral”, T. I, São Paulo: RT e Coimbra, 2007, p. 120.

⁷⁸ CUNHA, Maria, op. cit., p. 205.

⁷⁹ FIANDACA, op. cit., 2000, p. 422.

⁸⁰ CUNHA, Maria, op. cit., p. 206-11. Vide FLACH, op. cit., p. 107-9.

⁸¹ GOMES, Mariângela, op. cit., p. 96-9 e 108. Ver GOMES; MOLINA; BIANCHINI, op. cit., p. 422-7.

⁸² DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., 191-3.

⁸³ DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., 197-8.

⁸⁴ COSTA, José de Faria, "O Perigo em Direito Penal", Coimbra: Coimbra, 1992, p. 647.

⁸⁵ CARBONELL MATEU, op. cit., p. 84.