

Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo

Fabio Roberto D'Avila

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), Pós-Doutorando pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main – Alemanha), Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da PUCRS e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS, Brasil.

Contato: fabio.davila@pucrs.br

O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico encontra no direito penal contemporâneo um ambiente hostil, muito embora, em um aparente paradoxo, também um dos espaços de juridicidade em que mais tem a oferecer. Trata-se de uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito, e que, uma vez recepcionada constitucionalmente, quer no âmbito dos princípios, quer no âmbito das regras constitucionais, torna a ofensa a bens jurídico-penais exigência indeclinável à legitimação de todo e qualquer ilícito penal.

1. Considerações Introdutórias

1

Vivemos tempos de mudança. Independente de como se pretenda definir a sociedade atual, certo é que estamos a vivenciar transformações sociais de incomum velocidade e profundidade. O nosso tempo é marcado pelo aumento da complexidade das relações sociais, pelo surgimento de novos espaços de conflitualidade e por uma intensa crise de referenciais.

Em momentos como este, a expansão do direito penal é um fenômeno absolutamente natural e previsível. Se há novos espaços de conflitualidade (meio ambiente, informática, genética, entorpecentes,

terrorismo, mercado de valores, dentre tantos outros), é de se esperar o avanço regulatório do direito e, daí também, do direito penal. Avanço que se dá normalmente, embora não só, na forma de leis especiais, usualmente denominadas de *direito penal secundário* (em referência à expressão alemã *Nebenstrafrecht*), a gravitar em torno do Código Penal.

Esta forte expansão do direito penal é, por si só, preocupante. Contudo, o que mais preocupa a ciência penal contemporânea não é o simples fato de haver “mais direito penal”, e sim a *conformação* que este “novo” direito penal passa a assumir.

Percebe-se uma significativa flexibilização, senão mesmo

afastamento, dos princípios reitores do direito penal clássico, em prol de uma espécie de “administrativização” do direito penal, de um direito penal submetido, de forma ampla e franca, aos mais variados interesses da administração pública. O conceito de crime, ainda que no seio de Estados democráticos, passa a encontrar fundamento na ideia de mera violação de um dever, no odioso *modelo de crime como violação de um dever*, marca mais saliente de ordenamentos penais autoritários. Problema que tende ainda a se agravar em países em desenvolvimento, como é o caso de Brasil e Moçambique, por meio do uso populista e irresponsável das leis penais. Leis no lugar de políticas públicas. Como se a lei, por si só, fosse capaz resolver problemas sociais, melhorar a qualidade de vida e reduzir os índices de criminalidade.

Neste preciso horizonte de coisas, um voltar de olhos à questão do *conceito material de crime* (i.e., o que é ou poder vir a ser um crime) e dos *limites de legitimidade do direito penal* (até onde pode avançar os domínios de um direito penal não autoritário) apresenta-se como tarefa irrenunciável em qualquer Estado democrático de direito. E diferente não é entre nós.

O direito penal brasileiro, neste âmbito, nitidamente influenciado pela tradição penal portuguesa¹, alemã² e italiana³, sempre manifestou-se tendo por base a denominada *teoria do bem jurídico* (*Rechtsgutstheorie*), cujas raízes remetem ao direito penal alemão, e a doutrina italiana do *crime como ofensa a bens jurídicos*; ambas a destacar a importância do resultado jurídico na constituição do ilícito penal: *crime é o fato culpável ofensivo a bens jurídico-penais*.

Mais recentemente, por ocasião dos

trabalhos de reforma do Código Penal brasileiro de 1984, e na linha do que está a ocorrer no movimento de reforma do Código Penal italiano, o conceito material de crime é elevado à posição central da nova legislação. A Comissão de Reforma do Código Penal decidiu por consolidar a noção de ofensa a bens jurídicos como elemento material indispensável à ideia de crime, mediante expressa previsão legislativa. Em sua última versão, estabelecida pelo Substitutivo do Senado⁴, ora em tramitação no Congresso Nacional, a proposta de redação para o novo artigo 14 do Código Penal ficou assim definida: “Art.14. A realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico.”

Se aprovado o Projeto de Reforma, não se estará a inaugurar um referencial material novo para o direito penal brasileiro. Contudo, a noção de crime como ofensa a bens jurídicos ganhará muito em densidade e importância, (re) colocando antigos e novos problemas. Problemas que vão desde o efetivo significado dogmático e político-criminal da adoção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, passando pela sua derogabilidade, até o enfrentamento de problemas dogmáticos pontuais, como, v.g., a controvertida legitimidade de (i) crimes de perigo presumido, da (ii) criminalização de atos meramente preparatórios e de (iii) condutas ofensivas a interesses do próprio autor (autolesão/autointoxicação).

Não há dúvida de que valor dogmático do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos depende da compreensão que se tenha tanto da noção de bem jurídico, como da noção de ofensividade. Daí que – e não poderia ser diferente – a reflexão a que

nos propomos tenha de optar por um ou outro caminho, embora indissociáveis em seu entendimento como um todo, para que possamos avançar algumas reflexões sobre o tema. O estudo da teoria do bem jurídico, por essa razão, não poderá ter espaço neste breve escrito, senão na forma de algumas notas, com o objetivo de viabilizar o estudo da *ofensividade*, esta sim, objeto do nosso cuidado. A *ofensividade* como fenômeno jurídico que pressupõe o bem jurídico, mas que possui, em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação, é que tomaremos como centro da reflexão que segue.

2. Do Pecado ao Crime: Elementos Históricos sobre o Surgimento do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico

A distinção entre crime e pecado é, sem dúvida alguma, um dos momentos de maior importância na gênese do direito penal moderno. Muito embora já se possa perceber no trabalho de um dos mais importantes juristas do séc. XVI, o *Tractatus Criminalis* do italiano Tiberius Decianus⁵, um detido exame dos conceitos de *peccatum*, *delictum* e *crimen*⁶, é a partir do jusnaturalismo de autores como Christian Thomasius⁷ e, principalmente, da obra epocal de Cesare Beccaria, *dei Delitti e delle Pene* (1764), que o crime ganha autonomia em relação ao pecado, em uma virada que assinala o nascimento do direito penal secularizado. Não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume o lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada⁸.

No período pré-iluminista, o ilícito penal movimentava-se em uma dimensão acentuadamente teológica. Crime e pecado confundiam-se. Era

nada mais que violação da vontade de Deus⁹. A separação entre Estado e Igreja, entretanto, implicou uma idêntica separação de tarefas e âmbito de atuação. À Igreja competiria o pecado, a maldade, os vícios, enfim, o homem em suas dimensões interna e externa. Ao Estado, por outro lado, sem qualquer pretensão de interferir no modo de ser humano, na sua postura interior ou no seu modo de pensar¹⁰, competiriam as intervenções do homem no mundo, ou, mais propriamente, as ações humanas externas causadoras de um dano à Nação¹¹. O conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação era, pois, o fenômeno criminoso em sua emergente compreensão laica. Fenômeno que, embora conformado pelo conteúdo de vontade, encontrava na objetividade do dano a pedra angular do seu conteúdo de desvalor. Não por outra razão, Beccaria, em célebre passagem, embora resguardando um importante papel ao dolo e à culpa na constituição do crime, sublinha, de forma categórica, que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete”¹².

Esse dano de que nos fala Beccaria, capaz de representar com singular eloquência a medida do crime, em contraposição a juízos acentuadamente subjetivistas e moralistas, ascende como marca do primado objetivista do ilícito penal no período iluminista. Para Beccaria, não haveria legitimidade em criminalizar condutas que prejuízo algum causassem à comunidade. O dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do

fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico de criminalização¹³, preenchendo um importante papel na realização das aspirações ilustradas de contenção e validação do poder punitivo do Estado, através da imposição de vínculos objetivos de legitimidade. Contudo, nesse momento histórico, falar-se em tutela de bens jurídicos em sentido estrito, não era ainda possível.

O ilícito penal do período iluminista erigia-se, não a partir da noção de bem jurídico, mas sim da noção de *direito subjetivo*. Em verdade, o direito subjetivo, para usar as palavras de Sgubbi, “representa a anima da concepção de mundo própria do liberalismo clássico”¹⁴. O contrato social substitui a matriz divina do Estado e da sociedade por uma matriz meramente terrena, na qual o direito subjetivo surge como eixo central, capaz de sustentar e promover os princípios de liberdade e igualdade, para além de outros princípios estruturantes da visão de mundo liberal, de modo a propiciar as condições fundamentais de vida em sociedade¹⁵. A consideração do direito subjetivo de cada um diante do direito dos demais permite traçar simultaneamente os limites de liberdade garantidos pela ordem jurídica e o início do seu exercício arbitrário, violador de direitos alheios, o que, considerado em conjunto, confere a cada indivíduo um determinado *Lebenskreis* (âmbito de vida), demarcador da fronteira entre o lícito e o ilícito, entre a violação e a não-violação de direitos subjetivos alheios, de modo que, neste preciso cenário, outra não poderia ser a essência do crime, senão a violação do *Lebenskreis*, *ipso facto*, a violação de um direito subjetivo¹⁶.

Tal forma de compreender o crime

pode ser surpreendida, em sua mais forte expressão, na célebre obra de Anselm von Feuerbach, a quem se pode atribuir a primeira tentativa frutuosa em obter um “conceito material de crime, transcendente e crítico face ao direito penal vigente”¹⁷. Já no início de seu *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (primeira edição de 1801), Feuerbach assinala, como o mais importante princípio de direito penal, que toda pena aplicada pelo Estado é “a consequência jurídica de uma lei fundamentada através da necessidade de conservação de direitos alheios, e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível” (§19)¹⁸, concluindo que, por crime, em sentido amplo, dever-se-ia entender a “a ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação que, sancionada por uma lei penal, *contraria o direito de outrem*” (§21)¹⁹. Fortemente influenciado pelo pensamento kantiano, Feuerbach nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de persecução de finalidades transcendentais, quer de fundo religioso, quer estabelecidas no bem comum²⁰. A existência e finalidade do Estado justificam-se na proteção das liberdades, na prevenção da violação de direitos subjetivos, e só com este fim, somente para a proteção de direitos subjetivos da atuação de ações externas, é que se legitima a competência do legislador²¹.

Percebe-se, assim, que Feuerbach não deixa de se ocupar da danosidade social de que nos fala Beccaria, mas o faz de forma particularizada. A dimensão social do dano é trazida indiretamente e, por isso, com prejuízo de sua autonomia²², para o centro de desvalor do crime, através da violação de um direito subjetivo. Como bem observa Amelung, a lógica

contratualista indica não só as diretrizes normativas do direito penal, como descreve aquilo que é prejudicado pela ação socialmente danosa. Ou seja, socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral²³, erigidos a partir de uma orientação individualista²⁴. E, nesta medida, o direito subjetivo torna-se o objeto jurídico da proteção normativa, implicando uma conseqüente leitura da ofensividade a partir da sua violação.

Todavia, muito embora o crime como violação de um direito subjetivo tenha proporcionado um importante contributo em prol da elaboração e afirmação de um conceito material de crime, acentuadamente crítico em relação ao direito penal vigente – o que se percebe com especial clareza no que tange aos crimes contra a religião e aos crimes contra a moral sexual, incapazes de representar uma qualquer violação a um direito subjetivo²⁵ –, a concepção apresentava também limitações de difícil solução, nomeadamente no que se refere à sua capacidade explicativa e ao conteúdo de ofensividade que pretende expressar.

Reconhecer, para além da violação de um direito subjetivo do indivíduo, também a violação de um direito subjetivo do Estado como um fato criminoso, é algo não só possível, mas presente no pensamento de autores como Feuerbach – razão de ser, inclusive, da distinção entre crimes privados e crimes públicos, respectivamente –, agora, admitir, na esfera das condutas violadoras de direitos subjetivos, crimes como, v.g., a falsidade, atentados contra a incolumidade pública ou contra a

ordem pública, cuja legitimidade não era posta por ninguém em questão, era ir longe demais²⁶. Estaríamos, bem observam Marinucci e Dolcini, ou diante de uma categoria de crime marcada pela ausência de violação de um direito subjetivo, ou desnaturando a própria noção de violação, ao admitir, na hipótese de valores em que não é possível identificar o titular em um determinado sujeito (v.g., valores coletivos, sociais, etc.), um direito subjetivo sem sujeito²⁷.

Para além disso, também a própria noção de ofensividade apreensível na violação de um direito subjetivo é, em si mesma, equivocada. Quando alguém lesiona a integridade física de outrem ou subtrai para si bens móveis alheios, não suprime ou lesiona o direito subjetivo em questão. Ele se mantém intacto, nada sofre com a agressão, pois, em verdade, a ofensa nada pode causar ao direito, mas, sim, apenas ao seu objeto. É o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa²⁸. Surgiam, portanto, aos poucos, os elementos que iriam propiciar uma nova compreensão do conteúdo material do crime, que iriam propiciar o surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

A teoria da proteção de bens jurídicos (*Lehre vom Rechtsgüterschutz*) tem o seu primeiro desenvolvimento em um conhecido escrito de Birnbaum (1834), no qual o autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade²⁹, isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma³⁰. Para Birnbaum, o crime

deveria ser reconhecido na "lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado"³¹. Uma formulação que põe em destaque a incipiente noção de bem jurídico como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Mas não só. Também a emergente noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais, dano e perigo, encontram-se já delineadas na proposta de Birnbaum.

Em verdade, tal qual a teoria da violação de um direito subjetivo, a teoria da proteção de bens jurídicos também encontra a sua origem na concepção iluminista de dano social, em que pese com ela não se confundir. Não se trata, como bem salienta Amelung, de diferenças meramente descritivas, isto é, ao invés da violação de um direito subjetivo, teríamos a violação de um bem jurídico, o que, no entanto, por si só, já representaria um significativo ganho teórico e prático³². Há também diferenças normativas de grande significado. Embora possamos afirmar que a maior parte dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem jurídico-penal sejam oriundos dos direitos subjetivos em ascensão³³, não houve, de início, uma preocupação em restringi-los ao âmbito dos direitos individuais. Birnbaum, inclusive, propôs o conceito de *Gemeingut* (bem comum), ao qual subsumia convicções morais e religiosas da comunidade³⁴, em total dissonância com as aspirações que norteavam os ideais iluministas, tornando controvertida, até hoje, a idéia de um possível aumento do âmbito de punibilidade penal com o advento da noção de bem jurídico³⁵.

Certa ou não, não é o que aqui importa, a mera possibilidade de admitir-

se uma ampliação do espaço de intervenção penal a partir do conceito de bem (jurídico) de Birnbaum coloca em evidência as então incipientes dimensões fundamentais da teoria do crime como ofensa a bem jurídicos, o *objeto de tutela da norma* e as *formas de sua violação*, ou, se assim preferirmos, o *bem jurídico* e a *ofensividade*, permitindo, desde então, antever muito dos problemas que os acompanhariam durante a sua trajetória jurídico-dogmática. A ofensividade, mesmo que concebida tal qual a temos, a partir de uma perspectiva onto-antropológica, pode ter seu conteúdo de garantia suprimido em razão de sua natureza relacional, dependendo do conteúdo que é atribuído à noção de bem jurídico. Da mesma forma que o bem jurídico pode representar nada mais que um elemento de inspiração legislativa, desprovido de qualquer potencial crítico, se abrirmos em demasia os limites da ofensividade. Daí não percebermos o estudo da ofensividade em uma posição dicotômica em relação à teoria da proteção de bens jurídicos³⁶, mas como dimensão insuprimível desta, que precisa ser desenvolvida a partir da sua compreensão e delimitação, para que possamos assim, e somente assim, obter a totalidade do potencial explicativo e heurístico da *teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*.

Até alcançar a conformação crítica e transistemática de base constitucional que tem hoje o bem jurídico, muitos foram os momentos em que teve enfraquecida e até mesmo suprimida a sua capacidade de legitimação (crítica) da intervenção jurídico-penal incriminadora. Já em sua primeira elaboração, como vimos, Birnbaum permite uma abertura através da qual eram resgatados valores transcendentais de base puramente moral ou religiosa³⁷.

Binding, em acentuado positivismo, supervaloriza o processo legislativo na formulação do bem jurídico, restringindo-o a uma relação de total e inquestionável conformidade com a norma. O bem jurídico, limitado unicamente à lógica e às considerações próprias do direito, encontra na norma o seu referencial de validade, o seu próprio fundamento, suprimindo desta relação qualquer possível foco de tensão³⁸. Honig, ainda em uma compreensão intra-sistemática, com o seu conceito metodológico, esvazia o conteúdo liberal de garantia do bem jurídico, relegando-lhe apenas uma modesta função de orientação na interpretação do tipo³⁹. E, para ficarmos em apenas alguns exemplos, já agora em uma outra perspectiva, a própria experiência jurídico-penal da Alemanha Nacional-Socialista, na qual o ilícito penal como expressão extrema de autoritarismo assume a forma de uma mera violação de dever (*Pflichtverletzung*), uma simples desobediência aos deveres impostos pelo Estado, não excluiu, de pronto, a noção de bem jurídico. Embora estranha ao pensamento da Escola de Kiel (Schaffstein e Dahm), para a qual o bem jurídico era a representação forte de um indesejado legado liberal-individualista, Schwinge e Zimmerl propugnavam uma concepção de bem jurídico supra-individual, representativa dos valores da Alemanha nazista, que, por este exato motivo, em nada prejudicava o eticismo despótico característico da compreensão nacional-socialista de crime⁴⁰.

Não há dúvida, portanto, de que de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica. Hoje, todavia, a significativa e crescente aceitação de

leituras constitucionais do bem jurídico-penal, tanto no Brasil como no exterior, em uma perspectiva transistemática, permite-nos confiar em um terreno já suficientemente delimitado e seguro, para que possamos avançar algumas linhas sobre a ofensividade em direito penal.

3. Sobre a Fundamentação Constitucional da Ofensividade

A estreita relação entre os modelos de crime e os modelos de Estado, claramente percebida em uma perspectiva histórica, revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito penal, servindo, no mais das vezes, como índice confiável de autoritarismo penal. Da mesma forma que o fortalecimento da compreensão do crime como mera violação dos deveres impostos pelo Estado, em uma política-criminal de exaltação dos vínculos éticos de fidelidade e obediência durante o nacional-socialismo, muito tem a dizer sobre a relação Estado-cidadão na Alemanha Nazista, também o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais pretende refletir e concretizar linhas ideológicas comuns à grande maioria dos Estados ocidentais contemporâneos. Em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.

Muitas são, nesta perspectiva, as

significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador⁴⁶.

Por outro lado, não é sob uma ótica estritamente principiológica, mas a partir das regras constitucionais – ou, mais precisamente, das normas constitucionais de “caráter duplo” (*Doppelcharakter*) – que a ofensividade alcança o seu momento de maior concreção legislativo-constitucional. No seguimento da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, devemos reconhecer que tanto a norma constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à liberdade (art.5.º CF brasileira) como a norma constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana (art.1.º CF brasileira) são normas constitucionais de caráter duplo (*Doppelcharakter*), simultaneamente, regra e princípio. Da inviolabilidade do direito à liberdade decorre, pois, tanto o princípio da liberdade que, enquanto princípio, está sujeito à ponderação, como a regra da liberdade, esta submetida ao regime duro das regras; o que diferente não é no que tange à dignidade da pessoa humana. Significa dizer que, muito embora a norma constitucional concernente à liberdade admita ser ponderada com outros valores, está longe de admitir uma ponderação irrestrita. Há aqui a inclusão de uma “cláusula restritiva referida a princípios”, decorrente da vinculação de ambos os planos – regras e princípios – que admite o *balancing*, porém o faz impondo determinadas exigências para

que o conteúdo rígido de regra não seja violado⁴⁷.

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade *versus* patrimônio, *versus* integridade física, *versus* honra, etc.), mesmo que se trate de uma liberdade meramente potencial, como ocorre na restrição da liberdade em prol da tutela da vida, nos crimes contra a vida⁴⁸. E, se isso é correto, mostrar-se inaceitável a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social.

Para a sua restrição, é preciso atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação a bens com dignidade constitucional – referência mesmo que indireta na Constituição – como a uma necessária compatibilidade axiológica que justifique a restrição, para além, é certo, de um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que descartam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como um bem jurídico-penal, pois, afinal, seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício⁴⁹. A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos

linhas de força axiológicas que poderiam ser invocadas como elementos fundantes de tal orientação política do Estado. Mas, primando pela simplicidade de exposição e atento aos limites deste breve escrito, poderíamos dizer que indiscutível nessa precisa forma de ver as coisas está o comprometimento forte do Estado para com os direitos e garantias fundamentais. Um Estado que se quer não-liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, laico, plural e multicultural, erigido a partir da diferença e com ela comprometido, em que não há espaço para perseguições de credo, cor ou classe, em que não se punem pessoas ou grupos, mas apenas fatos⁴¹. Enfim, um Estado em que todos, absolutamente todos, podem valer-se da condição de cidadãos e, assim, resguardados pela totalidade dos direitos e garantias constitucionais, resistir às manifestações de inaceitável autoritarismo que, sazonalmente, quer por razões de cunho meramente pragmático, quer por razões ideológicas, insistem em tentá-lo⁴².

Elementos, portanto, fortemente recepcionados tanto pela Carta Constitucional brasileira de 1988, inclusive em seu próprio preâmbulo⁴³, como pela Constituição da República de Moçambique de 2004, em seus artigos 3, 11, 12 e 35:

Artigo 3 (Estado de Direito Democrático): “A República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem”.

Todavia, a falta, muitas vezes, de patamares mínimos de racionalidade e univocidade da política criminal em países em desenvolvimento faz com que se sinta mais acentuadamente a

insuficiência de diretrizes meramente político-ideológicas e, daí, a conseqüente necessidade de vínculos positivos. A dissonância entre a prática político-criminal levada a cabo pelo Estado e aquela esperada a partir dos compromissos político-jurídicos assumidos pela Constituição demonstram a necessidade de trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização. E mais. A necessidade de trabalharmos com critérios constitucionais suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativo e hermenêutico-aplicativo. Em outras palavras. Importa saber se o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos é ou não uma exigência constitucional.

No Brasil, este é um tema controverso. Temos sustentado, na linha de importante doutrina e jurisprudência italianas, a constitucionalidade de tal exigência. Parece-nos possível encontrar elementos que justifiquem a sua constitucionalidade tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais.

Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios⁴⁴, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito⁴⁵, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o *princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa*, como o *princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária*, o que

em harmonia com a ordem constitucional⁵⁰.

Por estas, entre outras razões, é a ofensividade uma inafastável exigência para a legitimidade do ilícito penal na ordem jurídico-penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988. E não parece ser diferente no espaço constitucional moçambicano. Muito pelo contrário. O art. 56, 2. da Constituição da República de Moçambique mostra-se contundente neste sentido:

Artigo 56 (Princípios gerais). 2. O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição.

No que tange ao Brasil, independente da reforma em curso, muitos outros indicativos da concretização legislativa da exigência material de ofensividade podem ser ainda encontrados na legislação infraconstitucional, mais precisamente no Código Penal brasileiro. São muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista. Os institutos da tentativa (art.14, II CP), do crime impossível (art.17 CP) e até a própria primeira parte do art.13 do CP permitem o claro reconhecimento de um direito penal acentuadamente comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, no seguimento do chamado *direito penal do resultado* (*Erfolgstrafrecht*), e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com uma tal orientação.

4. Ofensividade e Direito Penal Contemporâneo

4.1. É legítimo afastar a exigência de

ofensividade de determinados crimes em prol do atendimento a interesses de política criminal (prevenção geral positiva)?

Chegando até aqui, acreditamos ter elementos suficientes para reconhecer a ofensividade como efetiva exigência constitucional de legitimidade do ilícito jurídico-penal e, a partir disso, questionarmos acerca da sua importância como elemento de delimitação também no espaço de maior complexidade do direito penal contemporâneo, o denominado direito penal secundário. Questão que assume especial relevância quando a crescente utilização, neste particular âmbito do direito penal, de categorias de crime tradicionalmente reconhecidas como hipóteses de ilícito incompatíveis com a noção de ofensa ao bem jurídico, alimentada por fortes interesses de política criminal, mais especificamente, de prevenção geral positiva, tem propiciado a manutenção de um significativo espaço de tensão que não raramente convida a uma relativização da ofensa como regra geral a todas as formas de aparição do ilícito-típico, em prol de espaços de livre disposição político-criminal.

Não outra tem sido, v.g., a orientação proposta por um dos principais estudiosos da ofensividade, Ferrando Mantovani: em que pese reconheça a recepção constitucional do princípio da ofensividade, faz isso como princípio regular, mas não absoluto. Segundo Mantovani, é importante admitir a possibilidade de derroga do princípio da ofensividade quando estivermos diante de categorias totalmente desprovidas de tal atributo, isto é, diante dos denominados *crimes sem ofensividade* (*reati senza offesa ai beni giuridici*), os quais encontrariam a sua

razão de ser na necessidade político-criminal de prevenir ofensas a bens primários, coletivos, institucionais, devendo aqui “a racionalidade do princípio moderar-se com a necessidade de prevenção geral”⁵¹. Em outras palavras, a existência de interesse político-criminal na manutenção de categorias jurídico-penais desprovidas de qualquer ofensividade justificaria, por si só, a derroga do princípio. Derroga que, inclusive, no entender de Mantovani, viria a preservar o conteúdo de garantia da ofensividade de uma excessiva abertura, ocasionada por tentativas inúteis de recuperação da ofensa em crimes sabidamente desprovidos dela⁵².

Uma tal compreensão é equivocada por inúmeras razões⁵³.

(a) Há, de pronto, uma clara inversão metodológica. Não é possível partirmos de um dado empírico, do reconhecimento da existência de crimes desprovidos de ofensividade e insuscetíveis de recuperação hermenêutica – de uma hermenêutica assumidamente interessada em resgatar o conteúdo material do ilícito através da restrição do âmbito do tipo – para afastar a incidência da exigência constitucional de ofensividade, sob a simples alegação da existência de interesses políticos na sua manutenção. Seria o mesmo que propor, absurdamente, a leitura de princípios constitucionais orientadores da legitimação normativa a partir das próprias normas infraconstitucionais.

(b) A proposta de Mantovani não atenta às implicações jurídicas do reconhecimento da ofensividade como norma constitucional de caráter duplo, regra e princípio, decorrente da norma constitucional da liberdade e da norma constitucional da dignidade da pessoa humana, o que, como vimos, coloca

limites claros e intransponíveis ao processo legislativo infraconstitucional.

E (c), por fim, restringindo-nos aos traços mais salientes, há, ainda, um acentuado equívoco lógico, tanto na orientação político-criminal quanto na fundamentação jurídica.

(aa) A grande valia, hoje, de um retorno ao essencial, do resgate de uma compreensão objetiva do ilícito penal – de uma compreensão de base objetiva, porém não exclusiva, diga-se –, (re) visitada através da ofensa ao bem jurídico, encontra-se justamente na sua capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito nos novos espaços de incriminação, em clara oposição às atuais tendências de orientação meramente formal ou normativa. Mas, se isso é verdade, se aqui está a grande valia da categoria em análise, negar-lhe entrada justamente nos espaços em que é posta em questão é negar-lhe sua principal utilidade, é relegá-la a mera condição de critério de interpretação do tipo, com muito pouco a dizer ao direito penal secundário. De forma breve: o motivo que Mantovani apresenta para justificar o afastamento da ofensividade é a exata razão que nos leva a acreditar que ela deve ter sua aplicação intensificada.

(bb) E, por outro lado, propor a criação e manutenção de tipos-de-ilícito desprovidos de ofensa, sob a alegação da necessidade de tutela de bens primários, coletivos e institucionais, é contraditório e evidentemente insustentável. Ora, alegar a necessidade de crimes sem ofensa ao bem jurídico para evitar a ocorrência de ofensa ao bem jurídico é não só falacioso, como chegaria ao absurdo de justificar até mesmo a punibilidade indiscriminada de atos preparatórios, eis que, também aqui, poderíamos buscar

teleologicamente o seu desvalor na possível ocorrência de um evento futuro e incerto. Daí reconhecermos plena razão às palavras de Faria Costa ao referir que tal idéia, isto é, a idéia de que é “precisamente em nome da proteção de bens jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos”, consiste em “uma das expressões mais acabadas de subversão e incompreensão metodológicas”⁵⁴.

4.2. Os planos de aplicação da ofensividade: *lege ferenda* e *lege lata*

Os elementos que nos fazem crer em uma recepção constitucional da ofensividade e os moldes em que se dá essa recepção, por nós já considerados, são, como vimos, elementos suficientes para garantir a sua aplicação ampla e irrestrita em todo o direito penal, sob de pena inconstitucionalidade.

A ofensividade torna-se, por isso, no plano de *lege ferenda* (plano legislativo), um importante critério de orientação legislativa e, no plano de *lege lata* (plano hermenêutico-aplicativo), critério de validade e delimitação do ilícito, reitor de uma hermenêutica que se quer constitucionalmente orientada.

Em outras palavras, não só o legislador deve ater-se à exigência de ofensividade na proposição de novas figuras delitivas que, na sua interação com outros princípios penais, leva-lo-á a priorizar sempre as formas de ofensa mais intensas, como a aplicação da norma penal exigirá do interprete uma hermenêutica atenta à sua efetiva existência. O que é o mesmo que dizer que todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um

filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

No direito penal secundário, a necessidade de atenção a ser dispensada, nos planos de *lege ferenda* e *lege lata*, à exigência constitucional de ofensividade aumenta significativamente em razão das particularidades que envolvem os bens jurídico-penais tutelados (normalmente, supra-individuais), da maior complexidade dos elementos que envolvem e constituem o fato, e da forma de tutela possível (muitas vezes através de crimes de perigo abstrato). Aqui, mesmo que partíssemos de um funcionamento ideal do plano legislativo, o normal aumento da normatividade, por decorrência das vicissitudes inerentes ao objeto e à forma de tutela, concluiríamos por uma maior valorização do trabalho hermenêutico. Mas, se tomamos, p. ex., a realidade legislativa brasileira, tal como se apresenta, na qual a falta de preocupação com as exigências constitucionais de validade e a acentuada falta de rigor técnico são marcas comuns, podemos perceber, então, o grau de responsabilidade que recai sobre o intérprete, e daí, a necessidade de um intenso e contínuo aprimoramento do plano hermenêutico-aplicativo, o que, sem dúvida alguma, passa por uma melhor compreensão e delimitação do que devemos entender por ofensividade. O estudo da

ofensividade e das formas de ofensa torna-se, pois, tarefa irrenunciável ao processo de atualização da ciência jurídico-penal, decorrência normativa do chamamento à “superação” que nos é feito, responsabilmente, por Anselmo Borges⁵⁵.

5. Decorrências práticas da adoção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos

Por ofensa a bens jurídicos entende-se, em termos dogmáticos, o dano ou o perigo de dano ao objeto de tutela da norma. Logo, afirmar que não há crime (legítimo) sem ofensa a bens jurídico-penais é o mesmo que exigir de todo e qualquer ilícito penal a efetiva ocorrência de dano ou, ao menos, de perigo de dano ao objeto de tutela da norma. O resultado jurídico (dano ou perigo) torna-se, assim, ao lado do desvalor da ação, elemento indispensável na constituição do ilícito-típico. As decorrências práticas de tal entendimento são inúmeras. A título de mera ilustração, traremos aqui apenas três exemplos.

5.1. Necessidade de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato

Em termos tradicionais, os crimes de perigo abstrato são definidos como figuras de perigo meramente presumido. O perigo seria apenas elemento de motivação legislativa, não figurando como elemento constitutivo do tipo. Vale dizer: ao estabelecer um crime de perigo abstrato, o legislador selecionaria condutas normalmente perigosas, presumindo a ocorrência do perigo sempre que a conduta viesse a ser praticada.

Contudo, e como sói ocorrer, uma tal presunção não é infalível, dando azo a situações em que, embora realizada a

conduta, não está presente o perigo. E, se assim é, os crimes de perigo abstrato não seriam compatíveis com uma exigência de efetiva e real ofensa ao objeto de tutela da norma.

Isso não significa, por outro lado, a imediata inconstitucionalidade desta espécie delitiva. Muito pelo contrário. Os crimes de perigo abstrato são suscetíveis de recuperação hermenêutica, não constituindo, por isso, uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade. Restringir a riqueza e complexidade da noção jurídico-penal de perigo às situações tradicionalmente denominadas de perigo concreto, relegando aos crimes de perigo abstrato uma exangue presunção absoluta de perigo, é, sem dúvida, desnecessário e equivocado.

A literatura especializada há muito vem tentando resgatar os crimes de perigo abstrato do rol dos ilícitos meramente formais e já conta hoje com inúmeras elaborações significativas⁵⁶. Da proposta de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato como presunção relativa de perigo (Schröder), ao perigo abstrato como perigosidade (*Gefährlichkeit*) (Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendoza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Horn, Brehm, Schünemann e Roxin), ou como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin), pode-se encontrar diferentes formas de perceber e enfrentar o problema.

Quanto a nós, acreditamos ser plenamente possível recuperar o conteúdo material dos crimes de perigo abstrato, mediante a exigência de uma *possibilidade, não insignificante, de dano ao bem jurídico*, a ser verificada mediante um (único) juízo *ex ante* (i.e., no momento da prática da ação

perigosa)⁵⁷. Seria, assim, algo diferente dos crimes de perigo concreto, nos quais são exigidos dois juízos de probabilidade de dano, um juízo *ex ante* (no momento da ação) e um juízo *ex post* (após o decurso da ação); juízo duplo este que nem sempre é possível, a depender da natureza da matéria de regulação.

No âmbito dos crimes ambientais, p. ex., a realização do de um juízo *ex post* é, por vezes, muito difícil, senão mesmo impossível. Basta tomar, a título de ilustração, o crime de poluição do ar ou das águas. Nestes, o resultado da ação costuma estar muito distante do momento da ação e se dá mediante a interação com inúmeras outras condutas poluidoras, o que dificulta sobremaneira a verificação do curso causal e, assim, o juízo *ex post* de probabilidade. Razão pela qual é recomendável a criminalização por meio de crimes de perigo abstrato, no qual a verificação do perigo estará restrita ao juízo *ex ante* de possibilidade de dano ao bem jurídico.

Conclusão: os crimes de perigo abstrato passariam a exigir a ocorrência de efetivo perigo ao bem jurídico, na forma de uma possibilidade, não insignificante, de dano ao bem jurídico tutelado.

5.2. Não punibilidade de actos meramente preparatórios (ainda que no âmbito do terrorismo)

O crime tentado é, em termos materiais, um crime de perigo. O fundamento da punibilidade da tentativa é justamente a exposição a perigo do bem jurídico-penal. Fundamento que, em contrapartida, não acompanha os casos de mera preparação.

Com exceção das hipóteses em que os atos preparatórios configuram crimes autônomos, em razão da ofensa a bem

jurídico diverso daquele tutelado por meio da punibilidade dos atos executórios – como ocorre usualmente no crime de porte ilegal de arma de fogo, no qual é punido o porte independentemente da intenção (lícita ou não) do agente –, os atos preparatórios correspondem a um momento do *iter criminis* em que, ao menos em princípio, não há qualquer perigo para os valores tutelados pela norma penal. O que significa dizer que a punibilidade dos atos preparatórios não é – na perspectiva aqui defendida – constitucionalmente legítima.

Todavia, não é essa a orientação que se mostra presente no âmbito inúmeras leis, como, aliás, bem demonstra a legislação europeia de repressão ao terrorismo.

A título de ilustração, podemos considerar a Lei de Combate ao Terrorismo de Portugal, Lei n.52/2003 (aprovada em cumprimento à Decisão-Quadro 2002/475/JAI e recentemente modificada pela Lei 17/2011, em atenção à Decisão-Quadro 2008/919/JAI) que, entre outras coisas, em seu art.2, 4, criminaliza a prática de atos meramente preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista. *In verbis*: "Artigo. 2.º Organizações Terroristas. (...) 4 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos."

Este não é, certamente, o único dispositivo da lei que criminaliza condutas usualmente reconhecidas como atos de mera preparação, o que, inclusive, bem demonstra a criminalização do recrutamento e o treinamento para o terrorismo, nos termos da Decisão-Quadro 2008/919/JAI. Entretanto, ele destaca-se dos demais pelo fato de criminalizar

condutas que sequer consistem em atos preparatórios de um “ato terrorista”, mas preparatórios da “constituição de uma organização terrorista”, ou seja, de um tipo penal que já consiste, por si só, em uma inequívoca antecipação de tutela. Em outras palavras: partindo do pressuposto de que a punibilidade da constituição de um grupo criminoso já representa uma antecipação da tutela penal do terrorismo (*Vorfeldschutz*), a punibilidade dos seus atos preparatórios revela não só a incriminação de atos desprovidos de ofensa a um bem jurídico (como costuma ocorrer com a generalidade dos atos de mera preparação), mas também uma dupla e extrema antecipação da tutela penal, uma espécie de tutela anterior à própria tutela antecipada (*Vorvorfeldschutz*).

Pode-se argumentar – como, aliás, normalmente se faz – no sentido de que o mal que representa o terrorismo é demasiadamente grande, o que justificaria a adoção de medidas extremas, de modo a se obter o máximo de eficiência no seu controle. Vale dizer: que um bom e forte motivo (ex.: luta contra o terror) é suficiente para afastar ou mitigar a aplicação de princípios reitores do direito penal. Tal argumento, todavia, como já assinalado no início desse escrito, parece-nos absolutamente inaceitável nos quadros de um Estado Democrático de Direito. O reconhecimento e a manutenção dos princípios e regras penais não podem ser tratados como uma questão de conveniência estatal no combate à criminalidade.

Não bastasse isso, parece-nos igualmente equivocada a comum supervalorização dos custos de um direito penal mais enxuto. Não acreditamos, definitivamente, que o rigoroso atendimento aos princípios reitores do direito penal democrático

produza riscos elevados para os objetivos de prevenção e repressão do terror. Em verdade, defender o contrário parece-nos valorizar em demasia a efetividade do direito penal enquanto instrumento de intervenção e regulação do Estado, no que diz respeito, muito especialmente, a prevenção e repressão do terrorismo.

Dadas as particularidades e a complexidade do fenômeno terrorista, é difícil acreditar que seja possível obter efeitos práticos dissuasórios a partir da simples edição e aplicação de normas penais e, menos ainda, pelo simples aumento da faixa de condutas penalmente proibidas, de modo a compreender também atos extremos como a mera preparação. Em regra, o que se tem nesses casos é apenas um aumento do âmbito de punibilidade e, assim, de repressão, na forma de uma intervenção penal fortemente antecipada; o que não corresponde, obviamente, à prevenção.

Nessa perspectiva, importa considerar que a repressão internacional ao terrorismo já conta com uma área de intervenção penal bastante alargada, mediante a ampla criminalização do concurso de pessoas – pune-se toda forma de colaboração moral e material à prática de atos terroristas –, bem como da criminalização da associação com fins terroristas e da apologia ao terrorismo. Contexto em que restaria à criminalização autônoma de atos preparatórios apenas condutas verdadeiramente extremas, condutas que sequer constituiriam alguma forma de contributo material ou moral ao terror, ou mesmo uma associação ilícita para o terrorismo, para a qual, como se sabe, bastam apenas duas pessoas.

Conclusão: é ilegítima a punição de atos meramente preparatórios, independentemente dos interesses

político-criminais em jogo.

5.3. Não punibilidade da autolesão (ainda que no âmbito da legislação antidrogas)

Se por um lado, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos considera ilegítimo um ilícito desprovido de perigo ao objeto de tutela, por outro, afirma ser igualmente ilegítima a criminalização de fatos direcionados a interesses do próprio autor. A autolesão não é, por isso, punível no Brasil, independente da sua gravidade, como também não a tentativa de suicídio. Pune-se apenas o auxílio e a instigação ao suicídio (art. 122 CP), na medida em que seus efeitos recaem sobre terceiro, bem como hipóteses em que a autolesão é apenas meio para lesar bem jurídico diverso, como ilustra o crime de autolesão para fraudar seguro (art. 171 V CP). Neste dispositivo, o bem tutelado é não o corpo ou a saúde, mas o patrimônio da seguradora.

A existência de consenso acerca da não criminalização da autolesão e da tentativa de suicídio faria presumir igual consenso no que tange à não punição da autointoxicação. E, de fato, isso é assim, no que diz respeito a drogas lícitas, como o álcool ou o cigarro. No que se refere a drogas ilícitas, o consenso simplesmente desaparece, dando azo a um espaço de forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Até o advento da Lei 11.343/2006, a posse de drogas para uso próprio era punida no Brasil com pena de detenção de 6 meses a 2 anos⁵⁸. O novo regramento, por sua vez, estabeleceu uma melhor posição para o usuário de drogas, mediante uma sanção criminal não privativa de

liberdade⁵⁹. O fato, contudo, manteve-se no rol das condutas penalmente puníveis.

O problema, portanto, coloca-se em âmbito hermenêutico-aplicativo.

Uma vez que o legislador penal insiste em criminalizar a posse de drogas para uso, compete ao magistrado analisar a compatibilidade do referido dispositivo com a exigência constitucional de ofensividade. E exatamente aqui se dá a divergência. Seja porque uma tal exigência constitucional não é de todo pacífica, seja porque alguns a consideram derogável, quando diante de interesses político-criminais de grande magnitude, como costuma ser o alegado “combate às drogas”.

O entendimento majoritário, como, aliás, não poderia ser diferente, opta por uma leitura meramente formal do art. 28 da Lei de Entorpecentes, desconsiderando toda e qualquer argumentação acerca do seu conteúdo material. Em contrapartida, embora minoritária, uma interessante jurisprudência em favor da inconstitucionalidade do referido dispositivo tem ganhado força, mostrando-se presente tanto nos tribunais brasileiros, como, até mesmo, em julgados monocráticos. Vejamos aqui alguns exemplos.

Reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ainda sob a vigência da antiga lei de entorpecentes:

Penal. Art. 16 da Lei 6368/76. Ausência de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Inconstitucionalidade. (Unânime): a Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas

penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização, Rio de Janeiro, 1997, p.33-34). Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade. No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. - Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida – bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional! Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguiti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho. (...) (Apelação Crime n.º 70004802740, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/05/2003). (grifo nosso)

Reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, já no âmbito da nova legislação:

1.- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes,

para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2.- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. (Apelação Criminal n.º 01113563.3/0.0000-000, 6ª Câmara Criminal do 3º Grupo da Seção Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator José Henrique Rodrigues Torres, julgado em 31/03/2008) (grifo nosso)

Decisão monocrática, Poder Judiciário do Rio de Janeiro:

Em suma, deixando a hipocrisia de lado, não afetando a conduta incriminada pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 bens jurídicos de terceiros, e sendo lícita a prática da autolesão, não guardando tal ação pertinência com a saúde ou incolumidade pública, estamos no âmbito do direito constitucionalmente assegurado à dignidade humana, à liberdade, à privacidade e à intimidade de cada cidadão, inexistindo bem jurídico concreta e legitimamente tutelável; logo, carecendo a conduta tipificada de ofensividade, e violando a incriminação os supra citados princípios constitucionais, carece aquele tipo penal de respaldo na Carta Maior, impondo-se o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, o que ora declaro. (Processo n.º 0021875-

62.2012.8.19.0208, 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital, Estado do Rio de Janeiro, Magistrado Marcos Augusto Ramos Peixoto, 20/03/2014). (grifo nosso)

Conclusão: é ilegítima a criminalização de condutas autolesivas, independentemente das razões político-criminais que lhe possam conceder fundamento.

6. Considerações Finais

Não há crime (legítimo) sem ofensa a bens jurídicos; não há crime (legítimo) sem dano ou perigo a bens jurídico-penais. E, quanto a isso, não se pode admitir exceções, a despeito dos interesses de prevenção geral que o atendimento dessa premissa possa defraudar. Esta forte assertiva sintetiza a ideia reitora do presente texto. Mas não só. Deixa também insinuada uma importante proposta de base.

O que aqui se propõe, ao fim e ao cabo, é o fortalecimento da ciência normativa do direito penal, constitucionalmente informada, enquanto lugar por excelência de convergência e afirmação das garantias fundamentais em matéria penal, diante dos interesses de política criminal, como tarefa indispensável para a manutenção da racionalidade do direito penal contemporâneo. Ponto de chegada que convoca a todos nós. Que convoca a academia em seu agir responsável e comprometido para com a manutenção de conquistas que lhe dão sentido, mas também para com um tempo e uma sociedade que se perfaz em novos, nem sempre bem compreendidos, traçados. Afinal, nas lúcidas palavras de Mia Couto, através da figura do Barbeiro de Vila Longe, “não é fácil sair da pobreza. Mais difícil, porém, é a pobreza sair de nós”.

Notas e Referências

¹ Ver, por todos, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal*. Parte geral, tomo I, Coimbra : Coimbra Ed., 2004, p.109; e FARIA COSTA, José de, *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, Coimbra : Coimbra Ed., 1992, *passim*.

² Ver HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Bende : Nomos, 2003; ROXIN, Claus, "Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit", *ZStW*, 116 (2004), p.944.

³ Ver, por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, vol.1, 3.ª ed., Milano : Giuffrè, 2001, *passim*.

⁴ Emenda nº 807 – CTCRP – Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, publicado no DSF em 20.12.2013.

⁵ Sobre a vida e obra de Tiberius Decianus, ver SCHAFFSTEIN, Federico, *La ciência europea del derecho penal en la época del humanismo*, tradução de Jose Maria Rodriguez Devesa, Madrid : Civitas, p.1957, p.81 ss..

⁶ Conf. SCHAFFSTEIN, Federico, *ob. cit.*, p.100.

⁷ Ver MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.430.

⁸ Conf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.429.

⁹ SGUBBI, Filippo, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova : Cedam, 1975, p.7.

¹⁰ FIANDACA, Giovanni, "Laicità e beni tutelati", in: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol.1, Milano : Giuffrè, p.171.

¹¹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.430.

¹² BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. de José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1998, VII, p.75.

¹³ FARIA COSTA, José de, "Ler Beccaria hoje", in: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. de José de Faria Costa, Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1998, p.10.

¹⁴ SGUBBI, Filippo, *ob. cit.*, p.16.

¹⁵ SGUBBI, Filippo, *ob. cit.*, p.14 ss..

¹⁶ O que não significa, por certo, que toda violação de um direito subjetivo implique a existência de um ilícito penal. Aqui, oportuna a observação de Sgubbi ao salientar o caráter excepcional da intervenção penal (SGUBBI, Filippo, *ob. cit.*, p.18).

¹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra : Coimbra Ed., 1991, p.43.

¹⁸ FEUERBACH, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.ª ed., Giessen : Georg Friedrich Heyer, 1840, p.41 (§19: Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peinl. Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine

Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes).

¹⁹ FEUERBACH, Anselm Ritter von, *ob. cit.*, p.45 (itálico nosso) (§21. Dieses [das Verbrechen], im weitesten Sinne, ist daher eine unter einem Strafgesetz enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines Andern widersprechenden Handlung).

²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.45.

²¹ COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.48 s..

²² Ver COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.50.

²³ FEUERBACH, Anselm Ritter von, *ob. cit.*, p.48 s..

²⁴ AMELUNG, Knut, "Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", in: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden : Nomos, 1991, p.269.

²⁵ AMELUNG, Knut, *ob. cit.*, p.269.

²⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.433.

²⁷ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.433.

²⁸ Esta crítica pode ser encontrada já no célebre trabalho de Birnbaum, ao qual se credita o surgimento do conceito de bem jurídico, muito embora o termo "bem jurídico", propriamente dito – isto é, a tradução para o português da expressão *Rechtsgut* –, tenha sido primeiramente utilizada por Binding, na primeira edição do *Die Normen*, em 1872 (assim, COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.64 s.). Observava Birnbaum que, se o perigo é uma situação na qual tememos a perda ou a privação de um bem, é totalmente inadequado falar-se em "perigo de um direito" (*Rechtsgefahr*), pois o que estaria em questão é a perda ou privação do objeto do nosso direito, e não o direito em si, insuscetível de ser, *in casu*, reduzido ou suprimido. Inadequação esta que, embora perceptível também nos crimes de lesão – quando então sealaria em "lesão a um direito" (*Rechtsverletzung*) –, vista da perspectiva das situações de perigo, revela-se com ainda maior clareza (BIRNBAUM, J., "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *Archiv des Criminalrechts*, (1834), p.172).

³⁰ Birnbaum acreditava que os valores suscetíveis de tutela poderiam advir de uma dimensão natural ou dimensão comunitária, ou seja, poderiam ser dados pela natureza ou ser encontrados no desenvolvimento da sociedade (BIRNBAUM, J., *ob. cit.*, p.177).

³¹ BIRNBAUM, J., *ob. cit.*, p.172 e 175 ss..

³² BIRNBAUM, J., *ob. cit.*, p.179.

³³ Para mais detalhes, ver AMELUNG, Knut, *ob. cit.*, p.269 ss..

³⁴ Ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *ob. cit.*, p.110; e, do mesmo autor, *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime, Coimbra : Coimbra Ed., 2001, p.43 s..

³⁵ BIRNBAUM, J., *ob. cit.*, p.178. Sobre a questão, ver, também, AMELUNG, Knut, *ob. cit.*, p.270; GÜNTHER, Klaus, "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?", in: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 1995, p.452 s..

³⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.434. Ver, também, COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.53 s..

³⁷ Em referência crítica sobre a nossa compreensão, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *ob. cit.*, p.290.

³⁸ BIRNBAUM, J., *ob. cit.*, p.178.

³⁹ Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que, aos olhos do legislador, é valorado como condição de vida saudável da comunidade jurídica, em cuja conservação inalterável e imperturbável a comunidade tem interesse, e que, por isso, através de uma norma, busca evitar uma indesejada lesão ou pôr-em-perigo (BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 3.ª ed., Leipzig : von Felix Meyer, 1916, p.353 ss.). Para uma cuidadosa análise da compreensão do bem jurídico em Binding, ver COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.61 ss..

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *ob. cit.*, p.110 s..

⁴¹ Sobre o direito penal nacional-socialista, ver GÜNTHER, Klaus, *ob. cit.*, p.452 ss; COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, p.68 s., nota 86; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.438 ss.; FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*. Un ensayo de fundamentación dogmática, Buenos Aires : Julio Cezar Faria Ed., 2004, p.31 ss.; entre nós, SOUZA, Paulo Vinicius Sportleder de, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais, São Paulo : RT, 2004, p.94 ss..

⁴² Neste exato sentido, porém em referência à Constituição italiana, afirmam Marinucci e Dolcini que, na proposta de Estado delineada na Constituição de 1948, isto é, em um Estado pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder emana do povo e que reconhece no homem a sua dignidade e um conjunto de direitos invioláveis, "num Estado desta natureza, dizíamos, o direito penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos; não pode degradar o homem à condição de mero "objeto de tratamento" pelas suas presumíveis tendências anti-sociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis" (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, "Constituição e escolha de bens jurídicos", *Rev. Portuguesa de Ciências Criminais*, 4 (1994), p.152).

⁴³ Nada melhor para exemplificar as tendências autoritárias, revestidas de um colorido democrático que hoje tentam o direito penal que o denominado direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) de Jakobs (ver JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid : Civitas, 2003; e, de forma crítica, PRITTWITZ, Cornelius, "O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências autais em direito penal e política criminal", *RBCrim*, 47 (2004), p.31 ss.).

⁴⁴ O próprio preâmbulo da Constituição Federal brasileira já dá suficiente notícia do modelo de Estado instituído, ou seja, "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos".

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra : Almedina, 2002, p.1157.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ob. cit.*, p.1168.

⁴⁷ Para maiores detalhes, remetemos o leitor para o nosso *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, *Stvdia Ivridica* 85, Coimbra : Coimbra Ed., 2005, p.63 ss.

⁴⁸ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden : Suhrkamp, 1994, p.123.

⁴⁹ ALEXY, Robert, *ob. cit.*, p.296 ss..

⁵⁰ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.489.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *ob. cit.*, p.114; PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, São Paulo : RT, 1996, p.58 e 68.

⁵² MANTOVANI, Ferrando, "Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale", *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2 (1997), p.323. Do mesmo autor, ver, também, *Diritto penale*. Parte generale, 4.ª ed., Padova : Cedam, 2001, p.196; "Il principio di offensività tra dogmática e política criminale", in: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998, p.251.

⁵³ MANTOVANI, Ferrando, *Il principio...*, *ob. cit.*, p.323 ss..

⁵⁴ Recepcionando a ofensividade como princípio não sujeito à derroga, FIORE, Carlo, "Il principio di offensività", *L'Indice penale*, (1994), p.279; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *ob. cit.*, p.559 e 254; DOLCINI, Emilio, "Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della política criminale", in: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998, p.214 s..

⁵⁵ FARIA COSTA, José de, *ob. cit.*, p.621, nota 130. Nesse sentido, ver também KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main : Klostermann, 1989, p.168.

⁵⁶ BORGES, Anselmo, «O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica», *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2000), p.21.

⁵⁷ Para uma breve exposição de todas estas elaborações, ver D'AVILA, Fabio Roberto, *ob. cit.*, p.112 ss.

⁵⁸ Para uma exposição detalhada, ver D'AVILA, Fabio Roberto, *ob. cit.*, p.159 ss.

⁵⁹ Lei 6.368/1976. Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

⁶⁰ Lei 11.343/2006. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (...)

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden : Suhrkamp, 1994.

AMELUNG, Knut, "Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", in: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden : Nomos, 1991.

BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. de José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1998, VII.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, 3.ª ed., Leipzig : von Felix Meyer, 1916.

BIRNBAUM, J., "Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *Arquiv des Criminalrechts*, (1834).

BORGES, Anselmo, «O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica», *Rev. Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2000).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra : Almedina, 2002.

COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, Coimbra : Coimbra Ed., 1991.

D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, *Stvdia Ivridica* 85, Coimbra : Coimbra Ed., 2004.

DOLCINI, Emilio, "Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della política criminale", in: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998.

EMENDA Nº 807 – CTRCP – Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, publicado no DSF em 20.12.2013.

FEUERBACH, Anselm Ritter von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.ª ed., Giessen : Georg Friedrich Heyer, 1840.

FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*. Un ensayo de fundamentación dogmática, Buenos Aires : Julio Cezar Faria Ed., 2004.

GÜNTHER, Klaus, "Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?", in: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main : Peter Lang, 1995.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang, *Die Rechtsgutstheorie*. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Gaspertenspiel?, Baden-Bende : Nomos, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid : Civitas, 2003.

FARIA COSTA, José de, "Ler Beccaria hoje", in: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, trad. de José de Faria Costa, Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1998.

FARIA COSTA, José de, *O perigo em direito penal*. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas, Coimbra : Coimbra Ed., 1992.

FIANDACA, Giovanni, "Laicità e beni tutelati", in: *Studi in memoria di Pietro Nuvoione*, vol.1, Milano : Giuffrè.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito penal*. Parte geral, tomo I, Coimbra : Coimbra Ed., 2004

FIORE, Carlo, "Il principio di offensività", *L'Indice penale*, (1994).

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main : Klostermann, 1989.

- MANTOVANI, Ferrando, "Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale", *Riv. ital. dir. proc. penale*, 2 (1997).
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, 4.º ed., Padova : Cedam, 2001.
- MANTOVANI, Ferrando, "Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale", in: *Il diritto penale alla svolta di fine milenio*, org. por Stefano Canestrari, Torino : Giappichelli, 1998.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, "Constituição e escolha de bens jurídicos", *Rev. Portuguesa de Ciências Criminais*, 4 (1994).
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale*, vol.1, 3.º ed., Milano : Giuffrè, 2001.
- ROXIN, Claus, "Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit", *ZStW*, 116 (2004).
- SCHAFFSTEIN, Federico, *La ciência europea del derecho penal en la época del humanismo*, tradução de Jose María Rodríguez Devesa, Madrid : Civitas, p.1957.
- SGUBBI, Filippo, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova : Cedam, 1975.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, São Paulo : RT, 1996.
- PRITTWITZ, Cornelius, "O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal", *RBCrim*, 47 (2004).
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, São Paulo : RT, 2004.