

**OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL:
REGRA CONSTITUTIVA, SOBRE PRODUÇÃO JURÍDICA, COM ASSENTO
IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO (OU REPENSANDO O “PRINCÍPIO” DA
OFENSIVIDADE)**

**OFFENSIVENESS IN CRIMINAL LAW:
CONSTITUTIVE RULE ON LEGAL PRODUCTION, WITH A IMPLICIT BASE IN
THE CONSTITUTION (OR RETHINKING THE "PRINCIPLE" OF
OFFENSIVENESS)**

Raquel Lima Scalcon

Professora Substituta de Direito Penal e Criminologia da UFRGS.
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Graduada em Direito pela UFRGS.

RESUMO: Por meio do presente artigo, pretende-se analisar o tema da *ofensividade* em Direito Penal. Para tal desiderato, inicialmente se propõe uma definição estipulativa do conceito jurídico-penal de ofensa, para, a seguir, perquirir-se acerca do seu fundamento constitucional. Realizado esse exame, busca-se estabelecer a natureza normativa da ofensividade (se *regra* ou *princípio*), de modo a aclarar os efetivos limites da liberdade de configuração do legislador penal quando da criminalização de condutas. A título de conclusão, propõe-se que a ofensividade deve ser compreendida como uma *regra constitutiva, sobre produção jurídica, delimitadora do conteúdo material ou substancial do exercício do poder legiferante penal*, exigindo-se do legislador o respeito ao requisito da necessária ofensa a bens jurídicos quando da elaboração dos tipos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional – Direito Penal – Ofensividade – Natureza Jurídica – Legislador Penal – Criminalização – Liberdade de Configuração – Limites.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing *offensiveness* in Criminal Law. For such purpose, it is initially proposed a stipulative definition of the criminal justice concept of offense, followed by a enquire about its constitutional foundations. Upon completion of such investigation, the establishment of the ruling nature of offensiveness (whether *rule* or *principle*) is aimed, in order to clarify the effective boundaries of the Criminal legislator’s freedom of configuration regarding conduct’s criminalization. Finally, it is proposed that the

offensiveness should be understood as a *constitutive rule, about legal production*, delimiting of the *material or substantial content of the criminal legislating power exercise*, demanding from the legislator concern for the requirement of the necessary offense to legal assets when elaborating types of offense.

KEYWORDS: Constitutional Law – Criminal Law – Offensiveness – Legal Nature – Criminal Legislator – Criminalization - Freedom of Configuration – Boundaries.

INTRODUÇÃO

O presente artigo centra-se na análise da *ofensividade* em Direito Penal. Inicialmente, deve-se ter presente que a noção penal de ofensa é normativa, sendo construída a partir de prévios critérios de valoração. Como é cediço, o estabelecimento desses parâmetros é tarefa tormentosa, com a qual se tem ocupado a doutrina há longo tempo. Não será, portanto, nos estritos limites deste trabalho, que se conseguirá de forma peremptória defini-los. Essa condição não impede, contudo, que se possa de algum modo contribuir para a discussão, desde que sejam dispensadas eventuais exigências de esgotamento da pergunta e de completude da resposta.

Devidamente advertidos, ingressa-se na explanação da questão. Tem-se que o estudo da noção penal de ofensividade demanda um duplo exame: o primeiro, consubstanciado na tentativa de definição estipulativa do seu conteúdo de sentido para o Direito Penal (ou seja, o que afinal se deve entender por ofensa em termos jurídico-penais); o segundo, subdividido em (i) um questionamento acerca do fundamento da ofensividade (se mera questão de Política Criminal, se efetiva exigência de base legal ou, ainda, se efetiva exigência com assento constitucional) e (ii) uma subsequente análise da natureza normativa da ofensividade (se *regra* ou *princípio*), notadamente influenciada pelo resultado do exame antecedente.

A importância dos problemas propostos está em aclarar os efetivos limites da liberdade de configuração do legislador penal quando da criminalização de condutas. Ademais, a ordem da verificação é proposital. Para que seja possível averiguar o fundamento da ofensividade, antes é imperioso compreender o que se busca fundamentar. É somente conhecendo algo que se pode pretender justificá-lo. Sendo assim, adentra-se imediatamente no problema do significado penal da noção de ofensa.

1 PROPOSTA DE DEFINIÇÃO ESTIPULATIVA DO CONCEITO JURÍDICO-

PENAL DE OFENSA

Desde logo, é imprescindível perceber que a ofensividade se estruturara de maneira relacional (tudo o que *ofende*, ofende alguma coisa). Por tal motivo, a sua compreensão demanda uma prévia definição do objeto da ofensa, isto é, do bem jurídico. Inegavelmente, tanto a noção de bem jurídico quanto a de ofensa implicam-se mutuamente, eis que a inconsistência ou a demasiada abertura de uma delas poderá ensejar a perda do conteúdo de garantia¹ de ambas e, portanto, da suas capacidades de contenção do *potestas puniendi*.

Para além disso, o bem jurídico, no ilícito penal, representaria um primeiro momento axiológico². Há a sua afirmação enquanto valor *positivado* pela norma penal. A ofensa teria origem, assim, justamente na tensão oriunda da negação do valor afirmado³. É dizer: do atrito entre afirmação e negação. Ela surgiria, pois, do contraste entre a norma penal que afirma a importância do bem jurídico (que lhe confere *valor*) e um fato da realidade que o nega, cujo conteúdo é, logo, um *desvalor*.

Necessárias, no ponto, duas ressalvas: (i) a negação do bem jurídico enquanto valor pode-se dar de forma objetiva (*desvalor do resultado*), ou subjetiva (*desvalor da ação*), centrando-se, neste caso, na vontade do agente e, naquele, no fato concreto. Todavia, deve-se conferir predomínio ao desvalor do *fato* ou do *resultado* em detrimento do da *ação*, sem, contudo, prescindir deste último, sob pena de se acarretar uma responsabilização penal objetiva⁴. Desse modo, o que se pretende afirmar é apenas que o centro de gravidade do ilícito deve residir na noção penal de *ofensa a bem jurídico*, cuja primazia se justifica em razão da sua maior capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito penal⁵.

A outra ressalva centra-se (ii) na questão da existência de diferentes níveis ou graus nos quais se pode negar (*violar em sentido lato*) um bem jurídico. É certo que não se deve

¹ D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

² D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade, op. cit., p. 76.

³ Idem, ibidem.

⁴ Sobre a noção da *ação* e do *resultado* como os dois “núcleos de valor” indispensáveis para a verificação do ilícito penal, o qual necessariamente co-habitam, ver FARIA COSTA, José Francisco de. *Tentativa e dolo eventual*. Ou da relevância da negação em direito penal. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 14; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. 4.ed. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 76-80. Tradução de: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat e, do mesmo autor, *Disvalor da acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. 2.ed. Traduzido por Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 53-4. Tradução de: Handlung- und Erfolgsunwert im Strafrecht.

⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 85-7 e, do mesmo autor, Teoria do crime e ofensividade, op. cit., p. 73.

conferir a qualidade de uma ofensa em termos jurídico-penais a qualquer atingimento do bem jurídico. Somente uma violação profunda é capaz de configurá-la. Apenas em tal âmbito, portanto, deve ser reconhecido em termos jurídico-penais um conteúdo de desvalor do fato ou do resultado jurídico. É esse exato horizonte que pode dar sentido à noção penal de ofensa a bem jurídico.

Não obstante, o adensamento dessa compreensão, aparentemente tão abstrata, ocorre por via do estabelecimento das *formas* de ofensa, que, conquanto plúrimas, podem ser reunidas em duas grandes modalidades: (i) ofensa de *dano/violação* e (ii) ofensa de *perigo/violação*, subdivida em: (a) *concreto pôr-em-perigo* e (b) *cuidado-de-perigo*⁶. Aquela corresponde a delitos de dano ao bem jurídico; esta, a de perigo ao bem jurídico, cujas subespécies configuram, respectivamente, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Admite-se desde já que um exame prolongado e acurado que a riqueza e a complexidade normativas de tais noções merecem não será possível nos estritos limites deste estudo. No entanto, não há empecilho para, atentando a essa inevitável incompletude, apresentar alguns de seus contornos ou de suas linhas gerais, no intuito de possibilitar ao menos um nível de entendimento minimamente necessário. É o que se passa a realizar.

O conceito de ofensas de *dano/violação* pode ser assim enunciado: são aquelas que ocasionam um dano, um prejuízo ou ainda uma perda concreta de valor do bem jurídico penalmente relevante⁷. Já no que tange às ofensas de *perigo/violação*, necessário inicialmente advertir que elas apresentam autonomia em relação às de *dano/violação*, uma vez que já portam, em si mesmas, um conteúdo de desvalor do resultado⁸. Isso decorre da própria definição, em termos jurídico-penais, que deve ser atribuída à categoria normativa do *perigo*: trata-se da *probabilidade de ocorrência de um evento danoso*.⁹

Por conseguinte, as duas submodalidades de ofensa de *perigo/violação* – *concreto*

⁶ Tal compreensão pode ser verificada em FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. (Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas). 1. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 643-4.

⁷ D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 90-1; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*, op. cit., p. 146; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 1.ed. brasileira; 2.ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, 2007. Tomo I, p. 309; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I. Tradução de: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, p. 336.

⁸ FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 567-79; D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 94-7.

⁹ Conforme Faria Costa, a construção do perigo como a relação entre “a probabilidade de um acontecer” e o seu “carácter danoso” remonta a estudos de Rohland e Binding (FÁRIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 583-4). Ver também D'AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 97.

pôr-em-perigo e *cuidado-de-perigo* – encontram seu elo comum nessa exata noção, compartilhando tal conteúdo de sentido. Todavia, diferem-se na medida em que, enquanto a verificação de um *concreto pôr-em-perigo* exige a submissão efetiva de um bem jurídico a perigo¹⁰, já a constatação de um *cuidado-de-perigo* disso prescinde. Em outras palavras: o perigo concreto significa uma “crise existencial” do bem jurídico¹¹, gerando-lhe uma “comoção de certeza do ser”¹² (*Erschütterung der Daseinsgewissheit*), ao passo que o perigo abstrato não exige sequer que haja um bem jurídico no raio de ação do perigo¹³. A este basta, consoante Fabio D’Avila, uma mera “*possibilidade não-insignificante de dano*”¹⁴. Não haveria, pois, uma aguda *crise* do bem jurídico (*Krise des Rechtsgutes*)¹⁵, mas apenas uma interferência na sua esfera de manifestação¹⁶.

Assim esclarecido, o momento agora é de reflexão acerca do fundamento da ofensividade. Pois bem, caso a constatação de uma ofensa a um bem jurídico na base do ilícito penal seja considerada da ordem do contingente, do opcional, do não necessário ou, ainda, do (in)oportuno, dever-se-á concluir que a ofensividade não passa de um princípio de Política Criminal. E, portanto, poderá ser tão volátil, tão instável e tão efêmera quanto qualquer orientação de cunho *político*.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, op. cit., p. 309.

¹¹ Utilizou-se o termo *crise existencial* uma vez que em severa dúvida a *continuidade existencial* do bem jurídico quando submetido concretamente a um perigo.

¹² BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, 1922, p. 370 *apud* FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 348, nota 127.

¹³ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 111.

¹⁴ Conforme Fabio D’Avila, o acerto teórico dos crimes de perigo abstrato demanda um critério composto (*objetivo-normativo*) consubstanciado em (a) “um juízo *ex ante* de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido” e, a seguir, (b) “um juízo negativo de significação dessa possibilidade, sob o âmbito normativo do tipo” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 172).

¹⁵ A expressão é de Demuth (DEMUTH, Heirich. *Der normative Gefahrbegriff*, 1980, p. 201 ss. *apud* Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 107, nota 60).

¹⁶ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental, op. cit., p. 115. A diferenciação entre os delitos de perigo concreto e os de perigo abstrato elaborada pelo autor ganha muita concretude e clareza a partir do seguinte exemplo que apresenta: “Em uma estrada de duplo sentido, o condutor A resolve fazer uma ultrapassagem imprudente no preciso momento em que possui à sua frente uma curva que lhe retira a visibilidade. Daqui, três situações podem seguir: (1) o condutor A, ao realizar a ultrapassagem, encontra um carro em sentido contrário, com o qual se choca, provocando a morte do condutor B. (2) O condutor A encontra um carro em sentido contrário, com o qual não se choca, em razão de uma manobra defensiva realizada pelo condutor B, que o faz, até mesmo, sair da estrada. (3) O condutor A não encontra nenhum carro em sentido contrário, conseguindo concluir a ultrapassagem. Como se percebe, em uma perspectiva *ex ante*, as três situações são idênticas, diferenciando-se apenas em uma perspectiva *ex post*. O condutor A cria *situações de perigo* que evoluem de forma diferente e que irão caracterizar diferentes formas de ofensividade. No primeiro caso, um dano; no segundo, um perigo concreto; e, no terceiro, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, não há dúvida de que, ao realizar a ultrapassagem, o condutor A cria uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico, retirando-lhe a tranquila expressão [...] mediante uma significativa possibilidade de dano. O que, por certo, não ocorreria se, por alguma razão, como, v.g., na hipótese da estrada estar fechada em sentido contrário, não fosse possível afirmar a referida possibilidade de dano” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e ilícito penal ambiental*, op. cit., p. 116).

A efetiva verificação de uma ofensa a um bem jurídico nos ilícitos penais não seria, segundo essa concepção, uma condição necessária para sua legitimidade. Seria apenas algo que, conquanto pudesse eventualmente ser surpreendido em um determinado ilícito, talvez não o fosse em outro, sem que isso em nada afetasse a sua validade. A ofensividade, portanto, transformar-se-ia quase em uma questão “de gosto” (*matter of taste*)¹⁷.

Todavia, é justamente isso que não se pode admitir. Um ilícito penal, para que seja legítimo, deve necessariamente estar amparado na noção de ofensa a bem jurídico. Logo, a ofensividade deve ser compreendida como exigência – não como contingência. Se essa a proposição aqui defendida, é preciso justificar a sua razão, a partir da indicação do seu correspondente fundamento. Sendo assim, diga-se desde já que a ofensividade, neste estudo, é concebida como uma *imposição de ordem constitucional*. Veja-se agora o porquê.

2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE: DIREITO DE LIBERDADE E POSTULADO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Toda criminalização de uma conduta enseja, necessariamente, uma *correlata restrição ao direito fundamental à liberdade*. Na base dessa assertiva, aparentemente tão singela, há grandes discussões prévias e fundamentais para a compreensão da ofensividade enquanto exigência constitucional. A primeira questão a ser enfrentada é a definição do conceito de restrição. Segundo Canotilho, trata-se de uma “afecção desvantajosa de direitos ou liberdades juridicamente protegidos”¹⁸.

Acerca da sua natureza normativa, despontam duas teorias juspublicistas divergentes: (a) a teoria interna ou dos limites imanentes e (b) a teoria externa ou da intervenção e dos limites. Ao passo que aquela tem por premissas: (a.1) os limites são intrínsecos aos direitos, que não nascem ilimitados e (a.2) o conteúdo definitivo do direito é – desde sempre – o direito “nascido” com limites, já esta sustenta que: (b.1) os direitos fundamentais e suas restrições não se confundem e (b.2) as restrições são sempre desvantagens aplicadas *externamente* aos direitos¹⁹.

¹⁷ A metáfora foi utilizada originalmente por Dworkin para designar uma opinião ou uma compreensão arbitrária (*arbitrary stand*) (DWORKIN, Ronald. Liberty and Moralism. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 258).

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 343.

¹⁹ Idem, p. 349. Para uma diferenciação entre a teoria “externa” e a teoria “interna” dos direitos fundamentais, conferir também BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 20, n. 59, p. 29-56, mai./ago. 2000, p. 31 ss.

Como é perceptível na afirmação que inaugurou o presente exame (*toda criminalização de uma conduta enseja, necessariamente, uma correlata restrição ao direito fundamental à liberdade*), adota-se, neste trabalho, a teoria externa. Contudo, é preciso dizer mais. Sabe-se que as limitações aos direitos podem decorrer de diversos fatos: leis que apresentam outros requisitos para o exercício de direitos fundamentais além dos previstos na Constituição, sentenças judiciais privativas de liberdade, decisão de prisão preventiva, expropriação de propriedade, proibição de manifestação pela autoridade administrativa etc.²⁰

Entretanto, não somente de atos do poder público emanam limitações negativas a direitos fundamentais, tolhendo-lhe a fruição: também sujeitos privados, titulares de direitos fundamentais, podem limitar e ter seus direitos limitados, mutuamente, por outros sujeitos de igual hierarquia, também titulares de tais direitos (trata-se das restrições causadas por privados – *Privateingriff* ou mesmo *Eingriff Privater*²¹). Por essa razão, Canotilho defendeu um conceito bastante amplo de restrição, o qual denominou de “Intervenções Restritivas”, assim qualificáveis: “[...] os actos, actividades ou comportamentos (públicos ou privados) que produzem uma redução ou encurtamento do âmbito de protecção de um direito”²².

Para que seu argumento fosse mais bem compreendido, o autor apresentou a seguinte distinção: uma coisa seria o “âmbito de proteção de bens jurídicos por um direito fundamental”, ou o dito “âmbito normativo”; outra, o “âmbito de garantia efetiva”²³. No “âmbito normativo” do direito fundamental existiria um bem constitucionalmente protegido, cuja tutela, dentro de certas condições, seria *incapaz* de impedir a imposição de medidas desvantajosas provenientes de sujeitos de direito públicos ou privados, sem que essas ingerências fossem tidas por ilícitas ou indevidas²⁴.

Portanto, nessa hipótese os efeitos da proteção seriam *prima facie*, eis que dependentes das características da norma que os dispõem (se regra ou princípio, se com autorizações expressas de hipóteses de restrição etc.), bem como das peculiaridades do caso concreto (por exemplo, quando a desvantagem se origina de uma decisão judicial). Por sua

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4.ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Coedição), 2007, 1.v., p. 388.

²¹ Sobre a questão da eficácia “externa” dos direitos fundamentais, isto é, da eficácia perante privados ou terceiros (*Drittwirkung*), conferir CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Reimpr. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, *passim* e UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309 ss.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, op. cit., p. 346.

²³ Idem, ibidem.

²⁴ Idem, p. 346/347.

vez, qualquer intervenção no “âmbito de garantia efetiva”, *independentemente da finalidade*, seria de todo – e insuperavelmente – indevida e ilícita²⁵.

Como exemplo, o constitucionalista português faz referência ao famoso caso “*Strauß-Karikatur*” ou “*Kopullierendes Schwein*”. Tratava-se de um artista caricaturista que desenhou a figura de um porco a copular, o qual era de plano identificável com o, à época, presidente do governo da Baviera, Franz-Joseph Strauß²⁶. Analisando-o com base na distinção apresentada nos parágrafos antecedentes deste estudo, Canotilho sustentou que uma coisa é “o âmbito de protecção do ‘direito à caricatura’ como forma de expressão da liberdade artística e da liberdade de expressão, e, outra coisa, é o âmbito efectivamente garantido por esses direitos *àquela* forma de expressão”²⁷.

Desse modo, aplicou, o autor, as premissas da teoria externa, equiparando o *âmbito de garantia efetivo* ao limite mínimo de protecção *definitiva* depois de estabelecidas as restrições. Assim, embora em uma análise rápida a ação do caricaturista estivesse no âmbito de protecção do direito à liberdade de expressão, concluiu-se que, no caso concreto, não estava ela efetivamente garantida, necessitando ser limitada, para que, em colisão com o direito à imagem e ao nome do então Presidente ironizado, não os restringisse de forma inaceitável, a ponto de atingir seu âmbito de garantia efetiva.²⁸

Entretanto, a maior dificuldade, frise-se, não é aceitar que existem, em certos casos e com base em determinados critérios, restrições a direitos fundamentais, mas sim estabelecê-los e encontrar uma maneira de controlá-los intersubjetivamente. Há, é verdade, vezes em que a própria Constituição determina um limite ao direito fundamental, cabendo à lei apenas o aclarar²⁹: nessa hipótese, já teria ela mesma definido o âmbito de protecção efetivo do qual mencionava Canotilho (é o que se verifica no inciso LXIV do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988).

Pode, ainda, a Constituição remeter à lei ordinária tão somente a delimitação de um aspecto específico de determinado direito fundamental³⁰, como, por exemplo, no inciso LXI do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, hipótese na qual teria a lei fundamental definido, quase integralmente, o âmbito de protecção efetiva, ou, em outras palavras, o direito fundamental em definitivo. Por fim, e estes são os casos mais recorrentes, a Constituição pode

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 347.

²⁶ *Idem*, p. 342.

²⁷ *Idem*, p. 347.

²⁸ *Idem*, *ibidem*.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 389.

³⁰ *Idem*, *ibidem*.

remeter à lei toda a delimitação geral do âmbito do direito³¹, como ocorre com o direito fundamental à liberdade, expressamente presente no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Em última análise, a importância do estudo das restrições a direitos fundamentais decorre da sua imprescindibilidade para a compreensão do fundamento constitucional da *ofensividade*. Conforme já referido, toda criminalização de uma conduta corresponde a uma restrição ao direito fundamental à liberdade. Todavia, não se trata de uma qualquer restrição, mas indubitavelmente da mais intensa possível em um Estado Democrático e Social de Direito. Em se tratando da hipótese da mais profunda limitação ao mencionado direito, é preciso verificar sob quais fundamentos e critérios essa intervenção é constitucionalmente válida, isto é, não atinge o seu “âmbito de garantia efetiva”.

Consoante Canotilho, quando tal âmbito sofre uma violação, o ato restritivo (uma lei, por exemplo), *independentemente da sua finalidade*, torna-se de plano materialmente inválido, ou seja, inconstitucional³². Se o “âmbito de garantia efetiva” apresenta tamanha importância, natural que se questione, imediatamente, qual seria o seu significado. No presente estudo, entende-se que tal expressão corresponde justamente ao “núcleo essencial do direito fundamental”, cuja proteção se realiza a partir do postulado aplicativo normativo da *proibição do excesso*³³.

Tal postulado veda que restrições atinjam o núcleo essencial de um determinado direito fundamental, retirando-lhe uma mínima eficácia³⁴. Adverte-se que não se trata de uma aplicação do postulado da proporcionalidade³⁵, pois não está sob análise uma relação concreta entre meios e fins. O juízo de proibição de excesso – diverso e independente do de proporcionalidade³⁶ – verifica apenas a intensidade da restrição de um direito fundamental, impondo a ela um limite intransponível, *independentemente* de eventuais finalidades agregadas à intervenção restritiva.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*, op. cit., p. 389.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado*, op. cit., p. 347.

³³ Importante referir que se compartilha do entendimento de Humberto Ávila, para quem a *proibição do excesso* não pertence ao grupo das normas-princípio, senão ao dos postulados aplicativos normativos, os quais se caracterizam, nas palavras do autor, por serem “normas imediatamente metódicas que instituem critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122).

³⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 146.

³⁵ Entende-se que também a proporcionalidade deve ser considerada um postulado aplicativo normativo.

³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 149.

Em outras palavras, enquanto a proporcionalidade proíbe uma desproporção na restrição de um direito fundamental em nome de um objetivo cujo alcance é pretendido, a proibição de excesso veda que essa restrição seja de tal monta que acabe por retirar todo o conteúdo útil do direito fundamental. Ela afirma ao legislador a existência de um âmbito irrenunciável e intransponível presente em todo direito fundamental, o qual não pode ser violado *por razão alguma*. Um campo que não está sujeito a negociações, que não assimila ponderações. Em síntese: um âmbito *intransigível*. Por ostentar a condição de direito fundamental, também o direito à liberdade possui essa esfera intocável. Também ele, portanto, está protegido de restrições nadificadoras pelo postulado da proibição de excesso.

Nesse contexto, a ofensividade volta à cena, exercendo um papel imprescindível para a legitimação de um ato legislativo criminalizatório. Isso porque ela representa a densificação e a transposição, para o campo jurídico-penal, da inviolabilidade do núcleo essencial ou do âmbito de garantia efetiva (*proibição de excesso*) do direito fundamental à liberdade. Dito de outro modo, criminalizações de condutas inofensivas aos respectivos bens jurídicos supostamente protegidos pelas normas penais, além de significarem uma contradição performativa³⁷, ensejam o atingimento do “âmbito de garantia efetiva” (núcleo essencial) do direito fundamental à liberdade, o que é vedado pela proibição de excesso.

Isto porque, em nome da proteção de bens jurídicos, estar-se-ia a limitar a fruição do direito de liberdade pelo meio mais intenso de que dispõe o Estado (o Direito Penal), sem que o seu exercício, contudo, chegasse a ofender tais bens jurídicos. O direito de liberdade estaria nadificado, na medida em que mesmo um inofensivo agir seria passível de criminalização, sob o perigoso argumento da promoção de outros relevantes fins colidentes com o espectro de liberdade dos sujeitos, o qual poderia, por tal razão, sofrer *ilimitadas reduções* – até, portanto, o seu quase “desaparecimento”.

Por conseguinte, a ausência de ofensa surpreendida em determinado ilícito penal torna-o materialmente inconstitucional, por violação imediata ao núcleo essencial do direito fundamental à liberdade³⁸. Daí ser a ofensividade uma exigência constitucional³⁹, decorrente

³⁷ Conforme Faria Costa, o argumento de que “precisamente em nome da proteção de bens jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos” é notoriamente falacioso e metodologicamente equivocado (FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, op. cit., p. 621, nota 130).

³⁸ Compreensão semelhante à deste estudo, embora pontualmente diversa, pode ser verificada em FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46 e em D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 70-3 e, do mesmo autor, Teoria do crime e ofensividade, op. cit., p. 69-71.

³⁹ Assim também para DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Traduzido por José Francisco de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-98, abr./jun. 1994, p. 151-2; FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*, op. cit., p. 44 e para

da proibição de excessiva restrição (proibição de excesso) do direito fundamental à liberdade, expressamente previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 NATUREZA NORMATIVA DA OFENSIVIDADE: REGRA *CONSTITUTIVA* LIMITADORA DO CONTEÚDO DAS NORMAS PRODUZIDAS PELO LEGISLADOR

A fim de que se possa definir qual deve ser a natureza jurídica da ofensividade (se *regra* ou se *princípio*), é previamente necessário questionar o que se entende por *regra* e o que se entende por *princípio* nos limites deste estudo. Sendo assim, a tais termos será conferido o conteúdo de sentido proposto por Humberto Ávila, para quem:

As regras são normas **imediatamente descritivas**, primariamente **retrospectivas** e com **pretensão de decidibilidade e abrangência**, para cuja aplicação se exige a **avaliação** da correspondência, sempre **centrada** na **finalidade** que lhes dá suporte ou nos **princípios** que lhes são **axiologicamente sobrejacentes**, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas **imediatamente finalísticas**, primariamente **prospectivas** e com **pretensão de complementaridade e de parcialidade**, para cuja aplicação se demanda uma **avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido** e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁴⁰ [destacado]

Logo, uma análise séria e responsável na busca da compreensão das regras e dos princípios claramente aponta para uma série de diferenças importantes entre ambos. Sendo assim, as características definidoras de tais espécies normativas serão aqui analisadas sob os mesmos enfoques que Humberto Ávila, autor da distinção supratranscrita, apresenta: (a) natureza do comportamento descrito; (b) justificativa que exigem para sua aplicação e (c) capacidade de contribuição para a decisão⁴¹.

Quanto ao primeiro critério de distinção, defende-se que as regras são normas “imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a *descrição* da conduta a ser adotada”⁴² ou ainda mediante a definição da

D’AVILA. Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 70 ss. e, do mesmo autor, *Teoria do crime e ofensividade*, op. cit., p. 69.

⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 78-9.

⁴¹ Idem, p. 71.

⁴² Idem, ibidem.

parcela de poder exercida⁴³; os princípios, “normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”⁴⁴. Como se observa, enquanto nas regras predomina a característica *descritiva*, de previsão, razoavelmente não equívoca, de um comportamento a ser tomado, nos princípios prevalece a *finalidade*, ou ainda a determinação da busca e concretização de um fim/estado ideal de coisas relevante para o ordenamento jurídico, especialmente para o Estado.

Ademais, conforme preconiza o referido constitucionalista, os princípios seriam *deônticos e teleológicos*: aquele, porque apresentariam razões para a existência de obrigações, mandados e permissões; este, porque tais obrigações, mandados e permissões seriam consequência de efeitos decorrentes de um comportamento (um meio) que promove o fim que é conteúdo do princípio.⁴⁵ São, conforme a expressão de Aarnio, normas-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*)⁴⁶. Já as regras seriam deônticas e deontológicas, uma vez que as razões que apresentam para a existência de obrigações, proibições e permissões decorrem imediatamente de uma norma que indica *o que fazer* (*ought-to-do-norms*).⁴⁷

Em síntese, as regras exigem do intérprete, como dever fundamental, o respeito estrito ao seu comando e, como dever secundário, a compatibilidade da sua aplicação, no caso concreto, com a finalidade subjacente e os princípios subjacentes. Já os princípios apresentam como dever fundamental, a promoção de um fim e, como dever secundário, a realização de uma conduta necessária – ou seja, aquela cujos efeitos contribuam para a promoção do estado ideal de coisas (*state of affairs*).

No que tange ao segundo critério de distinção, qual seja, o da justificativa que as espécies normativas exigem para a sua aplicação, as regras demandariam a “correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte”⁴⁸, ao passo que os princípios exigiriam “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos da conduta havida como necessária”⁴⁹. Portanto, para que um aplicador justifique e legitime a incidência de determinada regra no caso

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-matriz *versus* princípio. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário*. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 69.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 71.

⁴⁵ Idem, p. 72.

⁴⁶ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 183. Utilizou-se a sugestão de tradução apresentada por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 72).

⁴⁷ AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*, op. cit., p. 181. Utilizou-se a sugestão de tradução apresentada por Ávila (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 72).

⁴⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 73.

⁴⁹ Idem, p. 74-5.

concreto, terá de argumentar no sentido de que houve a correspondência daqueles fatos à hipótese normativa *e também* à finalidade que dá suporte à regra (porque, reitere-se, as regras também se relacionam com finalidades, ainda que de forma *mediata*). Contudo, diversamente dos princípios, nas regras “a previsão sobre um estado futuro de coisas é imediatamente irrelevante”⁵⁰.

No que pertine à justificativa demandada para a aplicação de princípios, concorda-se com Humberto Ávila, para quem, nessa espécie normativa, a determinação da promoção de uma finalidade toma o lugar da descrição de uma conduta (característica das regras). Por tal razão, a legitimidade da incidência do princípio depende da “*correlação*” (não da correspondência, típica do juízo de subsunção de regras) entre o fim/estado de coisas almejado e os efeitos da utilização do meio tido como necessário à sua promoção. Trata-se, em síntese, de um exame de meios e fins.

Quanto ao último critério de distinção a ser examinado, o do grau de contribuição para a decisão, as regras, conforme Ávila, consistiriam em “normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que [...] têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”⁵¹. Apresentam, pois, “pretensão terminativa”⁵², já que determinam, em definitivo, a resolução do problema jurídico. Ao ponderar previamente todos os aspectos relevantes do conflito – todas as outras razões incidentes –, o conteúdo da regra torna-se capaz de afastar a necessidade do aplicador realizar todo esse processo de tomada de decisão, porquanto a solução já está predeterminada na regra.

Por sua vez, os princípios consistiriam em normas “primariamente complementares e preliminarmente parciais”⁵³. Uma vez que abrangem apenas em parte os aspectos relevantes para a tomada de decisão, “não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão”⁵⁴. Portanto, justamente por determinarem finalidades ou estados de coisas (*state of affairs*) a serem promovidos, apresentam razões jurídicas para que a solução da controvérsia seja em um determinado sentido. Contudo, tais razões devem ser complementadas por outras, as quais possuem determinações, por vezes, em sentido oposto àquelas, de tal forma que será a partir de uma análise desse conjunto, pelo intérprete, que enfim se chegará à decisão jurídica *para o caso concreto*.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 73.

⁵¹ Idem, p. 76.

⁵² Idem, p. 77.

⁵³ Idem, p. 76.

⁵⁴ Idem, ibidem.

Pelo exposto, conclui-se, claramente, que a *ofensividade deve ostentar a natureza normativa de uma regra*. A exigência de ofensa não pode ser compreendida como um princípio, uma vez que: (a) não tem por pretensão a promoção de um estado ideal de coisa; (b) não apresenta capacidade de submissão à ponderação; (c) não pode ser prescindida nem flexibilizada, seja pelo legislador, em abstrato, seja pelo aplicador ou intérprete, em concreto; (d) não é teleológica, mas deontológica; (e) não tem por função promover uma finalidade, mas sim fixar um dever, uma obrigação, que persiste mesmo frente a fins que lhe são contrapostos e (f) representa uma “pretensão terminativa”, apontando ao legislador um exato requisito de validade da criminalização.

Faz-se aqui uma importante ressalva no sentido de que, quando se afirmou a inafastabilidade da exigência de ofensa a bem jurídico, não se estava inviabilizando um exame sobre se a conduta realizada, embora formalmente típica, teria de fato ofendido ao bem jurídico objeto da norma penal. Muito ao contrário. É somente pela exigência de ofensividade dirigida ao legislador e ao aplicador, enquanto requisito de validade da criminalização, que um tal questionamento se justifica. Isso porque perderia todo e qualquer sentido perguntar sobre a efetiva ofensa gerada por uma conduta em um contexto de legitimidade de criminalizações de fatos inofensivos a bens jurídicos, na medida em que a sua eventual ausência não geraria efeito algum, pois também válidos tipos penais despidos de ofensa. Logo, a exigência de ofensividade em nada impede um perquirir sobre a concreta e efetiva ofensa causada ao bem jurídico pela conduta do agente, sendo, em realidade, *condição de possibilidade* desse questionar.

Ademais, não se pode confundir o fato de existirem diferentes formas de ofensa (de *dano/violação* ou de *perigo/violação*) com a possibilidade legítima de dispensa, de restrição, de ponderação ou de superação, no caso concreto, da sua exigência, o que aproximaria a ofensividade da noção de princípio antes trabalhada. Contudo, a questão é: ou a ofensa é concretamente passível de constatação pelo intérprete, e o ilícito legitima-se, ou não o é de modo algum e este se torna materialmente inconstitucional⁵⁵. Por conseguinte, a lógica que perpassa a ofensividade é propriamente a de uma regra, cuja aplicação dá-se sob a forma de um tudo ou nada (*all-or-nothing*⁵⁶).

⁵⁵ Nesse contexto, consoante observa Fabio D’Avila, “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” (D’AVILA. Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade, op. cit., p. 75).

⁵⁶ DWORKIN, Ronald M. Is Law a System of Rules? In: _____ (Ed.). *The Philosophy of Law*. Nova Iorque:

A ofensividade, portanto, deve ter natureza jurídica de *regra*⁵⁷. Trata-se, especificamente, de uma regra *constitutiva, sobre produção jurídica, que delimita o conteúdo material ou substancial de normas penais elaboradas pelo legislador*. Explica-se. As regras podem ser de dois tipos: de comportamento ou constitutivas. Enquanto as regras *comportamentais* qualificam comportamentos como obrigatórios (mandados), proibidos (proibições) ou permitidos (permissões)⁵⁸, já as regras *constitutivas* conferem efeitos jurídicos a certos atos, fatos ou situações⁵⁹, ou estabelecem condições para a validade jurídica de algo⁶⁰.

Todavia, há diversas subespécies de regras constitutivas, dentre as quais se destacam as ditas “regras sobre produção jurídica”, qualificadas como aquelas que disciplinam requisitos de validade para o exercício do poder de legislar⁶¹. Também tal modalidade de regra pode ser classificada em ao menos quatro segmentos: (a) regras que atribuem competência⁶²; (b) regras que regulam o procedimento para o exercício da competência⁶³; (c) regras que reservam competências legislativas⁶⁴ e, a que mais interessa a este estudo, (d) regras que *delimitam o conteúdo material da regulação futura, isto é, que ordenam ou proíbem o legislador de editar normas com um determinado conteúdo*⁶⁵. Por exemplo, dispositivos constitucionais que vedam a criação de leis discriminatórias⁶⁶ ou de leis penais com efeitos retroativos⁶⁷.

CONCLUSÃO

Oxford University Press, 1977, p. 45 e, do mesmo autor, *The Model of Rules I*. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24.

⁵⁷ Assim também sustenta Fabio D’Avila, referindo ser possível afirmar com clareza “a existência da necessária ofensa como regra constitucional e, por sua vez, a obediência aos caracteres normativos das regras, entre eles a lógica relacional antinômica que estabelece, a partir da validade do preceito, a sua obrigatória aplicação” (D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, op. cit., p. 73).

⁵⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 81.

⁵⁹ Idem, *ibidem*.

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____. *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 99.

⁶¹ GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 308 ss.

⁶² GUASTINI, Riccardo. La invalidez. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 324-6; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 81.

⁶³ GUASTINI, Riccardo. La invalidez. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 326-7; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 81.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. La invalidez. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 328-9; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 81-2.

⁶⁵ GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 310 e, do mesmo autor, La invalidez. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 330-1.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*, op. cit., p. 82.

⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____. *Distinguiendo*, op. cit., p. 310.

Considerando o exposto, defende-se que a ofensividade *deve ser* compreendida como: (1º) uma *regra*; (2º) *constitutiva*; (3º) *sobre produção jurídica* e (4º) *delimitadora do conteúdo material ou substancial do exercício do poder legiferante penal*, na medida em que *veda* a elaboração de tipos penais desprovidos de ofensa ao bem jurídico objeto da norma, ou, o que é o mesmo, *exige* do legislador o respeito ao requisito da necessária ofensa quando da criminalização de condutas. Nesse contexto, surge um correlato dever do aplicador/intérprete de verificar a sua efetiva ocorrência quando do exame do caso concreto, pois inexistente o crime caso ausente a ofensa⁶⁸. Por fim, em razão de a ofensividade se tratar, como já afirmado, de uma regra implícita com *assento constitucional*, o seu descumprimento enseja a invalidade (inconstitucionalidade) material da norma subjacente produzida em desacordo com suas determinações.

BILBIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Reason and Authority*. A treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics. Aldershot: Ashgate, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Regra-matriz *versus* princípio. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário*. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, v. 20, n. 59, p. 29-56, mai./ago. 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Reimpr. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____; MOREIRA, Vital Martins. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4.ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Coedição), 2007, 1.v.

⁶⁸ Ver PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Traduzido por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFe, 1989. Tradução de: Valori Costituzionali e Diritto Penale; DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*, op. cit., p. 153.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: _____. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Traduzido por José Francisco de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-98, abr./jun. 1994.

DWORKIN, Ronald M. Is Law a System of Rules? In: _____ (Ed.). *The Philosophy of Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1977.

_____. Liberty and Moralism. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. The Model of Rules I. In: _____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Tentativa e dolo eventual*. Ou da relevância da negação em direito penal. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. *O perigo em direito penal*. (Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas). 1. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. 1.ed. brasileira; 2.ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e RT, Tomo I, 2007.

GUASTINI, Riccardo. Norma: una noción controvertida. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. Acerca de las normas sobre producción jurídica. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. La invalidez. In: _____ *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del *derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Traduzido por José Francisco de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*. Coimbra, ano 4, fasc. 2, p. 151-98, abr./jun. 1994.

MOREIRA, Vital Martins; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República*

Portuguesa anotada. 4.ed. portuguesa. 1. ed. brasileira. 1 v. São Paulo: RT e Coimbra (Coedição), 2007, 1.v.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Traduzido por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFe, 1989. Tradução de: Valori Costituzionali e Diritto Penale.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Traduzido por Diego-Manuel Peña; Miguel Diaz Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2008, tomo I. Tradução de: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General I. El hecho punible. 4.ed. Traduzido por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. Tradução de: Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat.

_____. *Disvalor da acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. 2.ed. Traduzido por Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. Tradução de: Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.