

# **PROTEÇÃO EFICIENTE DE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS**

## **Effective protection of constitutional juridical goods**

**Denis Ortiz Jordani**

**Lucas de Souza Lehfeld**

### **RESUMO**

O legislador constituinte seguindo a teoria do bem jurídico fez a eleição de determinados bens como imprescindíveis para a vida em sociedade colocando tais bens sob o manto protetivo do Direito Penal, entendido este como a última instância de controle social formal frente às violações perpetradas pelo próprio Estado e pelos particulares. Desta forma, a Constituição estabeleceu o dever de proteção a ser seguido pelo legislador quando no processo legislativo traça os instrumentos de defesa a esses bens, bem como aponta alguns deveres de criminalização no intuito de tornar mais efetiva a proteção desses bens, concretizando tais mandatos de criminalização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bem jurídico, dever de proteção, proteção deficiente, Untermassverbot

### **ABSTRACT:**

The constitutional legislator on the theory of the legal made the election of certain goods as essential for life in society placing such goods under the protective mantle of criminal law, understood as the last instance of formal social control in the face of violations perpetrated by the State and by individuals. Thus, the Constitution established the duty of protection to be followed by the legislature when the legislative process traces the defense instruments such goods, as well as points out some duties of criminality in order to make more effective the protection of these assets, fulfilling such mandates criminalization.

**KEYWORDS:** Juridical goods, protect legal duty, protect poor, Untermassverbot

## 1. MISSÃO DO DIREITO PENAL

O direito penal, como uma das áreas constantes no texto constitucional recebeu a incumbência do legislador de cuidar de alguns bens tidos como fundamentais à vida em sociedade. Porém, este fato, a conceituação e delimitação do que se considera como bem suscetível de proteção estatal, bem como de proteção estatal exercida pelo direito penal é uma das mais longas e ainda insuficientes discussões na seara constitucional-penal<sup>1</sup>.

O direito penal possui como missão principal, porém não exclusiva<sup>2</sup>, a defesa do indivíduo das violações perpetradas por outros indivíduos, mas principalmente contra as violações advindas do Estado, tutelando os bens jurídicos de maior importância, possibilitando seu pleno desenvolvimento existencial, como indivíduo e perante a comunidade, bem como da própria comunidade na qual está inserido. Leia-se, o direito penal tem como missão fundamental a defesa dos bens jurídicos mais importantes, eleitos constitucionalmente ou pelo legislador infraconstitucional, atendendo até um processo histórico-espacial de eleição, mas que de alguma forma, defenda tais bens eleitos como bases para a existência social.

Isto resulta, segundo Ferrajoli, numa característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a função de garantia expressa pela norma constitucional, de estrutura formal nas Constituições tidas como rígidas, caracteriza-se pelo caráter positivo das normas produzidas e também pela sujeição ao direito, estabelecendo limites e impondo deveres.<sup>3</sup>

Esse entendimento consubstancia-se hoje como bem aceito pela doutrina internacional, fundadas no atual pensamento de Roxin sobre o tema e adotando uma postura funcionalista da teoria do delito “porque a missão de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito penal, surge como uma das importantes proposições de um programa de política-crime típico de um Estado constitucional e democrático de direito”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito*. Madrid: civitas, 1997, p. 70. “[...] o relativo consenso sobre o fim jurídico-penal consistente na proteção de bens jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros. Por isso que o conceito material de delito e a teoria do bem jurídico são, ainda hoje, os problemas básicos menos claros do Direito Penal”.

<sup>2</sup> Muñoz Conde difere missão do direito penal de função do direito penal. Para ele, como função deve se entender as consequências não desejadas mas reais do sistema, isto é, para que serve o direito penal. Como missão, as consequências queridas ou procuradas pelo sistema. *Introducción a La Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. p. 99.

<sup>3</sup> FERRAJOLI. Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 19.

<sup>4</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009. p. 229-230.

Contudo, tal pensamento não é unânime encontrando forte resistência na posição de Jakobs para o qual a missão do direito penal não é a tutela de bens jurídicos mais importantes e sim a tutela do sistema, a manutenção da norma penal com a conseqüente estabilização social cunhadas na observância do resultado constante do desrespeito a essa norma, posto que, para ele a pena está a serviço do exercício de fidelidade ao Direito, isto é, o que se chama prevenção geral positiva.

Para Jakobs, “pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção, solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; na seqüência, esse bem será denominado ‘bem jurídico penal’”.<sup>5</sup> A crítica que se faz a essa conceituação reside no argumento de que o homem não vive para regular o sistema, e sim o sistema existe para regular o homem. Jakobs, no mesmo texto, assinala uma limitação que não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao direito penal, pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva. Isso somente pode se dar por meio de um comportamento humano cujo teor expresse que não cabe levar em consideração a valoração positiva. Por isso, uma norma não pode proteger um bem contra todos os riscos, mas apenas contra aqueles que não sejam conseqüências necessárias do contrato social autorizado.

Roxin teceu algumas críticas à Jakbos, formando uma dicotomia dentre os autores ditos como funcionalistas ou àqueles que fundamentam o direito penal como instrumento de alcance de uma função maior. Assim,

[...] para *Jakobs*, a função do Direito Penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma. “Desde este ponto de vista, com a execução da pena sempre se alcançou o seu fim. Fica confirmada a configuração da sociedade”. Isto é uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de *Hegel* (a pena como “negação da negação do Direito”) salta aos olhos. Sem embargo, não compartilho este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, esse sistema social não se manteria de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas. (grifos no original).<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 61-62.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Proto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 35 – 36.

Desta feita, a assunção do bem jurídico como àquele imprescindível para o regular desenvolvimento do indivíduo revela o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos como um dos instrumentos limitadores do legislador no processo eletivo de quais bens devem ser considerados como legítimos para receber a normatização adequada e, por conseguinte, fixar a missão do direito penal frente ao ordenamento constitucional. Tal princípio encontrará fundamentação no princípio da necessidade, onde a atuação do direito penal somente será legítima se estritamente necessária para a resolução da violação do bem jurídico. Conseqüentemente, funda-se ainda no art. 5º, LIV da Constituição Federal, base legal do princípio da proporcionalidade, onde qualquer privação à liberdade somente se dará de forma proporcional ao delito praticado (ao grau de violação ao bem jurídico).

Diante das limitações que acabam de ser alinhadas conclui-se que a missão do Direito penal (do *ius libertatis*) tampouco é a de proteger todos os bens jurídicos considerados relevantes; e muito menos diante de todos os ataques a esses bens, senão que, penalmente, a única proteção proporcional e admissível é a de natureza fragmentária e subsidiária (admitindo-se com isso que o Direito penal é o último instrumento de que devemos nos valer para a proteção de bens jurídicos; em outras palavras, o Direito penal é a *ultima ratio*).<sup>7</sup> (grifos no original)

### 1.1. Conceituando bem jurídico

A fim de chegarmos a um conceito do que possa ser considerado como bem jurídico penal-constitucional e traçar limitações importantes, é preciso que alguns conceitos sofram a adequada conceituação evitando que incidamos em erro.

Assim, bem existencial é aquele bem importante para o indivíduo e para a comunidade, onde por apresentar relevante significação social é carecedor de proteção feita pela norma. Pode engendrar nessa qualificação tanto os bens materiais, v.g. vida, integridade física, patrimônio, quanto os bens imateriais como honra, propriedade intelectual, dignidade. O neokantismo concebia o bem jurídico como um valor cultural, ou seja, extraia-se da cultura local os valores socialmente dominantes tornando-se protegidos quando existe a confiança em sua existência.

O aspecto subjetivo do bem jurídico relaciona-se com o interesse que o indivíduo ou a sociedade tem num determinado bem existencial. Tal vínculo se coaduna com a relação social que, por ser de relativa importância, acaba sendo valorada positivamente pelo legislador. Assim, para que um bem existencial possa ser considerado um bem jurídico, precisa ser objeto de um interesse humano, dependendo ainda, de uma valoração positiva pelo

---

<sup>7</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Ibid. p. 231.

legislador.<sup>8</sup> Para o Finalismo, capitaneado por Hans Welzel, bem jurídico é um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social, é protegido juridicamente”.<sup>9</sup> E continua Luiz Régis Prado corroborando, “segundo a sua concepção dos valores éticos-sociais da ação, a ameaça penal deve contribuir para o asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí, ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado”.<sup>10</sup> Portanto, afigura-se o bem jurídico como sendo aquele bem existencial, de importância subjetiva ao indivíduo e/ou comunidade, valorado positivamente pelo legislador.

Roxin define os bens jurídicos como,

Pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através de meios do direito penal, o cumprimento de prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.<sup>11</sup>

A doutrina espanhola aponta os bens jurídicos como sendo aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e para o desenvolvimento de sua personalidade na vida social.<sup>12</sup>

Além de pressupostos que assegurarão a existência do indivíduo, os quais configurariam os bens jurídicos individuais, existem ainda, segundo Munõz Conde, os bens jurídicos coletivos, que afetam mais a sociedade, como tal, ao sistema social que constitui ao agrupamento de várias pessoas individuais e supõe certa ordem social ou estatal. Entre esses bens jurídicos sociais ou universais se encontram a saúde pública, o meio ambiente, a seguridade social, a organização política. Porém, é bom que se diga, que essa separação não

---

<sup>8</sup> Id. Ibid. p. 233.

<sup>9</sup> WELZEL, Hans. *Apud* PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Régis. *Op. Cit.* p. 38.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Vegas: Lisboa, 1998. p. 27-28.

<sup>12</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. *Derecho penal. Parte general*. 6ed. rev. pusta al dia. Valencia: Tirant lo Branch, 2004. p 59. Tradução livre.

quer dizer que há uma concepção dualista do bem jurídico, pelos quais se contrapõe os bens jurídicos individuais aos supraindividuais.<sup>13</sup>

Esta visión crítica se puede obtener más fácilmente con una *concepción personalista del bien jurídico*. Según Hassemer, desde una visión antropocêntrica del mundo, los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. El punto de vista contrario, es decir, una *concepción monista del bien jurídico de carácter universal o colectivo*, reconduce la función del Derecho penal a la protección del sistema social en su conjunto y, solo dentro de él, en segundo plano, del individuo, considerando los bienes jurídicos individuales (vida, salud, libertad, etc.) como atribuciones derivadas de las funciones del sistema social. Por otra parte existen también las teorías llamadas dualistas que dividen y colocan en el mismo plano los bienes jurídicos individuales y los colectivos, soslayando el problema, ignorando que es más que una simple cuestión sistemática lo que hay en juego en este tema (grifos no original).<sup>14</sup>

Note-se que o conceito de bem jurídico não está solucionado, encontrando seu principal ponto de crítica quanto a positivação ou não desse conceito. Para os que defendem o caráter positivista de bem jurídico, afirmam que quando a norma escolhe determinado bem como objeto de proteção, estará definido, normativamente, tal bem jurídico, restando o conceito de bem jurídico na própria lei.

Por fim, “bem jurídico-penal compreende os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal”<sup>15</sup>.

Assim, resta ao legislador penal<sup>16</sup>, a tarefa de seleção e determinação dos bens jurídicos. Mas isto não soluciona a questão de determinabilidade de abrangência ou importância do bem jurídico, pois não existe conteúdo genuíno das normas penais. Este mesmo legislador deve se balizar pelos limites constitucionais que nortearão o campo de atuação quando da utilização de critérios de política-criminal postos ao estabelecimento de quais bens são merecedores da tutela penal. Entretanto, quando da adoção destes critérios de política-criminal, deve o legislador pautar-se, também, pela visão social do bem jurídico, não deixando apenas ao alvedrio do positivismo. Dessa forma, bem jurídico penal pode ser entendido “como um objeto da realidade, que constitui um interesse da sociedade para a manutenção de seu sistema social, protegido pelo direito, que estabelece uma relação de disponibilidade, por meio da tipificação das condutas”.<sup>17</sup>

Com precisão, Luiz Régis Prado define,

<sup>13</sup> CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. Ibid. p. 60.

<sup>14</sup> Op. cit. p. 61.

<sup>15</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Ibid. p. 233.

<sup>16</sup> Cf. BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 22, I.

<sup>17</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 96.

Bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o *paradigma* do legislador penal infraconstitucional. A idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.<sup>18</sup>

Por tudo já dito, não há que se confundir bem jurídico-penal com o objeto material do delito. Aquela é o bem existencial, de interesse social, valorado positivamente pelo legislador, no qual a tipificação se deu por uma norma penal. Este é a coisa ou ente físico sobre o qual recai a conduta praticada pelo agente. “O bem jurídico é um conceito jurídico (é resultado de uma valoração); o objeto material é um conceito naturalístico (físico)”.<sup>19</sup>

Resta esclarecer ainda, que nem todo bem jurídico pode ser valorado pelo legislador como carecedor de tutela penal, senão apenas aqueles mais valiosos para a convivência e frente exclusivamente aos ataques mais intoleráveis de que possam ser objeto, expondo o princípio da fragmentariedade, e mesmo assim, quando não existem outros meios eficazes, de natureza não penal para salvaguardá-los, demonstrando a natureza subsidiária do Direito penal.

Por força do princípio da ofensividade resulta impossível ao legislador configurar como delito uma mera desobediência ou uma simples transgressão de uma norma ou de um dever jurídico. Nem sequer é delito a conduta formalmente típica mas sem nenhum resultado ofensivo. [...] O bem jurídico, para poder ser tutelado por meio do mais temível instrumento de controle que é o Direito penal, necessita cumprir essa qualidade *extra* (esse *plus*) que consiste na possibilidade de afetação ou, em terminologia alemã, na perceptibilidade (*Greifbar*), que significa a capacidade de ser ofendido, é dizer, lesionado ou posto em perigo (capacidade de tutela, na linguagem de Mayer).<sup>20</sup> (grifos no original).

Bens constitucionalmente relevantes, tais como a liberdade, integridade pessoal, a honra, a saúde ou o funcionamento dos órgãos do Estado e das instituições públicas, são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito. No entanto, deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual

---

<sup>18</sup> PRADO, Luiz Régis. Ibid. p. 44.

<sup>19</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Ibid. p.234.

<sup>20</sup> Id. Ibid. p. 251-252.

se incumbem os diversos ramos do direito, concorrencialmente.<sup>21</sup> Portanto, nem todo bem jurídico é carecedor de tutela do Direito penal ou da mesma intensidade de tutela. Os critérios definidores devem ser baseados em questões de política criminal e judiciária, sob a égide da Constituição Federal e sobre os limites estabelecidos pelo constituinte.

## 1.2. Funções do bem jurídico-penal

Delimitado o conceito de bem jurídico-penal e a missão do Direito penal que se utiliza deste como forma de eleição de valores a serem tutelados de forma mais enérgica e, tendo em vista a natureza da sanção que de si deriva, na maioria das vezes com a privação da liberdade, ao menos em abstrato, insta delimitar algumas funções exercidas pelo bem jurídico na própria aplicação dogmática do Direito penal.

Dessa forma, o bem jurídico-penal apresenta como primeira função aquela que visa fundamentar o delito ou função fundamentadora. Concebendo-se este como lesão ou perigo concreto de lesão<sup>22</sup> a um bem jurídico tutelado pela norma penal, a função fundamentadora se expressará no sentido de que nem a tipicidade nem a ilicitude do delito, vistos pela teoria analítica do delito como substratos componentes deste, ou injusto penal, surgem metafisicamente. Tais definições estão baseadas na norma, aquilo que está por trás deles e por conseguinte, esta baseia-se naquilo que a deu origem, ou seja, a seleção de um bem existencial, pelo legislador, num processo subjetivo de eleição, carecedor de tutela máxima por parte do Estado.

Outra função importante é a interpretativa pela qual após a determinação do bem jurídico feita pelo tipo legal, locupletando-se de interpretação teleológica, exclui-se do âmbito de incidência dessa norma as condutas que não afetem desvaliosamente o bem jurídico concretamente tutelado<sup>23</sup>. É dizer que se o bem jurídico for violado com permissão do próprio sistema normativo, não há que se falar em ilicitude, haja vista a ausência de ilicitude material,

---

<sup>21</sup> BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. n. 5, ano 2, jan.-mar./1994, p. 10.

<sup>22</sup> Os Funcionalistas, baseados nas lições de Roxin, admitem com prevalência a existência do princípio da ofensividade, lastreando-o à imputação objetiva do resultado, leia-se, uma conduta somente será causadora de um resultado jurídico se puder de forma concreta lesionar ou colocar em perigo concreto determinado bem jurídico. Assim, se determinada conduta causar ínfima lesão ao bem jurídico ou apenas violar também de forma ínfima o objeto material do delito, pode ser descaracterizado a lesão ou perigo concreto de lesão, dado o grau de ofensividade que estas condutas insignificantes tenham para o bem jurídico. Para Jakbos, esse critério não se coaduna com a missão do Direito penal, tendo em vista que esta seria a manutenção da norma e sua vigência, deixando ao largo a doutrina do bem jurídico, por considerá-la insuficiente para justificar os fins objetivados pelo Direito penal.

<sup>23</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Ibid.* p. 237.

v.g. uma intervenção médica cirúrgica que venha a lesionar a integridade física não pode ser vista como violadora deste bem jurídico, pois além de permitida, é estimulada pelo sistema normativo como corolário do direito à saúde.

Como função mais importante a nosso ver, por último, a função de garantia do bem jurídico exerce fundamental importância num Estado Democrático de Direito onde somente pode ser considerada infração penal aquela conduta que lesione ou coloque em perigo concreto de lesão, bem jurídicos tutelados. Diga-se, a um sujeito somente pode lhe ser imputado a prática de uma infração, se com ela, lesionar o bem jurídico protegido pela norma. Assim é que alguns ramos da dogmática penal tem sido contrários aos delitos de perigo abstrato, onde este perigo é valorado abstratamente pelo legislador, podendo ocorrer ou não a violação do bem jurídico, v.g. uma pessoa que está a portar uma arma de fogo de uso permitido, devidamente registrada, porém sem o respectivo porte de arma ou autorização de trânsito, se for flagrada nessa situação e pela leitura do legislador infraconstitucional, estará violando, ainda que abstratamente, o bem segurança pública. Nada mais absurdo. Portanto, a função de garantia, atrelada ao princípio da ofensividade e sob a ótica da Constituição Federal de 1988 repele a existência de delitos que não lesionem ou coloquem em perigo concreto os bem jurídicos tutelados pela norma penal.

## **2. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO PENAL DE BENS JURÍDICOS.**

O legislador dentro do Estado constitucional e democrático de direito está limitado, segundo a nova ótica sobre a teoria do bem jurídico, a uma série de barreiras quando da seleção de uma conduta como violadora de algum bem jurídico. Isto se dá porque de pouco ou nada serviria um sistema de princípios e garantias, notadamente em relação aos direitos humanos fundamentais, se ao legislador fosse franqueada a livre escolha dos bens jurídicos a serem defendidos.

Contudo, os críticos mais severos assinalam que não há como conceber o bem jurídico como vinculante do legislador. Alegam que pela maleabilidade do conceito, “tudo pode ser convertido em bem jurídico e passar a contar com esse tipo de proteção normativa, sem nenhuma preocupação com o caráter fragmentário e subsidiário exigível nesse nível de tutela”.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Ibid. p. 243.

Se assim o fosse, a inexistência de qualquer barreira limitadora daria ensejo à tipificação não apenas de condutas socialmente reprováveis, mas à tipificação de indivíduos socialmente reprováveis, como se deu com o direito penal do autor na Alemanha de Hitler, onde classes de pessoas eram punidas normalmente com pena de morte apenas por pertencerem à determinada classe social ou religiosa. Se aceito daria azo aos que se denomina de perversão do bem jurídico.

É correta a crítica que a expansão em demasia do Direito penal se dá, principalmente, por essa relativa facilidade de eleição dos bens jurídicos. Só que estes críticos se esquecem que o legislador, em clara violação à Constituição Federal muitas das vezes, elegem bem jurídicos sem observar qualquer critério propedêutico. Esse fato deve ser combatido, mas somente logrará êxito se os critérios a serem utilizados na seleção forem bem compreendidos.

A Constituição deve servir, sempre, de vértice para a elaboração e aplicação de normas, como também para a eleição daqueles bens que merecem a chancela estatal. Ao lado desta limitação, fortalecendo a existência e contínua seleção de bens jurídicos, aparecem o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade.

A configuração do Estado é o ponto de partida para que a aludida função do bem jurídico no plano legislativo possa efetuar-se e, por meio dela, se consiga traçar um certo limite ao exercício do poder punitivo estatal. [...] As leis penais não podem amparar com suas normas interesses incompatíveis com os acolhidos pela Constituição. Nem tampouco podem proteger aqueles outros que, sendo constitucionalmente viáveis, recebem tutela bastante por parte dos demais ramos do Direito. [...] Apesar do sentido negativo, os limites indicados não são supérfluos.<sup>25</sup>

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição.<sup>26</sup>

Logo, é pressuposto lógico de todo discurso garantista supor que o legislador, apesar da margem de liberdade (com que conta) no exercício da sua atribuição de selecionar os bens jurídicos, margem essa que deriva da sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática (cf. nesse sentido a importante decisão do Tribunal Constitucional espanhol n. 55/1996),<sup>27</sup> está vinculado à Constituição e aos princípios político-criminais que emanam dela.

O ponto de partida para que se caracterize a Constituição como principal referencial teórico do bem jurídico é a carga axiológica que ela carrega, expressa pelos

---

<sup>25</sup> UBIETO. Octavio de Toledo y. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *ADPCP*. jan.-abr. 1990. p. 8-10.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Ibid. p. 55.

<sup>27</sup> BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Ibid. p. 251.

valores que estão em permanente relacionamento consubstanciados no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

O sistema axiológico subscrito pela norma fundamental do Estado supõe uma verdadeira referência material para qualquer norma integrante do ordenamento jurídico. A construção e a interpretação de todos e de cada um dos componentes normativos do sistema devem ser orientados pela exigência indiscutível de que o conteúdo das referidas normas, incluindo as penais, evidentemente, se ajuste, para que conte com validade material, ao predicado no sistema de valores que, definitivamente, determina o verdadeiro alcance e significado do texto constitucional.<sup>28</sup>

Num dito Estado democrático, está-se sob o regime direto da força normativa da Constituição, tanto para o processo legislativo infraconstitucional, como para a administração dos interesses estatais. A força normativa da Constituição expõe o papel da constituição não sendo este, apenas, a mera expressão da realidade de seu tempo, mas, graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma a realidade social e política. “A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.<sup>29</sup> Nessa esteira, o Estado democrático de direito se torna um novo paradigma protetivo quando assume para si a política integral de proteção dos direitos.

Assim, muito além da proteção negativa que se faz sobre ante aos atos do Estado, estipulando garantias com as de primeira dimensão, hoje deve ser erguida a bandeira da proteção positiva de bens jurídicos, agora por parte do Estado. Tal fato é decorrente da evolução do Estado e da missão assumida pelo Direito.

## **2.1. Do dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**

O Estado, ao positivar os direitos fundamentais de primeira dimensão, especialmente, o fez como razão das arbitrariedades ocorridas durante o Estado Absolutista elevando a categoria de direitos fundamentais as liberdades. Neste processo, o legislador se ocupou de definir alguns bens existenciais como bens jurídicos que eram constantemente atacados pelo Príncipe.

---

<sup>28</sup> PERALTA, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1994. p. 124.

<sup>29</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative kraft der verfassung*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16.

É evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa – berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abriera mão para o fortalecimento do seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.<sup>30</sup>

Assim, vida e liberdade foram colocados como marcos quase absolutos contra as garras estatais, garantindo que somente seriam violados se observados o devido processo legal, leia-se, somente poderia o Estado intervir na esfera individual com o ensejo de punir os indivíduos que violassem tais bens, restando impedido a punição imotivada ou de ordem moral, ética ou espiritual.

Com isso, estabeleceu-se o rol de proteção negativa por parte Estatal, falando-se no nascimento do princípio da proibição do excesso. Portanto, contra o poder Estatal, todas as garantias. Porém, com o tempo não há que se falar apenas em direitos individuais, mas passou-se a agregar os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, também carentes de proteção.

O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator – dos direitos fundamentais. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>31</sup>

Hoje, essa concepção de Direitos fundamentais apenas como protetivos contra o abuso estatal necessitam ser revisitadas em uma análise não apenas das garantias negativas contra o poder do Estado, mas também, contra a agressão proveniente de outros indivíduos. É função do Direito, portanto, a proteção contra atos estatais e contra atos individuais. Cabe falar-se num rol positivo de garantias que visem proteger o indivíduo e a comunidade contra violações perpetradas por outros indivíduos.

Contudo, persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos

---

<sup>30</sup> STRECK, Lenio. O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010. p. 15.

<sup>31</sup> SARLET. Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. n. 12. Ano 2003. p. 104.

coletivos), que compõe majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira.

Há, nitidamente, uma crise que envolve a concepção de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito. Urge, pois, um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional.<sup>32</sup>

Em nossa Constituição, não passou despercebido esse ideal de inclusão de bens jurídicos carecedores de proteção. O constituinte optou em positivizar, como forma de proteção positiva, comandos criminalizantes que foram determinantes para a adoção do ideal de máxima proteção do bem jurídico em franco desacatamento do ideal garantista mínimo. “Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivizar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, *prima facie*, de hediondo”.<sup>33</sup>

O direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os membros dos abusos do indivíduo.<sup>34</sup>

Assim, temos a dupla proteção dos direitos fundamentais. A proteção positiva e a proteção negativa. “Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é o único inimigo”.<sup>35</sup>

## **2.2. Superando antigos paradigmas. Por uma nova visão do dever de proteção estatal.**

Para que se torne possível uma nova releitura de proteção de direitos de forma adequada com base na Constituição, se faz necessário que o modelo clássico de proteção negativa há muito superado, revelava apenas uma posição unilateral do princípio da proporcionalidade, onde se direcionava para a proteção contra os excessos estatais ou o que o Tribunal Constitucional Alemão chama de *Übermassverbot*, ou seja, a proibição do excesso.

---

<sup>32</sup> STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. *Ibid.* p. 76.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio. *Ibid.* p. 13.

Streck afirma<sup>36</sup> que o princípio da proporcionalidade deve ser visto apenas como um modo de explicar que cada interpretação deve ser razoável para evitar interpretações discricionárias e arbitrárias. Visto pela lente do positivismo resulta que os maiores problemas de choque de valores eram colocados para que o juiz resolvesse de forma discricionária. Visto sobre a lente do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo esses mesmos problemas passam a ser encarados pela ponderação principiológica, conforme argumentou Alexy. Essa questão interpretativa é importante no sentido de que se estabeleçam parâmetros ao critério de ponderação quando da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Desta feita, não cabe ampla discricionariedade ao juiz na determinabilidade, quando do julgamento de possíveis violações aos direitos fundamentais ou aos bens jurídicos protegidos. Essa discricionariedade desaparece quando o legislador constituinte elegeu determinados bens como carentes de proteção e determinou a criminalização de condutas que violem esses bens. Disto resulta inequívoca vinculação entre os deveres de proteção de bens jurídicos fundamentais, legitimando a intervenção do Estado quando necessário, para que se restabeleça o equilíbrio da situação.

O Estado, por meio de seus órgãos ou agentes, pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental. Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que - como contraponto a assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).<sup>37</sup>

A própria Constituição revela esta dupla face de proteção de bens jurídicos, quando num Estado Democrático de Direito, visualizados pela proibição do excesso (*Übermassverbot*) e pela proibição da deficiência (*Untermassverbot*). Essa nova divisão paradigmática, nem sempre observada, deveria ter produzido profundas alterações nos critérios utilizados pelo legislador infraconstitucional quando da proteção de bens jurídicos eleitos constitucionalmente ou outros bem eleitos por eles mesmos.

---

<sup>36</sup> Id. Ibid.

<sup>37</sup> SARLET. Ingo. Ibid. p. 107.

A efetiva utilização da *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor:

“O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*). (...)”

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. *Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.* (...)”<sup>38</sup> (grifos no original).

O que tem acontecido, ao assombro da Constituição, mas pelo clamor midiático exercido pela imprensa desinformada, guiada pelo trágico e clamoroso é a hipertrofia do direito penal, maximizando a punibilidade e seleção de bens jurídicos que por vezes não necessitariam se socorrer ao Direito penal para tanto, bastando a utilização de outros ramos do Direito como contenedores de tais violações, até em respeito à fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal.

Assim é que, o legislador constituinte elegeu v.g. o meio ambiente como carecedor de proteção<sup>39</sup>. Tais bens, selecionados pela Lei. 9.605/98 quando violados com a imposição de sanções como pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa não foram suficientemente protegidos, visto que, as penas privativas de liberdade conferidas no preceito secundário, foram incapazes, a nosso ver, de evitar que o meio ambiente expresso em todas suas formas fosse constantemente violado. Explico, as maiores penas são de cinco anos de reclusão, que no máximo, segundo orientação do Código Penal,<sup>40</sup> serão cumpridas em regime semi-aberto, podendo na maioria das vezes haver a substituição destas por restritivas de direito. Isto sinaliza ao agente violador uma baixa proteção, pois é possível que viole o bem, auferindo o lucro que desejar não importando na privação de sua liberdade, bem jurídico tido como mais importante depois do bem, vida. Torna-se, portanto, constante o desrespeito à norma e a conseqüente violação do bem jurídico protegido, até pela visão individualista de bem jurídico, demonstrativo do passado absolutista, o que contrapõe com a visão social e coletiva perseguida pela nova ordem constitucional pós-positivista, tratando-se de uma nova forma de concepção do Direito no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>38</sup> STRECK, Lenio. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “Qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?” Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>. Acesso em: 15 fev. 2010. p 7.

<sup>39</sup> Cf. art. 225

<sup>40</sup> Cf. art. 33, §2º, b.

O legislador infraconstitucional, neste caso, acabou por defender o bem de forma insuficiente, a menos do que era o desejo do legislador constituinte, em clara ocorrência da *Untermassverbot*, estimulando a contrario sensu, a prática ou no mínimo permitindo a ocorrência de crimes ambientais.

Esta nova face do Estado e do Direito decorre também – e fundamentalmente – do fato de que a constituição, na era do Estado Democrático de Direito (e Social) também apresenta uma dupla face, do mesmo modo que os princípios da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ela contém, ensina Ferreira da Cunha, os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estadual – os limites ao exercício do poder em ordem a eliminar o arbítrio e a defender a segurança e a justiça nas relações cidadão-Estado (herança, desenvolvida e aprofundada, da época liberal – da própria origem do constitucionalismo), em especial em relação ao poder penal. Mas, por outro lado, preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade em geral, e tendo em conta que os direitos individuais e os bens sociais para serem efetivamente tutelados, podem não bastar com a mera omissão estadual, *não devendo ser apenas protegidos face a ataques estaduais, mas também em face a ataques de terceiros, ela pressupõe (e impõe) uma atuação estadual no sentido protetor dos valores fundamentais (os valores que ela própria, por essência, consagra)* (grifos no original).<sup>41</sup>

A legislação está recheada de exemplos como esse que refletem a falta de cautela durante o processo legislativo. Se a Constituição elegeu determinados bens como merecedores de adequada proteção realizável através do Direito penal, não é permitido ao legislador infraconstitucional ficar aquém de tal determinação. Tais bens devem ser protegidos de maneira eficaz e suficiente. O problema é que não foram traçados parâmetros exatos em decorrência da grande celeuma que envolve o conceito de bem jurídico. Se houvesse uma definição positivada ou ao menos orientada de forma veemente pela Constituição, seria um facilitador muito grande nesta tarefa de suma importância.

Assim, o legislador deve se orientar pela interpretação dos princípios e regras estabelecidos no próprio texto da Constituição, criando estes um limite ao processo legislativo de escolha e defesa de bens jurídicos. Não fica, portanto, ao alvedrio do legislador a forma como este elegerá os bens passíveis de proteção. Isso se deve ao fato do mandamento constitucional ser em direção à efetiva defesa desses bens.

Outro caso paradigmático, por exemplo, é a proteção conferida ao bem jurídico vida e, de outra sorte, ao bem jurídico patrimônio realizados pelo Código Penal. O artigo 126 prevê que o aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante será apenado com no máximo 4 anos, ao passo que um crime de furto simples, artigo 155, *caput*, também sofrerá a mesma reprimenda. Veja, o problema não é a quantificação da pena, mas a importância dada

---

<sup>41</sup> STRECK. Lenio. Bem jurídico e Constituição. Ibid. p. 17

pelo legislador aos bens jurídicos. Partindo do pressuposto que o Direito penal é a *ultima ratio* somente agindo quando os demais ramos do Direito não forem suficiente, é de se entender que a vida em formação e o patrimônio não podem ser protegidos de outra forma, senão pelo Direito penal. Desta feita, eleitos os bens existenciais e normatizados através do Código Penal, o legislador atribuiu a mesma gradação de importância à vida e ao patrimônio em clara violação do dever de proteção eficiente.

Outro caso, apenas para ilustrar, são os crimes de colarinho branco. Esses delitos se consagram de forma difusa, podendo considerar a existência de bens jurídico-penais de natureza difusa, possuindo penas de baixíssima gravidade, normalmente estando sobre a competência da Lei n. 9099/95, a qual prevê estar sob a sua égide infrações com pena máxima em abstrato até 2 anos. Ora, os bens jurídicos protegidos são de fulcral importância, visto que o desvio, lavagem de dinheiro, o não recolhimento de tributos, os ataques contra o sistema financeiro atingem toda a coletividade, até da mesma forma que os crimes ambientais, e também recebem pouca importância do legislador, à vista das penas atribuídas nestas infrações.

É chegada a hora da obrigatoriedade de observância, por parte do legislador, de prognose legislativa. Isto é, a necessária pesquisa sobre a necessidade de criminalização de novos bens jurídicos, bem como a necessidade de pena e demais sanções cominadas aos já existentes, evitando com isso a hipertrofia de um direito penal formal, que vem tutelando de forma insuficiente bens de fundamental importância e, tutelando em excesso bens que poderiam ser defendidos por outros ramos do ordenamento, cumprindo ao Direito penal, o seu papel de última trincheira de defesa social formal.

Isto significa afirmar que o legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios “alternativos” de punição de crimes ou até mesmo pelo “afrouxamento” da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, *a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis*. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> STRECK, Lenio. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). Ibid. p. 8.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De tudo exposto, insta consignar que a teoria dos bens jurídicos, mesmo diante de todos os debates já apresentados ainda é carecedora de subsídios conformadores de balizas necessárias à determinabilidade de quais bens precisam ser tutelados pelo Direito penal e quais possuem outros mecanismos de defesa.

O bem jurídico vem a partir da eleição feita pelo legislador, de um bem existencial que merece uma proteção da norma, ante ao seu grau de importância para o indivíduo ou coletividade. No momento em que este bem existencial passa a necessitar do Direito penal para que seja protegido, visto que outros ramos do Direito e suas conseqüentes sanções não são suficientes no papel protetivo, nasce o bem jurídico-penal.

O legislador constituinte se utilizou desta normatização para determinar que alguns bens fossem expressamente defendidos de forma adequada pela legislação. Disso resultou, segundo o Tribunal Constitucional Alemão do dever de proteção eficiente. Quando, o legislador infraconstitucional não observa tais mandamentos do texto da Constituição, ocorre a proteção deficiente do bem jurídico ou *Untermassverbot*. Essa teoria, eleita na forma de princípio por aquele Tribunal, determina que o legislador infraconstitucional não tem outra opção senão defender de forma eficaz o bem jurídico eleito.

O que tem ocorrido em nossa legislação é a eleição de bens jurídicos, bem como a estipulação de sanções insuficientes para a proteção destes bens consagrados constitucionalmente e, de outro lado, a proteção excessiva de alguns bens que poderiam ser defendidos com outras sanções ou com sanções moderadas.

Isto se dá, pois, o legislador infraconstitucional, em seu vital papel legislativo, não vem observando qualquer tipo de parâmetro para tais escolhas. Estas são feitas no clamor da mídia e sem qualquer prospecção ou prognose sobre o impacto que terão frente aos problemas enfrentados e se serão suficientes à proteção do bem jurídico. Cabe, assim, ao legislador o estabelecimento de parâmetros mais rígidos de escolha de bens e suas conseqüentes sanções, bem como a revisão da legislação já existente sobe essa nova ótica, sob a ótica de proteção constitucional, sob pena de subversão de todo o sistema normativo de defesa social, restando iníquo os ditames constitucionais de eleição e proteção de bens jurídicos e, principalmente, de direitos humanos fundamentais.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 5, ano 2, jan.-mar./1994
- BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a La Criminología y al Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. *Derecho penal. Parte general*. 6ed. rev. pusta al dia. Valencia: Tirant lo Branch, 2004.
- FERRAJOLI. Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative kraft der verfassung*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PERALTA. Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del estado*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. 1994
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de La teoria del delito*. Madrid: civitas, 1997
- \_\_\_\_\_ *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_ *Problemas fundamentais de direito penal*. 3ª ed. Vegas: Lisboa, 1998.
- SARLET. Ingo. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista de Estudos Criminais*. n. 12. Ano 2003.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- STRECK, Lenio. O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>

\_\_\_\_\_ Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>

\_\_\_\_\_ O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “Qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?”. Disponível em: <[www.leniostreck.com.br](http://www.leniostreck.com.br)>.

UBIETO. Octavio de Toledo y. Función y limites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *ADPCP*. jan.-abr. 1990.