

LEGISLAÇÃO PENAL E CIÊNCIAS CRIMINAIS: POR UMA TEORIA ORIENTADORA DOS INTERESSES POLÍTICO-CRIMINAIS

CRIMINAL LAW AND CRIMINAL SCIENCES: FOR A GUIDING THEORY OF THE CRIMINAL POLICES INTERESTS

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
Visiting Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Turim. Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
Professor do Curso de Direito da Universidade FEEVALE. Advogado em Porto Alegre e São Paulo.
marceloarquivo@gmail.com

Recebido em: 04.05.2018

Aprovado em: 12.06.2018

Última versão do autor: 18.06.2018

ÁREAS DO DIREITO: Penal, Constitucional

RESUMO: O artigo apresenta metodologia de orientação e controle dos interesses político-criminais, baseada na estrutura trifásica do dever de proporcionalidade e nos conceitos de merecimento, carência e dignidade penal. Propõe-se uma análise valorativa e finalística a partir da dogmática do direito penal e constitucional, para além da estrita verificação de utilidade da lei penal.

PALAVRAS-CHAVE: Lei penal – Controle de constitucionalidade – Análise trifásica da proporcionalidade – Merecimento, carência e dignidade penal.

ABSTRACT: The article presents a methodology for guiding and controlling political-criminal interests, based on the three-phase structure of the duty of proportionality and on the concepts of criminal worthiness, necessity, dignity. It proposes an axiological and finalistic analysis from the point of view of the constitutional and criminal law theory, beyond the strict verification of the utility of criminal law.

KEYWORDS: Criminal law – Constitutionality control – Three-phase proportionality analysis – Criminal worthiness, necessity, dignity.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Desafio científico das ciências criminais na orientação dos poderes públicos. III. Formas de avaliação da proporcionalidade no direito penal. IV. Fundamento e sentido do dever de proporcionalidade. V. Os conceitos penais analíticos dos interesses político-criminais. VI. A teoria de orientação dos interesses político-criminais com base na proporcionalidade e nos conceitos penais. 6.1. Adequação e merecimento da tutela penal. 6.2. Necessidade e carência de tutela penal. 6.3. Proporcionalidade em sentido estrito e dignidade da tutela penal. VII. Conclusão. VIII. Bibliografia.

I. INTRODUÇÃO

A teoria da legislação não tem recebido grande atenção da metodologia do direito contemporânea,¹ ao mesmo tempo a produção legislativa tem se afastado do conhecimento das ciências criminais. Particularmente, o fenômeno criminal tende a excitar sentimentos e reações exagerados² que influenciam o debate público demandando respostas penais nem sempre adequadas, necessárias e proporcionais. Em contextos de medo ou ódio populares difusos, argumentos de autoridade ou opiniões pessoais de práticos são equiparados a resultados de pesquisa científicas teóricas e empíricas, colocando em perigo a justiça e as liberdades do cidadão.

Algumas demandas políticas por intervenção penal em fenômenos altamente complexos³ sobre os quais falta informação científica qualificada, podem resultar em ações estatais meramente simbólicas em nome da segurança.⁴ Existe o perigo constante de interesses político-criminais arbitrários concretizarem-se em leis penais injustas e ineficientes na retribuição da ofensa e na prevenção de novos crimes,⁵ próprias do chamado “populismo punitivo”.⁶ Posteriormente, é exigido do Poder Judiciário resolver problemas sociais para além dos limites jurídicos ou controlar a constitucionalidade de leis elaboradas com deficiências técnicas ou falta de elucidação científica dos múltiplos interesses político-criminais relativos à questão.⁷

A falta de orientação científica na produção legislativa acarreta problemas práticos significativos: (1) perigo de aumento da ineficiência da legislação penal

1. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 24-25, 123-124.
2. Já, em 1764, Beccaria constatava que “as leis, embora sejam ou devam ser pactos dos homens livres, a maior parte das vezes foram apenas instrumento de paixões de uma minoria, ou nasceram tão-só de uma fortuita e passageira necessidade” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 61).
3. Por exemplo, grandes danos ambientais, pedofilia, delitos sexuais, informáticos, de ódio e preconceito, de terrorismo.
4. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010. p. 3.
5. O objetivo seria apenas a tranquilização de interesses repressivos, ainda que a custo da restrição desnecessária do direito de liberdade e da intensificação do funcionamento seletivo do direito penal.
6. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010. p. 4 e 283.
7. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 29.04.2013, p. 122 (RTJ 226-01/11).

(inadequação da intervenção penal),⁸ (2) perigo de ampliação excessiva do âmbito da intervenção penal (desnecessidade da intervenção penal) e (3) perigo de mais gravames sociais do que benefícios com a intervenção penal (desproporção da intervenção). Diante desse contexto, apresenta-se uma teoria de análise e controle das propostas legislativas penais, por meio da estrutura trifásica do dever de proporcionalidade e dos conceitos de merecimento, carência e dignidade penal, harmonizando valores e fins na dogmática do direito penal e constitucional. Com isso se pretende contribuir para a orientação científica da produção legislativa e para a superação da alegação de que o controle de constitucionalidade da legislação poderia violar a divisão dos poderes.⁹

II. DESAFIO CIENTÍFICO DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS NA ORIENTAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

O exercício do poder possui tendência à expansão e ao arbítrio, encontrando os seus limites legítimos justamente no confronto com outro poder.¹⁰ O poder penal produziu séculos de injustiça na Idade Média e na Idade Moderna pré-iluminista,¹¹ tendo limitação por força dos projetos iluministas de reforma estatal fundado

8. Entende-se o juízo de adequação diferente da utilização tradicional na dogmática constitucional, que tende a considerar como adequado todo meio que abstratamente pode realizar – mínima ou pouco frequentemente – um fim. Propõe-se análise concreta de verificação empírica da aptidão efetiva do direito penal realizar um fim segundo a criminologia, conforme desenvolvido no item 6.1.

9. Em superação da alegação de violação da divisão de poderes, STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, 20.08.2015, p. 10.

10. Assim, pressuposto em ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 80; MILL, John Stuart. *On Liberty*. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 6-7.

11. Praticou-se a pena de “perda da paz” do condenado (CORREIA, Eduardo. *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*. Coimbra, Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 53, p. 10-17, 1977), a pena de morte, penas corporais e excessivamente altas, a tortura, a confusão entre a religião e o direito (VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011. p. 25-26, 28). Na modernidade francesa pré-iluminista, identifica-se mostras de desproporcionalidade ostensiva orientada pela pretensão de punição exemplar, como a *Déclaration royale du 4 mars 1724* na qual “o furto (*le vol*) doméstico será punido com morte” (LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal: la procédure criminelle*. Paris: Cujas, 1979. p. 118). Sobre as injustiças, BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 61-62, ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 176.

nos princípios da racionalidade, igualdade, proporcionalidade, legalidade e humanidade.¹² A legitimidade, os fundamentos e os limites das atividades legislativa, judicial e executiva foram amplamente debatidos nas universidades, academias e círculos intelectuais.¹³ Na atual organização social, espera-se da universidade a orientação dos poderes públicos, recaindo sobre o cientista do direito a responsabilidade de produzir a sabedoria jurídica de esclarecimento dos múltiplos interesses político-criminais.¹⁴ Os cientistas do direito devem reconhecer os problemas sociais e os valores envolvidos, buscando propor e sistematizar conceitos, princípios e finalidades da justiça criminal na orientação do funcionamento dos poderes públicos.¹⁵

Especificamente sobre a relação do poder legislativo com os múltiplos interesses político-criminais, há duas compreensões. A primeira entende que o legislador teria total liberdade de conformação para a realização de uma escolha político-criminal na elaboração das leis,¹⁶ desde que não fosse frontalmente desarmônica com os limites jurídicos procedimentais e materiais dados pelo texto constitucional. Assim, a ciência do direito penal seria “impotente” diante de eventuais mudanças nas valorações políticas.¹⁷

12. VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011. p. 28; ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 184-187; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 134.
13. Sobre a importância das academias para o reconhecimento popular das ciências naturais e humanas e para a transformação social no iluminismo europeu, BÖDEKER, Hans Erich. *Accademie*. In: FERRONE, Vincenzo; ROCHE, Daniel. *L'Illuminismo: dizionario storico*. Bari: Laterza, 2007. p. 263 e 268-269.
14. Os múltiplos interesses político-criminais devem ser analisados considerando que “o povo, por si mesmo, quer sempre o bem, mas nem sempre percebe por si mesmo” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 78).
15. Esse conhecimento é utilizado posteriormente no controle de constitucionalidade, STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, 20.08.2015, p. 8-9.
16. Jakobs entende que avaliação se a diminuição das liberdade do cidadão “trata-se de sobrecriminalização desnecessária ou da defesa de algo nuclear” seria algo que só poderia ser feito “politicamente e não pela ciência do direito penal” (JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 107, 1995. p. 855).
17. JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 107, 1995. p. 855.

A segunda reconhece características e limites ontológicos na realidade que condicionam a existência humana, a organização social e, por consequência, a elaboração dos conceitos jurídicos e da lei. As leis humanas não podem revogar ou contrariar as leis naturais caso se pretendam justas e efetivas, v.g., anular a Lei da Gravidade, a Lei da Inércia, a Lei da Causalidade, o limite temporal da vida humana etc.¹⁸ A atividade legislativa significa o ajuizamento sobre interesses políticos com base em parâmetros naturais, culturais, valorativos, finalísticos, mais do que uma simples escolha entre interesses político-ideológicos. As regras previstas nas leis penais são a previsão de juízos antecipados do Poder Judiciário, fundados em juízos prévios do legislador e não apenas de meras escolhas legislativas.

Tecnicamente há a possibilidade de identificar a inadequação do diagnóstico e do prognóstico do interesse político-criminal em relação à realidade na qual pretende intervir,¹⁹ v.g., pretender diminuir o número de assassinatos por meio da ampla liberação do acesso a armas pela população; evitar o consumo de drogas leves, estritamente por meio da proibição da posse, ao invés de redes de prevenção e de desintoxicação de usuários.

Além disso, há limites jurídicos procedimentais e materiais na produção legislativa.²⁰ A produção legislativa deve ajuizar sobre a melhor política pública de cuidado dos problemas sociais, em concretização dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), dos objetivos fundamentais (art. 3º da CF) e dos direitos individuais e coletivos (art. 5º a 12 da CF). A ultrapassagem dos limites ontológicos pelo legislador cria os perigos de ineficácia e injustiça da legislação, ao passo que a ultrapassagem dos limites jurídicos ocasiona os perigos de invalidade e injustiça.

As ciências criminais devem oferecer referenciais empíricos e científicos da criminologia, do direito penal e da política criminal a fim de avaliar e orientar os interesses político-criminais das propostas legislativas.²¹ A criminologia pode

18. Para mais detalhes, ver RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 37-45 e 225-234.

19. STF HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJe 26.03.2012, p. 26; STF RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.08.2015, p. 9.

20. STF RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.08.2015, p. 6 e 7.

21. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, nov. 2017. p. 328 e ss. Na Espanha, BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por

contribuir empírica e culturalmente para o entendimento das características do conflito social e da forma de funcionamento do sistema jurídico em relação ao problema. O direito penal indica os pressupostos, fundamentos, etapas e limites da intervenção penal que se concretizam em juízos de merecimento, carência e dignidade penal.²² A política criminal pode ofertar melhor esclarecimento acerca das “estratégias práticas de tratamento de significativos conflitos sociais” considerando os “princípios fundamentais, os conceitos e a narrativa dos fenômenos oriundos da criminologia e do direito penal”.²³

A obrigatoriedade de fundamentação das propostas legislativas é um meio de alta importância para a avaliação e controle racional da qualidade das propostas político-criminais.

III. FORMAS DE AVALIAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

As formas de avaliação da proporcionalidade no direito penal são três. A primeira é a mais conhecida e consiste na forma clássica introduzida pelo Iluminismo penal.²⁴ Trata-se de avaliação valorativa da proporção entre o crime e a pena²⁵ que possui a dimensão concreta e a dimensão abstrata. A dimensão concreta refere-se à proporção entre o desvalor do fato julgado ou entre a reprovação do fato

parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 142 e ss., 145.

22. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira*: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40, 43-44 e 47.
23. RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 329, nov. 2017.
24. FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Stabilimento tipografico di Carlo Derrey, 1853). p. 190, 225-226; MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 329; p. 184-186; ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France*: de la monarchie absolue à la République. Paris: Presses Universitaires de France, 1995. p. 176.
25. Por exemplo, CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*: parte generale. 11. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1924. v. 2. p. 81; HART, Herbert Lionel Adolf. *Punishment and responsibility*: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 25; PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale*: parte generale. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2016. p. 29-30. A teoria do direito penal desenvolve também há décadas o estudo dos critérios de avaliação valorativa do que consiste o “uso moderado dos meios necessários” para repelir a injusta agressão na legítima defesa do art. 25 do CP.

(culpa do autor do fato) e a pena aplicada ao autor do fato na sentença. A dimensão abstrata cuida da proporção entre a conduta incriminada e a previsão abstrata da pena mínima e máxima na moldura penal (proporção interna ao tipo penal). Esse é o referencial do legislador para a proporção entre as diversas molduras penais dos crimes do ordenamento penal (proporção externa aos tipos penais).²⁶

É possível identificar exemplos de desproporcionalidade das penas abstratas previstas no Código Penal. Primeiro, o concurso de pessoas qualifica o furto (art. 155, § 4º, IV, do CP),²⁷ crime contra o patrimônio, e apenas agrava (art. 62 do CP)²⁸ a lesão corporal (art. 129 do CP),²⁹ crime contra a integridade física, fazendo com que as penas mínima e máxima do crime contra o patrimônio sejam injustificadamente maiores que as do crime contra a integridade física. Segundo, a lesão corporal em situação de violência doméstica (art. 129, § 9º, do CP)³⁰ prevê moldura penal menor que a do furto simples (art. 155 do CP),³¹ de modo que a ofensa ao bem jurídico mais relevante prevê pena mínima quatro vezes menor e pena máxima um ano menor.

Os critérios comparativos entre as previsões das molduras penais dos crimes na legislação são o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, razão pela qual é legítimo punir mais gravemente o homicídio doloso que o culposos, mesmo

26. A proporção externa entre crimes com desvalor da conduta e do resultado comparáveis é o que Faria Costa denomina como "teoria da perequação" (COSTA, José de Faria. *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 58).

27. "Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...] Furto qualificado § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: [...] IV – mediante concurso de duas ou mais pessoas".

28. "Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I – promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II – coage ou induz outrem à execução material do crime; III – instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV – executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa".

29. "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano."

30. "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos."

31. "Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa."

diante de igual desvalor do resultado ofensivo. Atualmente, o dever de proporção entre a pena e o fato criminoso é o limite máximo que a pena criminal pode chegar na retribuição do fato, mas não significa a rigorosa exigência imperativa de punição na mesma dimensão do fato praticado.³² A retribuição é apenas o fundamento da pena criminal, ou seja, o primeiro dos quatro elementos da teoria da pena, devendo a punição observar outros três elementos com respectivas três questões: finalidades (para que punir?), tipo de pena (como punir?) e punibilidade (quando punir?).³³ Portanto, a análise resultante dos três outros elementos pode acarretar o abrandamento ou a isenção da punição.³⁴

A segunda forma remete à avaliação finalística da proporcionalidade desenvolvida nas últimas décadas, propondo a análise teleológica da “relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim”.³⁵ Para isso a dogmática do direito constitucional oferece três níveis sucessivos de análise das finalidades legais. É uma metodologia de controle eminentemente de utilidade prática da lei penal, que pretende controlar se a norma apresenta-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao fim prático que motivou a sua proposição.

A terceira forma funda-se em avaliação valorativa e finalística, que aproveita os conceitos e critérios valorativos clássicos do direito penal em aproximação à dogmática constitucional.³⁶ Assim aperfeiçoa a análise finalística da utilidade prática da relação causal entre meio legal e fim legal do direito constitucional com a introdução de conceitos valorativos específicos do direito penal. É a

32. A atual retribuição da culpa do autor do fato não é retribuição talional idêntica que encontra impedimentos fático e jurídico. O impedimento fático diz respeito à impossibilidade de punição talional idêntica do duplo ou múltiplo homicídio. A impossibilidade jurídica ocorre nos ordenamentos que não preveem a pena de morte para o crime de homicídio, v.g., o brasileiro que veda constitucionalmente a pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*, CF).

33. RUIVO, Marcelo. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas., *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago. 2016. p. 165 e 185.

34. RUIVO, Marcelo. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, jul.-ago. 2016. p. 171-172.

35. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

36. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 37-54.

verificação prática das finalidades legais com a avaliação valorativa legal, por meio de metodologia capaz de satisfazer as particularidades históricas e metodológicas das dogmáticas dos direitos constitucional e penal.³⁷ Ao fim, toda finalidade legal somente recebe a qualificação de positiva ou negativa de acordo com a relação mantida com algum valor reconhecido pelo direito penal. Observa-se a proporção entre a culpabilidade (reprovação do condenado) e a pena, bem como se verifica a utilidade prática da norma penal considerando elementos valorativos materiais. É a metodologia dessa orientação dos interesses político-criminais que se pretende expor teoricamente.

IV. FUNDAMENTO E SENTIDO DO DEVER DE PROPORCIONALIDADE

O desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual é inevitavelmente limitado em sociedade,³⁸ razão pela qual são necessários a identificação e o estudo dos limites jurídicos do direito de liberdade. A proteção do livre desenvolvimento da personalidade e da liberdade individual ocorre por meio da restrição da liberdade de outros, pois o direito penal funciona por meio da proteção de bens jurídicos restringindo igualmente bens jurídicos. A matriz da intervenção penal justa situa-se na proporção equilibrada dos polos do binômio liberdade-segurança.³⁹

A noção de proporção – situada no núcleo do dever de proporcionalidade –⁴⁰ é aquisição analítica do patrimônio cultural da humanidade. No Código do Rei

37. Sobre diferenças no entendimento da proporcionalidade entre a dogmática do direito público em geral e do direito penal em específico, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 79-81.

38. STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.08.2015, p. 36.

39. Beccaria pressupõe esse equilíbrio quando se refere à percepção da necessidade de leis por homens que tinham “uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada” e “sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade” (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 63). Rousseau, a partir de uma noção de “lei como vontade geral”, afirma que é “possível ser livre e submetido às leis, já que elas são apenas registros das nossas vontades” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 77 e 81).

40. Sem a noção de proporção, não se pode comparar graus de adequação de diferentes meios determinados para o cumprimento de um fim pretendido e nem mesmo se os benefícios ou vantagens do fim superam os prejuízos ou desvantagens decorrentes do meio.

Hamurabi, da primeira dinastia do Império Babilônico,⁴¹ encontra-se a expressão do chamado Princípio Talional, conhecido pela máxima do “olho por olho, dente por dente”. Se essa reconhecida máxima de proporção parece excessiva na atualidade, não se pode esquecer que foi um ganho histórico na preservação das relações sociais e no impedimento que a reprimenda fosse vingativa excedendo a agressão realizada. É também o melhor referencial punitivo para a prevenção de crimes que reforça a igualdade entre os envolvidos sem distinguir ricos e pobres.⁴² Mesmo assim se identificam casos de exigência de proporção fática que se demonstram exagerados contemporaneamente, v.g. se uma casa mal construída desaba causando a morte de um filho do dono da casa, então o filho do construtor será condenado à morte (§ 230).⁴³

O direito hebraico, seguindo o estilo narrativo semelhante e parte das orientações do Princípio Talional do direito babilônico,⁴⁴ avança na humanização penal com a proposta de atenuação das penas, sobretudo em relação à pena de morte.⁴⁵

41. HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. XI.

42. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. December 1985*. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 614.

43. O “§ 230 If it cause the death of a son of the owner of the house, they shall put to death a son of that builder” refere-se ao desabamento da casa mal-construída pelo construtor do § 229 “If a builder build a house for a man and do not make its construction firm, and the house which he has built collapse and cause the death of the owner of the house, that builder shall be put to death” (HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e tradução. Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. 81).

44. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 613.

45. É o exemplo do crime de furto da propriedade do templo que previa a pena de morte, no Código de Hamurabi “§ 6. If a man steal the property of a god (temple) or palace, that man shall be put to death; and he who receives from his hand the stolen (property) shall also be put to death” (HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon, about 2250 B.C.* Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904. p. 18), e a reparação segundo o direito hebraico, previsto no antigo testamento “Se alguém roubar um boi, ou uma ovelha, e abatê-lo ou vendê-lo, terá que restituir cinco bois pelo boi e quatro ovelhas pela ovelha” (Êxodo, 22:1).

No período talmúdico, inicia-se a distinção entre punição talional “idêntica”, v.g., um olho por um olho, o que impedia a retirada da visão de um olho de um cego que haveria retirado um dos olhos da vítima, e “equivalente”, que se propunha a uma compensação monetária restaurativa do dano causado.⁴⁶ O caso da pena de morte para o filho do construtor da casa que desaba matando o filho do proprietário apresenta outra solução diferente da Seção 230 do Código de Hamurabi. No antigo testamento, consta o princípio da pessoalidade da pena, segundo o qual “os pais não serão mortos em lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais; cada um morrerá pelo seu próprio pecado” (Deuteronômio. 24:16).

No humanismo penal do século XVIII, teorizou-se sobre a necessidade da legislação em geral e consolidou-se o princípio da intervenção penal estritamente necessária, ou seja, a lei penal não pode ser vulgarizada, mas, sim, utilizada somente quando indispensável. Rousseau destacou a “necessidade de um legislador” como alguém capaz de unir entendimentos e vontades na sociedade, possibilitando o “exato concurso das partes e, finalmente, a maior força do todo” sobre a vontade do príncipe e de poucos indivíduos.⁴⁷ Filangieri apresenta a necessidade da pena como uma imprescindibilidade para a segurança obtida com a igual “observância das leis” por todos.⁴⁸

Montesquieu, diante da questão sobre “os meios naturais de mudar os costumes e maneiras de uma nação”, afirmou que “toda pena que não deriva da necessidade é tirânica”.⁴⁹ Isso é uma conclusão que parte do princípio de que “a lei não é um puro ato de poder”, portanto “as coisas indiferentes à sua natureza não são do seu âmbito”.⁵⁰ Beccaria desenvolve o ensinamento de que “toda a pena que não deriva da absoluta necessidade – diz o grande Montesquieu – é tirânica”, compreendendo que o fundamento do soberano punir os delitos é a “necessidade de defender o depósito do bem estar público das usurpações particulares”.⁵¹

46. DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag* am 18. Dezember 1985. Berlin: de Gruyter, 1985. p. 614.

47. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001. p. 79.

48. FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Estabilimento tipografico di carlo derrey, 1853). p. 189-190.

49. MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 467-468.

50. MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1. p. 468.

51. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 64.

O fundamento do dever de proporcionalidade advém do Estado Democrático de Direito⁵² e da necessidade de ponderação entre direitos fundamentais em colisão.⁵³ Além disso, a Constituição Federal do Brasil prevê expressamente o critério da proporção como limite, por exemplo, na pessoalidade da pena, no dever de reparar o dano e o perdimento de bens no limite do valor herdado pelos sucessores (art. 5º, XLV, CF),⁵⁴ no direito de “resposta proporcional ao agravo” (art. 5º, V, CF),⁵⁵ a “representação proporcional dos partidos ou blocos parlamentares” nas mesas e comissões das casas do congresso nacional (art. 58, 1º, CF),⁵⁶

-
52. BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, 1994, n. 34, p. 281; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 63-64 e 75; FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159, nota 252. Ingo Sarlet refere à vedação ao excesso de poder (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 396). Sobre as origens e a história da afirmação da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, ver LAURENTIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 101 e ss. e 104 e ss.
53. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 112; SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002, p. 43-44; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 31; ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 176; PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 279-280. Assim, apresentando como um princípio “implícito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República”, SANTOS, Juarez Cirino, *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 27. Miguel Reale Júnior acrescenta o princípio da proporcionalidade como pressuposto da do objetivo fundamental republicano de construir uma “sociedade justa”, previsto no art. 3º, I, da CF (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 32).
54. “Art. 5º [...] XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.
55. “Art. 5º [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.
56. “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão,

distribuição das cotas da contribuição social do salário-educação proporcional ao número de alunos matriculados" (art. 212, § 6º).⁵⁷ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 fixou, além da anterioridade da lei penal,⁵⁸ a necessidade da intervenção penal com a redação "a lei só pode estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias" (art. 8º, DDHC).

Na ordem jurídica estrangeira, a Constituição portuguesa apresenta o critério da necessidade da restrição legal de direitos fundamentais somente quando "para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (art. 18, 2, CRP)⁵⁹ como fundamento legal do princípio da proporcionalidade indicado pela doutrina.⁶⁰ No direito europeu, o art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950 garante o direito à vida de qualquer pessoa, prevendo as exceções de pena de morte quando prevista em lei e da morte decorrente do uso da força quando "tornado absolutamente necessário" em três hipóteses taxativas (art. 2º).⁶¹

é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa".

57. "Art. 212. [...] § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino".

58. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 147.

59. "Art. 18.º Força jurídica (...) 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

60. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 201, 211 e ss.; CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 52; DIAS, Augusto Silva. *Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprojeto de código do consumidor. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3. p. 564; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral, as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2. p. 446; ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, v. 22, 2012. p. 255 e 260; COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 115 e 173; ABRAHÃO, Marcela Rosa. *As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 186.

61. "Art. 2º Direito à vida 1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. (...) 2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força,

V. OS CONCEITOS PENAIS ANALÍTICOS DOS INTERESSES POLÍTICO-CRIMINAIS

A dogmática penal tem enfrentado o problema da criminalização de condutas por meio de dois conceitos: a necessidade de pena e a dignidade penal do comportamento.⁶² A análise dos interesses criminalizadores considerando apenas dois critérios é insuficiente para a sua avaliação e orientação. É possível ganhar maior exatidão com três níveis penais sucessivos, correspondentes aos tradicionais níveis da dogmática do direito constitucional: (1) merecimento de tutela penal, (2) carência ou necessidade de tutela penal e (3) dignidade de tutela penal.

(1) Merecimento de tutela penal é o primeiro nível de verificação do reconhecimento jurídico-axiológico do valor. Especificamente investiga o reconhecimento constitucional expresso ou implícito como valores aptos a receber tutela penal. Nem todos os valores sociais sabidamente relevantes – mesmo quando expressos na Constituição – são reconhecidos como merecedores de proteção na subsidiária e fragmentária intervenção penal (*ultima ratio legis*), v.g., amizade, amor, educação, boa cultura, esporte, lazer. O merecimento de tutela penal refere-se ao reconhecimento do valor como bem jurídico, sem indicar algo sobre eventual carência ou necessidade da intervenção penal, pois “nem todo aquele que é merecedor de algo necessita disso”.⁶³

(2) Carência ou necessidade de tutela penal é a exigência específica de tutela penal do valor empiricamente comprovada. É uma análise que leva em consideração as práticas sociais relacionadas ao valor e às condições do direito penal efetivamente oferecer tutela jurídica. A carência de intervenção penal ocorre quando comprovadamente outras disciplinas menos invasivas do ordenamento não são suficientes para a proteção do valor (subsidiariedade do direito penal).⁶⁴ Igualmente não quer dizer que um valor seja carecedor de tutela penal diante de

tornado absolutamente necessário: a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.”

62. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 51; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 669.

63. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

64. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft, 2009. p. 37; COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. p. 173.

todos os tipos de ofensa, nomeadamente de dano e de perigo de dano (fragmentariedade do direito penal). A verificação da necessidade de tutela penal é decorrência da garantia da segurança jurídica de que somente ocorrerá intervenção na liberdade quando a lei for absolutamente necessária (art. 5º, XXXVI e XXXIX, CF; art. 2º, parágrafo único, CP) para prevenir e punir conduta causadora de ofensa ao bem jurídico (art. 13 do CP). A necessidade de tutela penal está concretizada na legislação penal, especificamente na afirmação da desnecessidade de punição ou impunibilidade do “ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio” de conduta que não chega a ser tentada (art. 31, CP) e da tentativa de contração penal (art. 4º, LCP).

(3) Dignidade penal é a última etapa de verificação no sentido da eventual criminalização de uma conduta que reúne informações das duas últimas análises anteriores.⁶⁵ Trata-se da análise da dignidade jurídica do bem conferida pela proteção penal do valor, levando em consideração o reconhecimento jurídico do desvalor social da conduta proibida e a pena prevista em abstrato. É aqui que se aloca atualmente a forma clássica de avaliação da proporção entre conduta proibida e pena prevista. A dignidade penal é a análise do “equilíbrio da positivação a ser dada pela legislação” ou o “reconhecimento do grau de dignidade conferido pela lei penal”.⁶⁶ A aferição de dignidade penal reúne diversas orientações legais sobre a parte objetiva da conduta, em relação à graduação da ofensa ao bem jurídico (art. 98, I, da CF e arts. 14 e 16 do CP), e subjetiva em relação à proibição apenas excepcional da conduta culposa (art. 18, parágrafo único, do CP).

A dignidade penal considera níveis de tutela penal dos bens jurídicos, considerando que nem todos os bens possuem dignidade de tutela tão ampla como a ofertada ao bem jurídico vida, v.g. proteção contra ofensa de dano dolosa (art. 121, *caput*, do CP), de dano culposa (art. 121, § 3º, do CP), de perigo de dano dolosa (art. 121, *caput*, c/c art. 14, II, do CP).

65. Entendo a dignidade penal como primeira etapa de análise da incriminação como sinônimo do aqui entendido merecimento de pena, no Brasil, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 137-162, seguindo ANDRADE, Manuel da Costa. A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa. a. 2, f. 2, p. 173-205, 1992. Sobre as vantagens de entender a dignidade penal com um conceito de chegada que reúne diversos critérios, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

66. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

Há bens protegidos somente diante de ofensas dolosas de dano, v.g. a honra (arts. 138, 139, 140), a privacidade do domicílio (art. 150 do CP), a verdade e transparência e o patrimônio no sistema financeiro (art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86). Esses bens até poderiam eventualmente carecer de tutela penal diante de ofensas culposas, mas o direito, considerando o excesso da intervenção penal, não o faz.

VI. A TEORIA DE ORIENTAÇÃO DOS INTERESSES POLÍTICO-CRIMINAIS COM BASE NA PROPORCIONALIDADE E NOS CONCEITOS PENAIIS

6.1. Adequação e merecimento da tutela penal

A adequação da intervenção penal tem como pergunta fundamental se a lei penal é apta à obtenção de um determinado resultado prático esperado. A verificação da adequação penal é guiada pelo conhecimento valorativo e empírico das ciências criminais. O direito penal é a disciplina jurídica mais interventiva nos direitos fundamentais do cidadão e de maior reprovação ético-jurídica diante da violação do mandamento normativo. A pena criminal pode até significar, em termos práticos, menor intervenção em direito fundamental que o possibilitado em outras disciplinas do direito – v.g., multa tributária, sanções administrativas, indenizações cíveis –, mas sempre carrega consigo o juízo mais grave de reprovação jurídica. Também por isso não se pode exigir do direito penal respostas satisfatórias em hipóteses nas quais é inadequado ou desqualificado para intervir segundo os seus fundamentos, regras, princípios e conceitos fundamentais, apenas porque outras disciplinas jurídicas falham.

O exame da “relação empírica entre o meio e o fim”, na avaliação se o meio leva “à realização do fim”⁶⁷, pode resultar esvaziado em direito penal, caso não se estude a adequação de modo efetivamente empírico a partir do conhecimento das ciências criminais.⁶⁸ Na elaboração do projeto de lei é necessário verificar o diagnóstico do fenômeno e o prognóstico legislativo, com base na experiência

67. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 208.

68. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Alemão, na segunda decisão sobre os limites do aborto em 1993, exigiu a “proteção adequada” e “eficiente” do bem jurídico, fundada em “cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis” e, portanto, não afirmou que a tutela jurídica necessite ser penal (BVerfGE 88, 203 In: SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 280).

do direito comparado⁶⁹ ou, residualmente, sobre fenômenos sociais muito semelhantes. Depois do início da vigência da legislação, a verificação volta-se aos efeitos práticos produzidos no funcionamento do sistema penal. Caso contrário, em uma avaliação meramente lógico-abstrata – independente da frequência e da qualidade de obtenção do resultado –⁷⁰ bastaria que a lei penal fosse hipoteticamente capaz de desestimular a prática da conduta de um único cidadão para que a intervenção penal estivesse sempre adequada.

A potencialização da verificação empírica da adequação penal antecipa para o juízo de adequação questões tradicionalmente tratadas pelo direito constitucional apenas na necessidade da tutela penal. Questões essas abordadas no segundo momento de avaliação da proporcionalidade, mesmo quando são iguais ou mais propriamente problemas de adequação ou merecimento do que de necessidade e carência de tutela penal.

Há reconhecidos exemplos históricos de inadequação da intervenção penal em relação aos resultados pretendidos, v.g., a abolição da criminalização da tentativa de suicídio na Inglaterra, considerando-se que a lei penal mostrou-se incapaz de mudar os desígnios do potencial suicida. No Brasil, tem-se a abolição penal do crime de adultério (art. 240 do CP) em 2005, que tutelava penalmente a “honra conjugal”.⁷¹ A doutrina já contestava historicamente a “eficácia da lei para reprimir o adultério”, considerando que “não é o Código Penal a garantia da honra conjugal”.⁷² Veja-se que a verificação histórica da inadequação do direito penal encontra-se em conjunto com a avaliação contemporânea de desmerecimento de tutela penal da honra conjugal.⁷³

69. Sobre a política criminal comparada e a avaliação *ex ante* da política criminal, ver BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 144 e 162-164.

70. Existe o perigo de presunção de maior grau de eficácia do direito penal diante da falta de dados empíricos, PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 304.

71. CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 39, 47 e 253.

72. CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 47.

73. Isso não significa que a honra conjugal não seja protegida por outras disciplinas do ordenamento jurídico, como o direito civil.

A jurisprudência constitucional brasileira reconhece a inadequação da criminalização de “meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico”.⁷⁴ Entende-se inadequada para a proteção do bem jurídico a criminalização de condutas que “apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo”.⁷⁵ Atualmente, é debatido politicamente a adequação do direito penal em relação a dois fenômenos, com significativos referenciais científicos, legislativos e jurisprudenciais internacionais, que orientam a redução do âmbito de intervenção penal. (1) A inadequação da criminalização do uso de drogas para prevenir o uso por toxicodependentes. Em Portugal, constatou-se a inadequação no controle do uso de drogas com base no sistema de “criminalização total”, pois mesmo com a ameaça de pena de prisão não se conseguiu diminuir a estatística de usuários.⁷⁶ Trata-se de mudança no entendimento do problema, que passou a ser cuidado como questão de saúde pública e, portanto, como ilícito de mera ordenação social⁷⁷, e não ilícito penal, já que a conduta compulsiva do uso de drogas exige tratamento médico e não penal.⁷⁸ Os dados recolhidos entre a descriminalização de 2001 até o ano de 2013 demonstram a queda significativa do número de dependentes encontrados na posse de drogas, o que comprova empiricamente a eficácia da despenalização para libertar o toxicodependente da compulsão da droga.⁷⁹

(2) A inadequação do direito penal para proteger a vida intrauterina por meio da criminalização da interrupção voluntária da gravidez. As altíssimas cifras ocultas do crime de aborto são expressão da ineficácia penal na proteção da vida

74. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJe 26.03.2012, p. 31.

75. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T, DJe 26.03.2012, p. 31.

76. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 7-8.

77. Sobre a natureza contraordenacional do ilícito, MONTEIRO, Cristina Líbano. Consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n. 30/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. f. 1. p. 68-72.

78. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 7-9 e 16.

79. ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. p. 16-17.

do embrião.⁸⁰ Por exemplo, em Portugal, a interrupção voluntária da gravidez, embora proibida, foi frequentemente realizada em “estabelecimento de saúde, mesmo público”, até a sua permissão pela Lei 16/2007, de 17.04..⁸¹ O art. 142 do CP português, que prevê a interrupção da gravidez não punível, passou a incluir no n. 1 a alínea e, dedicada à hipótese de ser “realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez”.⁸²

O merecimento questiona se interesse de proteção possui valor constitucionalmente reconhecido como bem jurídico merecedor de tutela penal. Para além dos casos citados, há valores sociais que não merecem tutela penal, e, por consequência, a intervenção do ordenamento penal seria inevitavelmente inadequada. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a interpretação que incluía o feto anencéfalo no âmbito de proteção dos crimes de aborto dos arts. 124 e 126 do CP.⁸³ O reconhecimento jurídico dos limites do valor vida humana, a partir de características biológicas, situa-se na base dessa decisão. A conclusão foi de que a vida do feto anencéfalo não está abrangida pelo conceito de vida humana, merecedor de tutela penal nos tipos dos arts. 124 e 126, portanto a “interrupção da gravidez de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica”.⁸⁴

Há ainda casos excepcionais, nos quais o bem jurídico que inspirou o legislador deixa de merecer tutela penal e, mesmo assim, o tipo penal permanece com interpretação conforme a Constituição, por tutelar outro bem jurídico. Tem-se o exemplo do crime de manutenção de casa de prostituição (art. 229 do CP), que se dizia tutelar a “moral sexual”⁸⁵ e atualmente protege a “dignidade sexual da pes-

80. Sobre a necessidade de pesquisas empírico-sociológicas sobre a eficácia do direito para verificar se a aptidão de tutela ou se a criminalização do aborto não é um “oneroso des-serviço à causa da própria vida” (ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. *Separata de Revista da Ardem dos Advogados*, 1979. p. 6-7).

81. DIAS, Jorge de Figueiredo. Nótula antes do art. 142. In: DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial: arts. 131 a 201*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 1, §§ 1 e 8.

82. “Art. 142 Interrupção da gravidez não punível 1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando: [...] e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.”

83. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.04.2013, *RTJ* 226-01/11).

84. STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 29.04.2013, *RTJ* 226-01/11). p. 55, 57-58, 112, 152, 222 e 226.

85. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1995. p. 257.

soa prostituída”,⁸⁶ o que reduz significativamente os limites do tipo apenas para os casos de prostituição com exploração sexual.

Superada a análise conjunta da adequação da intervenção penal e do merecimento de pena, deve-se verificar a necessidade e carência de tutela penal, pois nem todos os bens mercedores de tutela carecem de tutela penal.

6.2. Necessidade e carência de tutela penal

A necessidade é o exame se existe outros meios igualmente adequados e menos interventivos aos direitos fundamentais que o meio elegido para atingir o fim.⁸⁷ Em termos penais, a questão é saber se existe alternativa à criminalização da conduta para o tratamento do conflito (v.g., direito civil, administrativo, tributário, consumidor, ambiental) ou a intervenção penal mostra-se obrigatória.⁸⁸ A verificação da necessidade e carência de tutela penal é uma análise empírica do contexto social que a criminologia deve oferecer referenciais precisos para guiar a análise dos interesses político-criminais envolvidos. Trata-se da constatação de que o direito penal é disciplina jurídica indispensável para a tutela do valor, diante da incapacidade de outras disciplinas do direito.⁸⁹

A criminalização tende a demandar menos recursos ao Estado que a estruturação efetiva de um sistema preventivo da conduta desvaliosa, todavia a constatação da falta de implementação dos necessários meios de prevenção, fiscalização e controle não é suficiente para indicar a carência de tutela penal. É preciso demonstrar a específica necessidade do direito penal em razão das suas características e dos instrumentos que efetivamente dispõe para cumprir as finalidades não alcançadas por outras áreas do direito.

A relação entre a necessidade da tutela penal e a eficiência do direito penal é tema carente de pesquisas científicas empíricas, v.g. os efeitos da política de trânsito brasileira. Hipótese interessante é se a maior probabilidade de sofrer

86. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Comentário ao art. 229. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 673.

87. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 214-215.

88. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: estudos em Homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 852-853; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 83.

89. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 26.03.2012, p. 32.

sanção administrativa em cidades com melhor fiscalização alterou mais a conduta dos motoristas que anteriormente dirigiam automóveis sem cinto de segurança (art. 167 do CTB) e motocicletas sem capacete (art. 244 do CTB). A segunda questão é se a criminalização da embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) teria alcançado a mesma alteração de comportamento dos motoristas em cidades com diferentes níveis de fiscalização e se eventualmente, nas cidades com baixa fiscalização, a mudança comportamental teria sido ainda menor que a provocada pela ameaça da sanção administrativa nas cidades com fiscalização rigorosa. Trata-se dos efeitos da “prontidão das penas”⁹⁰ necessárias e proporcionais para a maior orientação dos destinatários da norma do que penas excessivamente aflitivas e pouco prováveis. Isto é, se a certeza da sanção administrativa decorrente da infração orientaria mais a conduta do destinatário da norma que a ameaça abstrata e pouco provável de uma pena. Essas são variáveis que devem ser observadas no momento do ajuizamento sobre eventual carência da tutela penal.

Há bens carentes de tutela penal apenas diante de ofensas causadas por terceiros e não autolesões, v.g., a integridade física diante de autolesão, de heterolesões desejadas (furar orelha para colocar brinco, *piercing*, tatuagem) ou de autocolocações em perigo, todas sem prejuízo para terceiros; o patrimônio diante do desperdício de dinheiro sem perigo para terceiros; a honra objetiva diante da autodifamação. Exemplo de desnecessidade da intervenção penal foi evidenciado em relação à contravenção penal de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 da LCP)⁹¹ não recepcionada pela Constituição. Constatou-se que se a proteção penal do bem jurídico diante dessa conduta fosse realmente necessária, não se limitaria o “tipo apenas à determinados agentes”, o que “demonstra que a tipificação penal pode ser suprida por outras medidas alternativas”.⁹² Em outras palavras, caso a contravenção penal fosse realmente necessária, “o legislador teria criado a infração para punir todos que portassem os instrumentos descritos no tipo incriminador”.⁹³

90. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 84-85, 102 e 163.

91. “Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

92. STF, RE 583.523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

93. STF, RE 583.523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, *DJe* 22.10.2014, p. 29.

Outro caso diz respeito à eventual criminalização da posse de arma de fogo sem munição em relação ao crime do art. 14 da Lei 10.826/03.⁹⁴ Segundo o critério da ofensividade ao bem jurídico, os bens jurídicos integridade física ou incolumidade popular não sofrem qualquer perigo significativo diante da arma sem munição. Especificamente os crimes de perigo abstrato possuem legitimidade constitucional derivada da inexistência de outros meios jurídicos eficazes à proteção do bem jurídico e menos interventivos na liberdade, de outra maneira “serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade”.⁹⁵ Por fim, a confirmação da carência de tutela penal, mediante o afastamento de alternativas menos adequadas para o tratamento do conflito, não indica exatamente o grau de tutela que deve ser ofertado ao bem jurídico. Essa é uma questão própria do juízo de dignidade de tutela penal.

6.3. *Proporcionalidade em sentido estrito e dignidade da tutela penal*

A proporcionalidade em sentido estrito⁹⁶ ou a “justa medida”,⁹⁷ a “comparação”,⁹⁸ a “ponderação ou sopesamento” entre “a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.⁹⁹ Essa pon-

94. STF, ROHC 81.057-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.2005, Ementário 2189-2.

95. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 26.03.2012, p. 32.

96. Alguns entendem a proporcionalidade em sentido estrito (SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, set.-nov. 1999. p. 276) ou mesmo a proporcionalidade em geral como sinônimo de razoabilidade (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255). Em sentido contrário, distinguindo a proporcionalidade da razoabilidade, SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 29-30.

97. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 269; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1. p. 393 e ss.

98. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 217.

99. SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002. p. 40.

deração exige o equilíbrio “entre os valores que se restringem e os valores que se protegem”,¹⁰⁰ o que inevitavelmente encontra a restrição da liberdade toda vez que se protege penalmente algum valor.¹⁰¹

Os juízos de proporcionalidade em sentido estrito e de dignidade da tutela penal ofertam maior orientação aos interesses político-criminais, na identificação justa medida entre a restrição da liberdade e a tutela de valores sociais.¹⁰² Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal declarou não recepcionado o art. 25 da LCP, em razão da inadequação e desnecessidade do tipo para a tutela dos bens jurídicos patrimônio e incolumidade pública exclusivamente a alguns autores.¹⁰³ Verificou-se a tutela a quem do grau de dignidade dos bens jurídicos e em violação à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e igualdade (art. 5º, *caput*, I, CF) ao se basear restritivamente em “critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica)”.¹⁰⁴

Os mandatos constitucionais expressos de proteção penal de bens jurídicos presumem as verificações da adequação e necessidade da intervenção penal (v.g. proteção penal do meio ambiente). Mesmo assim não superam a necessidade de balanceamento entre os benefícios e prejuízos decorrentes da legislação penal.¹⁰⁵

Igualmente não há a definição constitucional de conceitos fundamentais para a criminalização que são próprios do direito penal, v.g.: (1) a descrição exata das características da conduta que deve ser criminalizada (art. 236, § 1º, da CF, responsabilidade criminal dos notários); (2) a identificação dos valores específicos

100. DIAS, Augusto Silva. De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 345.

101. Sobre a indispensabilidade do controle da proporcionalidade das razões invocadas para sacrifícios à liberdade individual, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 756 e 761-762.

102. STF, HC 104.410, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 26.03.2012, p. 32; STF, RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Medes, Plenário, DJe 20.08.2015, p. 11.

103. STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, DJe 22.10.2014, p. 29.

104. STF, RE 583523, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 03.10.2013, DJe 22.10.2014, p. 1 e 29.

105. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 113-114. Em sentido semelhante, D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. *Constituição e direito penal, novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. IBCCRIM 25 anos*, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 55.

a serem protegidos entre áreas ou ordens de valores, v.g. a flora e a fauna em relação ao meio ambiente (art. 225, § 3º, da CF), o patrimônio em relação aos sistema-financeiro (art. 173, § 5º, da CF); (3) a definição da técnica de tutela que deve ser empregada legislativamente na proteção do bem jurídico; (4) a proibição da eventual modalidade culposa da conduta; (5) a espécie de pena e quantidade de pena prevista em abstrato. Todas essas são questões que específicas de uma análise de proporcionalidade em sentido estrito e dignidade de tutela penal a ser concedida.

VII. CONCLUSÃO

A orientação científica dos três poderes públicos somente pode ser cumprida se a Universidade for efetivamente espaço aberto para o debate de múltiplos interesses e concepções político-criminais. A solução justa surge da análise e ponderação de diferentes visões sobre o fenômeno criminal. Se a Universidade quer efetivamente orientar a produção da legislação e a realização judicial do direito, precisa cumprir a sua função propositiva para além da atividade crítica.

A proposta teórica da metodologia trifásica do dever de proporcionalidade em união com os conceitos penais permite harmonizar valores, princípios, critérios, fundamentos e finalidades das ciências criminais orientadores da avaliação dos interesses político-criminais. Primeiro, há a indagação da adequação e do merecimento da tutela penal do valor. Segundo, tem-se a verificação da necessidade de intervenção penal, ou seja, se o valor realmente carece de proteção penal. Terceiro, há avaliação da superação dos benefícios da intervenção penal em relação às restrições da liberdade (proporcionalidade em sentido estrito), nomeadamente o grau de dignidade de tutela penal do valor.

VIII. BIBLIOGRAFIA

- ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 22, p. 201-260, 2012
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Kriminologie, eine Grundlegung zum Strafrecht; ein Studienbuch*. 4. ed. München: Beck, 2010.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como problema de política criminal. *Separata de Revista da Ordem dos Advogados*, p. 1-31, 1979.

- ANDRADE, Manuel da Costa. A "dignidade penal" e a "carência de tutela penal" como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, a. 2, f. 2, p. 173-205, 1992.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- BECERRA MUÑOZ, José. Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del gobierno. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BÖDEKER, Hans Erich. Accademie. In: FERRONE, Vincenzo; ROCHE, Daniel. *L'illuminismo: dizionario storico*. Bari: Laterza, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e o respeito aos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, n. 34, p. 275-291, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Teoria da legislação geral e teoria da legislação penal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: parte generale*. 11. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1924. v. 2.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delitos contra a honra da mulher*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORREIA, Eduardo. *Estudos sobre a evolução das penas no direito português*. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 53, 1977.
- COSTA, José de Faria. *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas "especiais" da parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- D'AVILA, Fabio Roberto; SCALCON, Raquel Lima. *Constituição e direito penal: novos e velhos problemas à luz da experiência brasileira. IBCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- DIAS, Augusto Silva. *De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DIAS, Augusto Silva. *Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra os interesses dos consumidores no anteprojeto de código do consumidor. Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.
- DIAS, Augusto Silva. *De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral, as consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 2.
- DRAPKIN, Israel. Crimes and punishments in ancient hebrew laws. In: SCHWIND, Hans-Dieter; BERZ, Ulrich; HERZBERG, Rolf; GEILEN, Gerd; WARDA, Günther. *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985*. Berlin: de Gruyter, 1985.
- ESPÍRITO SANTO, Carla Alexandra Neves da Cunha Lima. *Contributo para uma visão crítica do regime jurídico do consumo de drogas*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- FILANGIERI, Gaetano. *La scienza della legislazione*. Napoli: Grimaldi & C. Editori, 2003 (Reimpressão Parigi, Stabilimento tipografico di carlo derrey, 1853).
- FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- HARPER, Robert Francis. *The code of Hammurabi king of babylon: about 2250 B.C.* Transliteração e Tradução de Robert Francis Harper. 2. ed. Chicago: Chicago University Press, 1904.

- HART, Herbert Lionel Adolf. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- JAKOBS, Günther. Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts? *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 107, p. 843-876, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesellschaft, 2009.
- LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal: la procédure criminelle*. Paris: Cujas, 1979.
- LAURENTIS, Lucas Catib de. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. Consumo de drogas na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n. 30/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, f. 1, p. 67-98, 2011.
- MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: GF Flammarion, 1979. v. 1.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1988-1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale: parte generale*. 6. ed. Torino: Giampichelli Editore, 2016.
- PRIETO DEL PINO, Ana María. Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidade en sentido amplio: el principio de subsidiariedad. In: NIETO MARTIN, Adán; MORALES ROMERO, M. Muñoz de; BECERRA MUÑOZ, José. *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: GF Flammarion, 2001.
- ROYER, Jean-Pierre. *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

- RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 121, p. 163-190, jul.-ago. 2016.
- RUIVO, Marcelo Almeida. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- RUIVO, Marcelo Almeida. Quatro diferenças científicas fundamentais entre a criminologia e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 137, p. 323-345, nov. 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, p. 268-286, set.-nov. 1999.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Comentário ao art. 229. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. 2. ed. Berlin: Springer, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 85/267-296 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/467-494 (DTR\2010\222); e
- Verificação e revisão dos fatos e prognoses legislativos das normas penais pela jurisdição constitucional, de Ricardo Pedro Bom Filho – *RT* 881/442 (DTR\2009\207).