
A CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE PENAL VINTE ANOS DEPOIS

*Fabiano Augusto Martins Silveira**

1. Considerações iniciais

Ao propormos discutir as conexões entre o *princípio da ofensividade penal* e a *Constituição brasileira de 1988*, a primeira dúvida, legítima, que poderia surgir diz respeito à própria atualidade do tema.

Bem ou mal, mencionado princípio já está consolidado na literatura especializada e, transcorridos vinte anos desde a promulgação da Constituição em vigor, a aproximação entre os dois eixos perdeu (ou teria perdido) aquele frescor de que necessitam as pesquisas jurídicas. Não seria tarde, pois, para investir num tema discutido há mais de trinta anos na doutrina italiana – onde nasce, com Franco Bricola, o enfoque constitucionalista do modelo de *ilícito penal* – e cujos ecos foram sentidos pelos autores brasileiros logo no início dos anos 90, portanto há quase vinte anos?

Em sentido oposto, rebateríamos dizendo que o momento, em que se comemora o vigésimo aniversário da Constituição brasileira, talvez seja o mais propício para revisitar o princípio da ofensividade, que vem obtendo surpreendente inserção nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), porém de modo seletivo e com vestes teóricas ligeiramente distintas da matriz italiana.

Nesse novo *tour*, teremos de estabelecer, inicialmente, um acordo mínimo sobre a locução “ofensividade penal”. A despeito dos limites desta sede, não nos parece má ideia contemplar as bases teóricas do aludido princípio, mesmo que rapidamente. Além de permitir uma primeira aproximação com o problema, teremos em mãos um roteiro para a leitura do material encontrado na jurisprudência do STF.

Num segundo momento, tratamos da projeção textual do princípio da ofensividade na Constituição brasileira de 1988. Resgatamos a sua exegese tradicional e também acenamos

* **FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA** é Doutor em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Consultor Legislativo do Senado Federal para as áreas de Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário.

para outras possibilidades interpretativas, especialmente em face da dicção do art. 5º, XLI, para mostrar que o problema da fundamentação constitucional continua aberto e atual.

Em seguida, tentamos retrair, à custa de muita simplificação, o acolhimento da teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal pela doutrina brasileira, que vive ainda, falando pela maioria, um período de núpcias com o modelo constitucionalista do ilícito penal.

Finalmente, mergulhamos nas decisões do STF em matéria de ofensividade penal, sobretudo para problematizar, dos pontos de vista teórico e político, o significado do chamado *princípio da insignificância*.

2. Lineamentos teóricos do princípio da ofensividade penal

Distinguimos, preliminarmente, as duas dimensões do princípio da ofensividade: uma que remete ao problema da “relevância do bem jurídico tutelado”, outra que alude à “relevância do ataque” ao referido bem. Cada uma delas apresenta questões de diversa ordem, sem que se possa negar-lhes uma profunda inter-relação.

No que diz respeito à relevância do bem jurídico-penal, o significado essencial do princípio da ofensividade pode ser traduzido da seguinte forma: nem todos os bens valorados pelo Direito são dignos de proteção penal. Uns merecem, outros não. Problema diverso é saber quais são os critérios de relevância. O pressuposto, porém, é sempre que o direito penal possui caráter fragmentário, descontínuo. Não está a serviço de bens jurídicos carentes de uma certa expressão. Portanto, estamos no campo do *merecimento de pena*, ou seja, no difícil e tormentoso desafio de selecionar os objetos legítimos da tutela penal. Com efeito, a ofensividade penal surge como genuíno enunciado de política criminal, vale dizer, como princípio político conformador da matéria penal¹.

A Constituição não tardaria a influenciar a concepção do crime como ofensa a um bem jurídico relevante. A doutrina alemã, notadamente no final da década de 50 e ao longo dos anos 60, fez reconhecidas tentativas no sentido de trazer o problema do bem jurídico ao nível constitucional, sendo frequentemente citados os estudos de H. Joachim Rudolphi, H. Meyer e W. Sax². Na doutrina italiana, houve autores, também no curso dos anos 60, que estiveram perto de cruzar definitivamente a ponte entre o código penal e a Constituição, entre eles Pietro Nuvolone, Neppi Modona e M. Gallo³.

¹ “[O] princípio de ofensividade, dito em extrema síntese, tem o dever de selecionar os objetos destinados a se tornarem conteúdos das normas penais”. (PALAZZO, 1998, p. 352).

² Sobre o ponto, cf. Fiandaca (1982, p. 45-49) e Manes (2003, p. 151, nota 10).

³ Cf. Ramacci (2005, p. 38-39); Ferrajoli (2002, p. 477 e 523, nota 53).

No entanto, deve-se a Franco Bricola a reflexão que colocaria o princípio da ofensividade no seu devido patamar constitucional. Referimo-nos à sua *Teoria generale del reato*, de 1973, que assentou as bases da teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal⁴. “Não há dúvida – afirmou Bricola – de que a Constituição atribui um valor todo preeminente à liberdade pessoal (...). a lei que pode introduzir um limite a um direito ou a uma liberdade constitucionalmente garantida deve, por sua vez, sempre ser orientada à tutela de um valor constitucional” (BRICOLA, 1997, p. 565-566). Para o autor, a “relevância constitucional de um bem não significa simplesmente *não-contrariedade* do bem em relação à Constituição, mas sim a assunção do mesmo entre os valores explícita ou implicitamente garantidos pela Carta Constitucional” (BRICOLA, 1997, p. 568). Foi assim que a bússola dos valores constitucionais passou a nortear a ideia de *ofensividade* no direito penal. O critério de relevância seria, portanto, a recepção de um determinado bem jurídico no interior da Constituição. No caso italiano, por exemplo, sucederam-se interessantes debates sobre a legitimidade do “meio ambiente” e da “fé pública” como bens jurídico-penais, dada a omissão deles no texto constitucional peninsular de 1948. Nesse mesmo sentido, entre nós, seria discutível a previsão dos “Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira” (Capítulo II-A do Título XI da Parte Especial do Código Penal brasileiro), por falta de apoio na Constituição de 1988, a não ser que se considere, com muito boa vontade e largueza, que o objeto tutelado coincida com as *relações internacionais*. Pelo mesmo motivo, os *crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos* deveriam ser descriminalizados, na opinião de Sheila Jorge Selim de Sales (2005, p. 124).

Sem embargo, mais do que averiguar a existência de vínculos explícitos ou implícitos de determinado bem jurídico com a Carta Política, é preciso saber se a tutela de tal bem está de acordo com seu perfil constitucional⁵. Para nos atermos a um único exemplo, duvidoso que o crime de *curandeirismo*, como descrito no art. 284 do Código Penal brasileiro, concorra, de fato, para a proteção da saúde, definida como direito social nos arts. 6º, *caput*, e 196 da Constituição de 1988. Ora, sendo “direito de todos”, como criminalizar práticas de cura profundamente ligadas à tradição e com respaldo popular no meio local? Por que não são

⁴ Publicada no *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1973, v. XIV, p. 7-93. Servimo-nos do texto republicado em 1997 nos *Scritti di diritto penale*, v. I, t. I, p. 539-809. Sobre o papel decisivo de Bricola no estabelecer a estreita relação entre tutela penal e Constituição, cf. Fiandaca (1982, p. 49-53); Pulitannò (1983, p. 487, nota 9; 1998, p. 289); Dolcini (1995, p. 212-214); Donini (1997, p. 343-344 e 372; 2004a, p. 66); Vassali (1997, p. 840-841); Manes (2003, p. 148).

⁵ Bricola insiste que “o legislador tem um preciso dever de tutelar penalmente o valor na sua exata dimensão constitucional” (1997, p. 569).

experiências reconduzíveis à racionalidade de tipo científico nem à imagem institucional dos modernos serviços de saúde?

Não é o caso, porém, de relatarmos aqui os ulteriores desenvolvimentos da teoria ou o seu potencial de polêmicas. O que nos parece digno de nota é que a ideia básica em jogo – isto é, de que a ilicitude penal deve corresponder a uma lesão ou exposição a perigo de um bem de natureza constitucional, e tão-só constitucional – depende de uma sólida construção argumentativa. Dito de outro modo, a ofensividade não possui *status* de princípio de direito constitucional positivo. Isso levou, em 1997, a *Commissione Bicamerale* a propor uma emenda à Constituição italiana para prever expressamente que “as normas penais tutelam bens de relevância constitucional / Não é punível quem cometeu um fato previsto como crime quando ele não tenha determinado uma concreta ofensividade”⁶. Disso resulta que, pelo menos no tocante ao problema do merecimento de pena, o princípio da ofensividade não encontra facilidades para produzir sentenças de inconstitucionalidade por suposta inanição do bem jurídico. Ressente-se, pois, daquela característica ambicionada por qualquer princípio jurídico, qual seja, a capacidade de se transformar em decisão judicial, capacidade essa que os italianos chamam de *giustiziabilità*⁷.

A nosso ver, tal ocorre não só pelo fato de lhe escapar um traço escrito bem acabado⁸, mas também porque se coloca em potencial rota de colisão com o princípio da democracia representativa, arriscando violar a regra da separação dos poderes. É que a intervenção das Cortes judiciais, numa perspectiva tão abertamente orientada a valores, poderia ser interpretada como usurpação da atividade legislativa. Não é outro o receio de Francesco Palazzo: “quanto mais o princípio se apresenta *rígido* e definido nos seus conteúdos, tanto mais estreito resultará o vínculo para o legislador, mas, também, igualmente certo e claro o limite à intervenção demolitória da Corte Constitucional; ao contrário, quanto mais elástico é o conteúdo do princípio, tanto mais numerosas e agudas serão as ocasiões de possível ‘contencioso’ entre legislador e Corte Constitucional” (PALAZZO, 1998, p. 351).

⁶ “*Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale./Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività*”, no original.

⁷ Sobre a tendência de que o princípio da ofensividade, por falta de um “estatuto jurídico-demonstrativo vinculante”, converta-se no *juízo de razoabilidade*, cf. Manes (2003, p. 152).

⁸ Vale ressaltar que o Código Penal peruano, de 1991, deu vida textual ao *Principio de Lesividad* no seu art. IV (“*La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*”). De se reparar, todavia, que não houve especial menção à natureza constitucional do bem jurídico. Na leitura de Vittorio Manes, “o princípio da ofensividade, sem (a referência a) bens jurídicos de nível constitucional, resta um pouco como o soberano que encontra o Pequeno Príncipe de Saint-Exupéry – soberano de um planeta sem súditos.” (MANES, 2003, p. 150).

Mas não nos apressemos em conclusões. Como dito, o princípio da ofensividade não se reduz ao problema do merecimento da pena. Sobressai-lhe, ainda, uma outra dimensão mais descritiva. O que isso quer dizer? Embora a norma incriminadora cuide, em tese, de um bem jurídico com reconhecida impositação constitucional, resta saber se a conduta descrita possui caráter realmente ofensivo. Se notarmos bem, a reflexão migra do *merecimento* para a *idoneidade* da técnica de tipificação penal. Dessa faceta mais instrumental do princípio da ofensividade é que se desprende o dogma da “necessária lesividade do tipo legal de crime”. *Lesividade* medida em palavras, isto é, a partir das escolhas redacionais do legislador. Como acentua Carlo Fiore, “não pode existir crime sem lesão ou, ao menos, a colocação em perigo do específico interesse tutelado pela norma incriminadora, ficando excluída, de outra parte, a possível relevância de qualquer circunstância *externa* à realização do tipo descritivo” (FIORE, 1994, p. 276). Não consente, assim, o princípio da ofensividade que a norma incriminadora venha traduzir algo diverso do dano ou perigo ao bem jurídico. O contrário seria tolerar a auto-referência dos tipos penais, vem a ser, que eles se orientem por si mesmos, e não porque constituem uma técnica de proteção a bens jurídicos.

Se assim é, entre os inquantificáveis fatos da vida, ao legislador cabe pinçar aqueles que representem um dano, no mínimo, potencial. À primeira vista, parece um comando relativamente simples, mas que, em verdade, esconde muitas sutilezas, pois todos estamos sujeitos a erros na análise combinada entre *meios*, *fins* e *consequências*. Basta que um desses elementos destoe dos demais para que a construção legislativa seja então questionada com base no princípio da ofensividade. Dito talvez de maneira mais simples, referido princípio não se coaduna com condutas típicas *aparentemente* ofensivas. É preciso que o sejam *verdadeiramente*. É essa *verdade ofensiva* que se exige de toda norma incriminadora pode ser medida, primeiramente, em termos abstratos. Assim, uma determinada norma penal seria invalidada porque, *em teoria*, não atende ao postulado do *nullum crimen sine iniuria*. Seja porque o legislador censurou uma conduta manifestamente inofensiva ou não suficientemente ofensiva, seja por impossibilidade lógica de violação do bem jurídico que a lei penal declara proteger, seja, ainda, por antecipação exagerada do momento da tutela – todos casos em que não há como salvar a norma penal do expurgo. É dizer, o produto legislativo não se presta a emitir um juízo válido (constitucionalmente falando) de desvalor penal da conduta, muito menos a justificar uma condenação individual, reservando-se-lhe o mesmíssimo destino das normas jurídicas inconstitucionais.

Em complemento, a ofensividade pode e deve ser analisada de forma concreta. Falamos, agora, da necessária lesividade do *fato histórico*. Nesse momento, já não é a norma

abstratamente considerada o foco de maior atenção, mas, sim, a conduta em todas as suas circunstâncias fáticas. Embora formalmente típica, pode ocorrer que a ação desenrolada não represente um ataque sério ao bem jurídico tutelado, ou não a ponto de justificar a movimentação da engrenagem da Justiça Penal. Nesse caso, tem-se entendido, depois de um longo período de maturação doutrinária, que a conduta não satisfaz o próprio juízo de tipicidade. Logo, óbvio concluir que o princípio da ofensividade, voltando-se para as peculiaridades de cada conduta, assume um destacado papel na via judicial, lembrando que a insignificância do fato não compromete a validade constitucional do tipo legal de crime.

Em suma, como nosso objetivo momentâneo é, tão-somente, propor um acordo terminológico e conceitual sobre os principais aspectos da ofensividade penal⁹, permitimo-nos chamar de *fragmentariedade* aquela noção de *necessária relevância* (constitucional) do bem jurídico tutelado; de *ofensividade abstrata* aquela ideia segundo a qual o legislador deve selecionar apenas as condutas com *indiscutível potencialidade lesiva*, descrevendo-as de modo a ressaltar bem essa característica; e de *ofensividade concreta* aquela exigência de que o fato praticado provoque um *dano perceptível ao bem jurídico* ou, quando menos, exponha-o a uma bem delineada situação de perigo.

3. Pelos meandros do texto constitucional de 1988

Como, onde e em que termos o princípio da ofensividade penal se encontra com a Constituição brasileira? Qual a sua específica fundamentação constitucional? Acostumamos a aceitar as orientações gerais do referido princípio sem indagar, contudo, pelos seus ganchos no texto de 1988. Já dissemos que a ofensividade penal não possui fórmula textual expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Não é, pois, um enunciado que prescindia de uma construção argumentativa mais elaborada.

É o que pretendemos fazer adiante, sem ignorar que o texto constitucional oferece muitas e sempre renovadas possibilidades interpretativas. Essa provisoriedade, ou melhor, essa permanente abertura do texto constitucional – e somos cada vez mais testemunhas dela em variados assuntos – talvez tenha desencorajado novos exercícios de fundamentação dos princípios penais clássicos, como a *ofensividade*, a *subsidiariedade* e a *culpabilidade*. A nosso ver, porém, esse aspecto não faz do trabalho doutrinário de fundamentação constitucional algo secundário na esfera pública. Indo mais além, o problema não está no

⁹ Para uma revisão do princípio da ofensividade penal na literatura italiana, além dos trabalhos já citados, remetemos a Angioni (1983, p. 108-117); Pulitanò (1983, p. 484 *et seq.*); Donini (1996, p. 18-38); Ferrajoli (2002, p. 466-482); Ramacci (2005, p. 87-95).

modo de argumentar com base em princípios, mas nos velhos vícios dedutivista e normativista que tanto aprisionaram a cultura jurídica¹⁰.

Seja como for, de se ter em mente, em primeiro lugar, que a finalidade política última do princípio da ofensividade é a moderação do poder punitivo estatal, quer no tocante à atividade legislativa (*fragmentariedade + ofensividade abstrata*), quer quanto à atividade judicial (*ofensividade concreta*). Confirma-o Luigi Ferrajoli: “o princípio da ofensividade (...) tem o valor de um critério polivalente de minimização das proibições penais. E equivale a um princípio de tendencial tolerância do desvio, idôneo a reduzir ao *mínimo necessário* a intervenção penal e, por isso, reforçar-lhe a legitimidade e credibilidade” (FERRAJOLI, 2002, p. 482). E, se pudéssemos arriscar um pouco mais, diríamos que a produção legislativa é, no presente, o ponto de maior tormento do mencionado princípio. Com tal assertiva queremos destacar que a ofensividade tem recebido acolhimento razoável dos tribunais e, todavia, pouco ou nenhum compromisso do Parlamento.

Curioso notar, por outro lado, que a Constituição de 1988 serviu de forte estímulo à edição de novas leis penais nos anos seguintes à sua promulgação. Analisado no todo do seu conjunto normativo, o texto constitucional mais acentuou do que conteve a produção legislativa em matéria penal. Isso tanto em função de um repertório inédito e robusto de “cláusulas criminalizadoras” (*vide* os arts. 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV, 7º, X, 9º, § 2º, 37, § 2º, 173, § 4º, 225, § 3º, e 227, § 4º), como também por demandar vasta atividade de regulamentação infraconstitucional, o que acabaria por resvalar na criação de novos tipos penais (*vide*, por exemplo, os arts. 5º, XII, XXVII, XXIX e XXXII, 7º, XX, 16, 21, XI, 22, XXVII, 165, § 8º, e 192), sem falar nas passagens em que a Constituição cita algumas figuras legais de crime (*vide* os arts. 102, II, *b*, 103-B, § 4º, IV, 109, IV, VI e X, 136, § 3º, I, e 243), dando como certa a sua existência.

Não obstante, a grande contribuição do texto de 1988 para a legiferação em matéria penal foi pôr em alto-relevo muitos direitos e bens coletivos, como o sistema tributário, as finanças públicas, a ordem econômica e financeira, a saúde, a cultura, a comunicação social, o meio ambiente, a família, infância e adolescência, entre outros. A legislação penal *extra codicem* daí resultante ganhou, assim, sólida imagem constitucional. É como se assistíssemos a um efeito bumerangue da teoria constitucionalista do delito. Isto é, concebida para arrefecer

¹⁰ Sobre a crítica à “tirania dos princípios” e ao estilo aristocrático da doutrina penal, cf. Donini (1996, p. 6-9 e 38-41; 1997, p. 342, 353, 365-367 e 386; 2004b, p. 82-85, 98 e 100-106). Donini reconhece que um dos deveres primários da ciência penal é o de formular princípios demonstrativos (e não apenas argumentativos), passíveis de aplicação por parte dos órgãos judiciais. Acusa, no entanto, a ciência penalística de canalizar a leitura dos princípios em linha vertical, dedutiva, prescritiva, sem o necessário contrapeso de uma investigação horizontal, indutiva, praxeológica, apoiada em saberes empíricos verificáveis e falsificáveis.

o ímpeto legislativo, acabou, num certo sentido, por legitimar o incremento frenético do direito penal brasileiro, com destaque para a produção normativa da década de 90. Portanto, qualquer protesto em favor do estatuto constitucional do princípio da ofensividade no direito brasileiro deve lidar, digamos, com esse desconcertante paradoxo.

Outra observação preliminar é a de que, no fundo, o princípio da ofensividade persegue essencialmente uma racionalidade de tipo *custo-benefício*. Isto é, a pena criminal é entendida como medida de elevado custo para os direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade de locomoção, sendo justificada se, e somente se, trouxer um benefício minimamente razoável. Em certas situações, melhor seria tolerar os incômodos causados por determinados comportamentos anti-sociais, considerando que a intervenção punitiva não traria nenhum benefício ou traria benefícios ínfimos se comparados aos altos custos de sua implementação.

O princípio de ofensividade pede a todo instante, portanto, um juízo de proporcionalidade minimamente equilibrado entre o *preço* e as *circunstanciais vantagens* da pena criminal. Isso permitiria concluir que o bem jurídico penalmente tutelado deve se manter em linha de mínimo equilíbrio (que, todavia, não significa paridade) com os bens jurídicos atingidos pela sanção penal, considerada, ainda, toda a carga de estigma que geralmente acompanha as condenações criminais. Basicamente, esse é o raciocínio exposto por Bricola: “se é verdade que a liberdade pessoal tem um valor preeminente na Constituição italiana, e que qualquer restrição da mesma, inclusive em decorrência de sanção penal, pode ocorrer somente para compensar a lesão de um valor constitucionalmente significativo, disso resulta, logicamente, que a restrição da liberdade pessoal poderá ser adotada em medida crescente conforme a própria importância do bem constitucional ofendido” (BRICOLA, 1997, p. 574). Na mesma direção, Francesco Angioni: “Antes de tudo, o princípio de proporção age em relação ao primeiro fator relevante no âmbito penal, o bem jurídico tutelado, e precisamente na operação de cotejo entre o objeto da tutela (o bem jurídico tutelado) e o objeto da reação (o bem jurídico atingido pela sanção). Aqui o princípio de proporcionalidade impõe que o bem jurídico ofendido pelo crime seja de valor igual ou proporcional àquele atingido pela pena.” (ANGIONI, 1985, p. 63)

O que nos resta a fazer é, pois, demonstrar – seguindo por essa tradicional linha de argumentação – que a Constituição brasileira confere importância crucial aos *direitos de liberdade*, notadamente à liberdade de locomoção. A começar pelo fato de que a liberdade é tratada como direito inviolável, na dicção do *caput* do art. 5º, sendo que, em inúmeras passagens, a Constituição desenvolve uma disciplina muito rigorosa para, só então, admitir o

cerceamento juridicamente válido da liberdade de locomoção, *ex vi* do art. 5º, XI, XV, XXXVII, XXXIX, XL, XLV, XLVII, *b*, LIII, LXI a LXVIII, LXXVII e LXXVIII. Preocupa-se, inclusive, com a indenização civil devida pelo Estado em razão de erros judiciários ou prisões indevidamente prolongadas, nos termos do inciso LXXV do referido art. 5º. Mesmo nos estados de defesa e de sítio, a restrição da liberdade encontra certos limites e condições, conforme dispõem os arts. 136, § 3º, III, e 139, II. Em relação ao texto constitucional anterior, os avanços no cuidado com a liberdade individual são realmente incríveis (confrontem-se, a propósito, os arts. 152, § 11, e 154 da Constituição de 1967), sem falar na localização topográfica privilegiada. Significa dizer, em resumo, que um dos traços mais distintos do novo paradigma constitucional é o cuidado dispensado aos direitos e garantias individuais.

Todo esse esforço cairia por terra se o legislador ordinário, ao definir a área do penalmente relevante, resolvesse tutelar bens jurídicos de menor expressão ou distantes do temário constitucional. A disciplina minuciosa há pouco relatada seria coberta por um manto de aparências, se admitido, por hipótese, que o legislador está livre, inteiramente livre, para incriminar qualquer conduta humana considerada indesejável. Ou que nenhuma ponderação sobre os custos da pena criminal é necessária. Não é fácil concordar com tais hipóteses em Estados democráticos, pois um equilíbrio mínimo entre o bem protegido e o bem preterido é o único meio de justificar o amargo remédio da sanção criminal. Exige-se, assim, uma certa proporcionalidade, ainda que imperfeita, entre os valores cotejados. Por tudo isso, salta aos olhos que, em caso de restrição dos direitos fundamentais, o apelo à racionalidade de tipo custo-benefício é um corolário lógico do Estado Democrático de Direito, como o proclamado no art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988.

O mesmo raciocínio estende-se, *a fortiori*, às noções de ofensividade abstrata e concreta. Não há motivo para impor um sacrifício da ordem da sanção penal se a conduta incriminada não possuir aptidão lesiva, seja por desacertos na construção linguística do tipo penal, seja porque, no caso concreto, não houve agressão suficiente ao bem jurídico tutelado ou exposição a uma situação de perigo bem delineada. Desprezar o requisito da ofensividade seria militar contrariamente ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), na medida em que os direitos fundamentais sofreriam sensíveis perdas à custa de meros artifícios legais.

Olhando, portanto, para a cláusula do Estado Democrático de Direito, para o fundamento da dignidade da pessoa humana e para todo o conjunto de limitações formais à intervenção punitiva estatal, conseguimos divisar os pontos de afirmação do princípio da

ofensividade no cenário constitucional brasileiro. Essa seria a exegese ou forma tradicional, e nem por isso incorreta, de visualizar o mencionado princípio.

Ocorre que, em Constituições prolixas como a brasileira, em que a necessidade de tratamento constitucional de muitos temas é por vezes questionável, a afirmação de que os bens jurídicos penalmente tutelados são os que encontram assento na Carta Magna talvez não produza o desejado efeito moderador sobre a atividade legislativa, como também, contrariamente, desperte ainda mais o apetite parlamentar. Se nos mantivermos atentos à análise entre custos e benefícios da pena, e é o que realmente importa, a natureza constitucional do bem jurídico deveria ser entendida, então, como uma condição necessária, porém insuficiente, para legitimar a decisão final, de *extrema ratio*, acerca dos objetos a serem tutelados.

Nesse sentido, merece toda atenção o comando do art. 5º, XLI, da Constituição de 1988, não só pelo ineditismo, mas, sobretudo, por deixar rastros do princípio da ofensividade penal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Como todos sabem, trata-se de uma cláusula constitucional de criminalização. Vale dizer, de uma “ordem” ao legislador ordinário para que não se esqueça de censurar os atentados contra os “direitos e liberdades fundamentais”. A doutrina discute se o legislador infraconstitucional estaria, ou não, obrigado por uma cláusula do gênero. Noutros termos, se, em tais casos, o dever de criminalizar (e de não descriminalizar) é absoluto¹¹. A despeito da polêmica, parece haver consenso no sentido de que as cláusulas constitucionais criminalizadoras dão segurança ao legislador na escolha dos objetos da tutela penal, embora igualmente compartilhável a afirmação de que “a nossa vigente Lei Magna foi nesta função de ‘propulsão’ por demais farta” (LUISI, 1991, p. 42).

O interessante é que, ao contrário de outras previstas no texto de 1988, a cláusula do inciso XLI é bastante ampla, dando a impressão de privilegiar uma parcela especial de direitos. Com efeito, poderíamos interpretá-la em duas direções: como autêntica cláusula de criminalização, isto é, como *input* à produção normativa em matéria penal, mas também, em sentido negativo, como fronteira da intervenção punitiva. Teríamos de alcançar esse *duplo sentido*: o conteúdo normativo do referido inciso estabelece uma ordem de criminalização e, simultaneamente, um limite à criminalização. Um apelo e uma advertência ao legislador ordinário. Assim, os “direitos e liberdades fundamentais” não constituiriam mais *um* objeto de tutela, senão *o* próprio palco da tutela penal. É como, em nossa compreensão, o princípio da

¹¹ Cf. Pulitanò (1983); Marinucci (1994, p. 356, *passim*). No contexto do direito brasileiro, cf. Sarlet (2004, *passim*); Silveira (2006, p. 112-114).

ofensividade deixa a sua marca mais singular no texto de 1988. Embora um tanto negligenciado pelos estudos penalísticos, o inciso XLI do art. 5º da Constituição se nos afigura como ponto de maior visibilidade do aludido princípio, deixando extrair o seguinte significado: considerando os altos custos da estratégia punitiva, só vale a pena utilizá-la na defesa dos direitos fundamentais agasalhados na Constituição. Evidentemente, a categoria em questão está suficientemente aberta para abrigar não só os direitos individuais clássicos, como também os direitos coletivos e difusos (sociais, econômicos, culturais, ambientais, de informação etc.).

Em que pese, entretanto, todo esse empenho argumentativo, estamos convencidos de que a afirmação constitucional do princípio da ofensividade não traz, por si só, garantias quanto a influenciar as atividades legislativa e judicial. Ela pode contribuir, mas não tranquilizar. E logo adiante veremos como o acolhimento do referido princípio, mesmo nas cortes judiciais, tem ocorrido de forma seletiva. Uma coisa, portanto, é aceitar o enunciado teórico nos seus termos mais genéricos, outra é materializá-lo nas esferas de poder. “Legislar” e “julgar” são atividades demasiado complexas. O juízo de ofensividade da conduta é (ou deveria ser) uma fonte preciosa de informação tanto para o legislador quanto para o juiz. É diferente dizer, contudo, que ele esgota o drama e os desafios impostos a tais atividades. Referindo-se especificamente ao processo legislativo, Palazzo reflete que “a construção legislativa do tipo penal é sempre resultado de uma consideração e ponderação, e também de todo um feixe de ulteriores interesses concorrentes ou mesmo conflitantes com o interesse principal tutelado, [daí] é claro que a apreciação do conteúdo de desvalor do crime tende necessariamente a dilatar-se do bem jurídico até os escopos e objetivos da escolha política, a sua intrínseca legitimidade e a do meio eleito” (PALAZZO, 1998, p. 362).

Se refletirmos a fundo sobre o problema do merecimento de pena, constataremos que é muito difícil deduzir *automaticamente* da ideia de bem jurídico constitucional um único tipo penal que seja, quanto mais um catálogo inteiro de incriminações, a não ser que se queira simplificar ao extremo o processo legislativo¹². Reconhecê-lo não significa abandonar a concepção de um direito penal fragmentário e atento ao caráter ofensivo das condutas censuradas. Significa, tão-somente, tomar consciência de que diferentes escolhas legislativas podem obter respaldo numa mesma norma constitucional e que, ademais, outros convincentes argumentos devem ser trazidos ao debate público para sensibilizar agentes políticos e grupos sociais interessados no processo de criminalização primária.

¹² Sobre o argumento, cf. Donini (2000, p. 660; 2004a, p. 68).

Em definitivo, como o princípio da ofensividade atua essencialmente sobre o conteúdo da decisão legislativa, ele não poderia se esquivar do encontro com o princípio democrático da soberania popular, condensado, entre nós, na fórmula do art. 1º, parágrafo único, da Constituição.

4. A recepção da teoria constitucionalista do objeto da tutela penal pela doutrina brasileira

No Brasil, a teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal emerge nos textos doutrinários a partir da década de 90. Decerto, antes de 1988 não havia clima para exaltação constitucional no País, considerando a paternidade dos textos de 1967 e 1969. Por isso, o advento da Constituição de 5 outubro de 1988 pode ser considerado um divisor de águas não só no plano político, mas também no plano doutrinário. É que faltava, até então, o ingrediente básico da aludida teórica, uma Constituição democrática.

Promulgada a *Constituição Cidadã*, os primeiros ensaios doutrinários preocuparam-se em explorar os princípios penais clássicos previstos no Título dos *Direitos e Garantias Fundamentais*. Tratava-se, portanto, de uma etapa obrigatória de exegese constitucional. Nesse primeiro grupo, incluem-se os trabalhos de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr. (1990) e de Luiz Luisi (1991). Vale registrar, todavia, que Luisi já constrói uma narrativa do *princípio da intervenção mínima* em chave constitucional, invocando, em seu favor, o *caput* do art. 5º, bem como o inciso III do art. 1º da Constituição Federal: “Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.” (LUISI, 1991, p. 26). O autor não hesita em afirmar, em seguida, o relevo constitucional do princípio da intervenção mínima: “Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito.” (LUISI, 1991, p. 26).

Depois, num segundo grupo de estudos, vemos ganchos sempre mais penetrantes entre a *noção de bem jurídico* e o *texto constitucional*, destacando-se, primeiramente, o estudo de Márcia Dometila Lima de Carvalho sobre crimes econômicos. De acordo com a autora, “o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se” (CARVALHO,

1992, p. 34). Adiante: “a superioridade normativa do Direito Constitucional delimita o que deve ser considerado delito pelo Direito Penal, e, mais ainda, que na tipificação delitual o acento deve ser dirigido para a proteção do valor constitucional maior, ou seja, para a justiça social (...). É a dignificação constitucional do bem jurídico” (CARVALHO, 1992, p. 34). Conclui, embora, a nosso ver, sem relação necessária com os pressupostos da teoria constitucionalista, que os bens jurídicos relativos à ordem econômico-social, cultura e ambiental seriam hierarquicamente superiores aos bens individuais clássicos, no cenário constitucional brasileiro (CARVALHO, 1992, p. 48, 92 e 100).

Não é demais lembrar que a doutrina brasileira, a essa época, ainda estava embebida no debate sobre o *finalismo* e, conseqüentemente, nas disputas que envolviam as teorias da *culpabilidade* e do *erro*, sentindo, ainda, os reflexos da reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

Com Luiz Regis Prado a teoria constitucionalista aporta definitivamente no debate doutrinário que se transcorria no Brasil. Depois de citar os arts. 1º, 3º, 5º, 6º e 225 da Constituição de 1988, o autor conclui que “a nenhuma norma constitucional é facultado ignorar esse quadro axiológico e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível a sua real concreção” (PRADO¹³, 1997, p. 69). Em seguida: “a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal” (PRADO, 1997, p. 69). Tais parâmetros operariam “como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia” (PRADO, 1997, 73-74). Não temos dúvidas em apontar o estudo de Regis Prado, cujas fontes bibliográficas registram forte influência das literaturas espanhola e italiana, como um dos mais influentes no período. Vivia-se, em meados dos anos 90, o clímax de uma exaltação constitucional no Brasil, especialmente na doutrina constitucionalista, a exemplo do prestígio que a ideia de “constituição dirigente”, de Joaquim José Gomes de Canotilho, conquistara nos círculos doutrinários brasileiros¹⁴.

Citaríamos, ainda, nesse conjunto de estudos que aprofundaram os vínculos constitucionais do conceito de *fragmentariedade penal*, sem a pretensão de um levantamento exaustivo, os de Luis Luisi (1998), Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1998; 2000), Luiz Flávio Gomes (2002; 2003) e Janaina Conceição Paschoal (2003). Em todos eles,

¹³ A primeira edição é de 1996.

¹⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* (1982). Ver, ainda, a revisão ou contraponto feito, anos mais tarde, pelo próprio autor em *Rever ou romper com a Constituição dirigente?* (1996).

visualizamos a estrada aberta pela teoria constitucionalista, com apelos frequentes à noção vinculante de bem jurídico constitucional no processo de criminalização primária. Em pesquisa de grande fôlego, Ribeiro Lopes fez questão de assinalar que “a doutrina de Bricola encontra-se absolutamente albergada na linha de raciocínio construtivo das teses centrais deste trabalho”(LOPES, 2000, p. 581). Gomes, por sua vez, anota que “o fundamental consiste em estabelecer uma estreita relação entre a função criminalizadora e o modelo de Estado adotado, isto é, entre o Direito penal e a Constituição. Essa é, justamente, a linha que seguimos neste livro, inclusive no que concerne à questão de bem jurídico e de delito” (GOMES, 2002, p. 88).

Merece ainda registro o estudo mais recente de Sheila Jorge Selim de Sales, que, sem deixar de defender a noção de bem jurídico, detalhando amiúde suas funções no direito penal, pondera que a concepção constitucionalmente orientada não oferece “soluções mágicas” e que não é possível extrair da Constituição um conceito de bem jurídico que vincule, a título mandatório, o legislador penal (SALES, 2005, p. 126-130). Ao mesmo tempo, afirma que é “impossível desconhecer que da Constituição assurgem significativas indicações político-criminais, a serem complementadas com outros princípios, evidentemente sem perder de vista a *extrema ratio*” (SALES, 2005, p. 126-127).

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o princípio da insignificância

Como todas essas ideias chegaram à mais alta Corte do País? A necessidade de que o injusto penal apresente um mínimo de potencialidade lesiva é debatida no STF pelo menos desde a década de 60, quando considerou irrelevante, do ponto de vista penal, a falsificação grosseira de moeda. Na ocasião, foi dito que “o crime de moeda falsa – como os crimes de *falsum* em geral – pressupõe um elemento essencial: a aptitude de enganar o homem médio. As falsificações grosseiras, visíveis a olho nu, fogem por inteiro à tutela penal. (...). Portanto, sem a habilidade, a possibilidade de lesar, inexistente moeda falsa”¹⁵. Estávamos no campo da *ofensividade concreta* e, malgrado a decisão não tenha mencionado expressamente o conceito de *crime impossível* (art. 14 da redação original da Parte Geral do Código de 1940), não há dúvida de que o caso relatado se encaixa nas situações caricaturais de “ineficácia absoluta do meio”. Referida disposição normativa, que também conta com a locução complementar da

¹⁵ STF, Segunda Turma, HC 43.545/SP, Relator Ministro Antonio Villas-Boas, decisão unânime, em 27 de setembro de 1966. O entendimento seria confirmado quase 40 anos mais tarde, no julgamento do HC 83.526, Primeira Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, decisão unânime, em 16 de março de 2004.

“absoluta impropriedade do objeto”, serviria de reforço lógico à exigência da necessária ofensividade do injusto penal¹⁶.

Nos anos 70 e 80, o acervo de decisões do STF sobre a ofensividade penal não chega a entusiasmar. Se serve de ilustração, decidiu-se que o uso de arma de brinquedo configuraria não só o roubo, mas também a causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal. A Corte trocava, assim, a *potencialidade lesiva do instrumento* pelo *sentimento subjetivo de intimidação*¹⁷.

Merece destaque, todavia, por constituir verdadeiro *landmark case*, o RHC 66.869/PR, em que, pela primeira vez, o STF aplicou o chamado princípio da insignificância em face de um episódio de lesão corporal leve provocada em acidente de trânsito. O Relator, na ocasião, argumentou que a lesão sofrida pela vítima era inexpressiva, assim concluindo: “tenho que não é de deixar-se prosseguir a ação penal que a nenhum resultado chegaria, só mais sobrecarregando os serviços da Justiça e incomodando inutilmente a própria vítima (...) a lesão corporal leve pode, a meu ver, justificar a ação penal, mas aquela que praticamente nada representa tenho-a como não caracterizando delito penal”¹⁸. Tudo bem que, poucos anos depois, o Tribunal negou a aplicação da “tese da insignificância” em semelhante caso de delito de trânsito com lesão corporal. Mas, a despeito da negativa, a tese fora admitida conceitualmente, com a forte ressalva de que sua análise deveria ser feita caso a caso, considerando, inclusive, circunstâncias de caráter subjetivo, como a *vida pregressa*¹⁹.

Enfim, depois da surpreendente estreia do princípio da insignificância no final da década de 80, a mentalidade do STF começa a mudar. Esse processo se inicia com a revisão do entendimento sobre o aumento da pena no crime de roubo praticado com arma incapaz de produzir disparos ou arma de brinquedo, a Corte passa a decidir no sentido do não-cabimento da majorante legal, embora reafirmando – para que não houvesse dúvidas – a incidência do art. 157, *caput*, do Código Penal: “Em vala comum – disse o Ministro Marco Aurélio – não devem ficar os casos em que a atuação do agente conduz a acentuado risco para a vítima e

¹⁶ A propósito, Luiz Flávio Gomes (2002, p. 59-62) sustenta que, no plano da legislação ordinária, os arts. 13, *caput*, e 17 do Código Penal dão toda guarida ao princípio da ofensividade.

¹⁷ Cf. STF, Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 90.031/SP, Relator Ministro Moreira Alves, decisão unânime, em 17 de agosto de 1979. Na linha do mesmo entendimento, consultar RE 80.037/SP (1974), RE 90.227/SP (1978), RE 90.881/SP (1979), RE 93.971/SP (1981), RE 99.036/SP (1982) e RE 107.441/SP (1986).

¹⁸ STF, Segunda Turma, RHC 66.869/SP, Relator Ministro Aldir Passarinho, decisão unânime, em 6 de dezembro de 1988.

¹⁹ STF, Segunda Turma, HC 70.747/RS, Relator Ministro Francisco Resek, decisão unânime, em 7 de dezembro de 1993.

aquele outro em que este não se faz presente”²⁰. Como se vê, nessa frase de efeito repousa, inquestionável, a noção de concreta ofensividade do fato incriminado (*in casu*, da causa de aumento da pena), valendo registrar, no entanto, que a decisão não verbalizou o uso do sublinhado princípio.

Era cedo para cobrar uma argumentação teórica mais sofisticada, que, aliás, desenvolve-se muito paulatinamente nos julgados do STF. Estávamos numa fase de aceitação ainda tímida e extremamente cautelosa do princípio da ofensividade penal, nas suas primeiras aparições como princípio da insignificância. Por exemplo, entendeu-se faltar *justa causa* para a ação penal em suposto caso de emprego irregular de verbas públicas, sendo também lembrados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade²¹. Pesaram nessa decisão, ainda, o fato de que a contratação irregular ocorrera de forma isolada e por breve período. Frise-se, novamente, que o STF não fez, no caso, uso do princípio da ofensividade, cujos requintes teóricos apontam, como hoje se tornou comum afirmar, para a *tipicidade material* da conduta (e só daí para a falta de justa causa da ação penal). Tratava-se, naquele momento, de um modo de argumentar sobretudo intuitivo e que, declaradamente, preferia dividir a conta com o princípio da proporcionalidade.

Ao longo da presente década, porém, o que vimos foi a recepção exuberante do princípio da insignificância (uma espécie de derivada do princípio da concreta ofensividade), se bem que com alguns momentos de desaceleração. Fato é que a presença de tal princípio nos debates da Corte foi realmente algo de excepcional, a ponto de tornar temerária, hoje, qualquer tentativa de sistematizar o conjunto de decisões numa única e coerente narrativa. Essa fase é marcada não só pela diversidade de condutas em relação às quais se admitiu a tese da insignificância, como também pela notável criatividade do STF na fixação de critérios gerais para o seu reconhecimento.

Engana-se, todavia, quem imagina uma adesão irrestrita do Tribunal aos axiomas da teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal. Bom que se diga, desde logo, que a Corte jamais decretou a inconstitucionalidade de um tipo legal de crime sob o argumento único de que o bem jurídico protegido não encontra amparo na Constituição, ou seja, alegando a irrelevância constitucional do objeto tutelado. É certo que, em diversas oportunidades, a Corte reiterou o caráter fragmentário do direito penal e o postulado da intervenção mínima. Mas o fez de forma genérica e sem a pretensão de estabelecer

²⁰ STF, Segunda Turma, HC 70.534/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, decisão unânime, em 14 de setembro de 1993. Ver, ainda, HC 69.515/RJ (1992) e HC 71.051/MG (1994).

²¹ STF, Segunda Turma, HC 77.003/PE, Relator Ministro Marco Aurélio, decisão unânime, em 16 de junho de 1998.

parâmetros de relevância para a seleção dos bens jurídicos penalmente tuteláveis. Ou melhor, fê-lo como auxílio ou *plus* argumentativo em casos que pendiam para a aplicação do princípio da insignificância²².

Em tema de merecimento da pena, portanto, o STF pouco ousou na sindicância constitucional da fragmentariedade da matéria penal. As mesmas considerações são válidas para a noção de ofensividade abstrata da infração penal. Vale dizer, a Corte ainda resiste a impugnar uma norma penal incriminadora por ausência, *a priori*, de ofensividade. Abriu-se, a propósito, interessante debate sobre o crime de porte ilegal de munição, com tendência, no entanto – e podemos nos enganar no prognóstico –, de que a questão se resolva no sentido do reconhecimento de sua idoneidade ofensiva²³.

A nosso ver, o mais próximo que a Corte chegou do juízo abstrato de ofensividade foi quando declarou a atipicidade do porte de arma desmuniçada, não havendo pronta disponibilidade da munição. Mais do que a análise individual de cada caso (operação que marca o princípio da insignificância), o Tribunal estabeleceu corajosamente um critério que, em última análise, resgata a ofensividade abstrata do tipo penal do art. 14 da Lei nº 10.826, de 2003, ao “elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos”. Para o STF, “se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica”²⁴.

Se notarmos bem, o que se deu, no caso, foi praticamente uma *interpretação conforme à Constituição*. O colegiado preferiu não raciocinar em termos de insignificância, guarnecendo-se, antes, nos princípios da ofensividade e da proporcionalidade. Procedendo assim, obstruiu a pretensão punitiva com respeito a uma variação importante da conduta típica, cuja validade em nenhum momento foi questionada, salvo, repita-se, quando não haja acesso imediato à munição. Noutros termos, não houve embargo do tipo penal, mas, tão-só, um reparo – com viés generalizante, é verdade – na sua extensão²⁵.

²² Cf., ilustrativamente, HC 81.057/SP (2004), HC 84.412/SP (2004), HC 84.687/MS (2004), HC 86.553/SC (2006), HC 87.478/PA (2006), RHC 89.624/RS (2006), HC 92.463/RS (2007) e HC 92.634/PE (2007).

²³ Cf. HC 92.533/RS (2008), julgamento não concluído.

²⁴ STF, Recurso Ordinário em HC 81.057/SP, Primeira Turma, Relator para o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, decisão por maioria, em 25 de maio de 2004.

²⁵ Mesmo assim, subsistem dúvidas sobre a posição final do STF. Um, porque houve dissenso razoável na Turma, cuja composição foi posteriormente alterada. Dois, porque, ao que tudo indica, evitou-se que a matéria fosse enfrentada definitivamente pelo Pleno em caso semelhante (STF, HC 85.240/SP, Relator Ministro Carlos Britto, decisão por maioria, em 14 de fevereiro de 2008). Três, porque o critério que garante a tipicidade do porte ilegal de arma de fogo – a disponibilidade da munição – pode impactar, e é perfeitamente lógico pensar assim, a validade do crime de porte de munição. Ora, se portar uma arma sem possibilidade de disparo não é crime, por que razão seria portar apenas a munição? Nada garante, porém, que

Finalmente, como reprova de um comportamento menos impetuoso da Corte em fazer valer o juízo abstrato de ofensividade, consignou-se a ressalva, no mesmo julgamento sobre o porte de arma desmuniada (HC 81.057/SP), que a decisão não atingia absolutamente os crimes de perigo abstrato. Realçou-se que “não é necessário, de logo, acatar a *tese mais radical* que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscreever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido” (destaques nossos). A ressalva nos parece típica de um *self-restraint*, uma auto-limitação com claro propósito de mensagem política. Se é certo, como mostrou Antonio La Spina (1989, p. 226-228), que a racionalidade política é a que se preocupa com a conservação da unidade e independência da autoridade decisional, poupando-lhe de reações possivelmente prejudiciais, poderíamos dizer que o STF, quando se trata de levar às últimas consequências o princípio da ofensividade, tem feito da precaução boa companheira, embora tal assertiva não se aplique necessariamente a outras áreas de delicada tensão entre os Poderes Judiciário e Legislativo.

A preferência, agora já mais desinibida, pelo princípio da insignificância também confirmaria essa atitude mais precavida. Isto é, entre declarar a inconstitucionalidade da figura legal e afastar a sua incidência no caso concreto, as decisões da Corte não dão margem a dúvidas sobre o caminho escolhido. A esmagadora jurisprudência do STF está direcionada ao juízo concreto de ofensividade, que serve, como veremos logo adiante, de principal insumo à construção – muito original, diga-se de passagem – do princípio da insignificância.

De se registrar que alguns autores já alertavam para a curiosa relação entre *ofensividade abstrata* e *ofensividade concreta* sob a ótica do pragmatismo das decisões judiciais, como se a última terminasse por inibir a primeira²⁶. Palazzo entende que a renúncia ao controle da ofensividade norma penal abstratamente considerada, em favor de maior atenção à lesividade do fato histórico, acaba por “deslocar para o poder judiciário grande parte da efetividade de um princípio que tem, ao contrário, uma inegável vocação para operar prioritariamente sobre o plano legislativo” (PALAZZO, 1998, p. 358). Vittorio Manes (2003, p. 152) observa que o princípio da ofensividade, relegado à verificação judicial da concreta lesividade do injusto, revela senão a “capacidade de salvar” determinadas opções legislativas. Logo, e por estranho que pareça, posições avançadas dos órgãos judiciais em defesa da concreta ofensividade do

o Tribunal queira se vincular automaticamente a esse raciocínio. Portanto, diríamos que o STF foi longe na defesa do princípio da ofensividade, mas não tão longe que não possa regressar.

²⁶ Cf. PALAZZO (1998, p. 357-358).

fato incriminado podem esconder, afinal, um certo recuo do potencial crítico do princípio da ofensividade em sentido lato.

Evidentemente, isso não quer dizer que o princípio da insignificância tenha vida fácil na magistratura, no Ministério Público e nas delegacias de polícia, onde sua aplicação tem ainda enfrentado resistências não desprezíveis. Quanto mais próximas do calor dos fatos, mais expostas estão as autoridades a reações e críticas pessoais, sejam provenientes do público externo (vítima e pessoas a ela solidárias), sejam da própria cultura institucional do órgão de origem.

Mas dizíamos, há pouco, que o princípio da ofensividade bate às portas do STF vestido de princípio da insignificância. Resta saber, contudo, se existe alguma diferença entre o princípio da *insignificância* e o da *concreta ofensividade do injusto penal*. Ou seriam conceitos livremente intercambiáveis? Para responder a essa questão, voltamo-nos, mais uma vez, para o conjunto de decisões do STF, que, como já assinalado, expandiu consideravelmente o elenco de casos nos quais se reconheceu a validade do princípio da insignificância.

Certo é que, em 2004, o STF sentiu-se seguro para formular critérios gerais de legitimação do princípio da insignificância. Referimo-nos ao HC 84.412/SP, em que o Relator, ao pressentir que o momento permitia uma tarefa de consolidação, animou-se a apresentar um esquema conceitual do princípio em exame, que passaria a reclamar a presença de quatro vetores: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”²⁷. Ademais, assentou-se que, uma vez reconhecida a insignificância da conduta, restava materialmente descaracterizada a tipicidade penal. Não há como medir exatamente o impacto desta decisão sobre a Corte e o Judiciário como um todo, mas asseguramos que não foi pequeno.

De lá para cá, e em ritmo crescente, o STF tem revogado condenações ou obstado o prosseguimento de ações penais em inúmeros casos. Com relação aos crimes patrimoniais, especialmente o furto, tantas foram as decisões, que hoje presenciamos uma tendência ao enquadramento geral dos casos a partir da comparação entre o valor da *res furtiva* e o do salário mínimo vigente, ao menos para realçar a inexpressividade do dano²⁸. De igual modo,

²⁷ STF, Segunda Turma, HC 84.412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, decisão unânime, em 19 de outubro de 2004.

²⁸ Cf. HC 84.412/SP (2004) e HC 92.463/RS (2007). Sobre a aplicação do princípio da insignificância em relação ao crime de furto, ver, ainda, 84.687/MS (2004), 88.393/RJ (2007), HC 92.364/RJ (2007), HC 92.411/RS (2008), HC 92.531/RS (2008) e HC 94.415/RS (2008).

não têm sido raras as decisões que declaram a insignificância de condutas relativas aos crimes de peculato e descaminho²⁹. Até mesmo em relação aos crimes militares, não se negou a tese em questão, a despeito das tão conhecidas exigências disciplinares³⁰.

Em muitas dessas decisões, vimos a confirmação dos critérios originalmente delineados no HC 84.412/SP. Analisando-os mais detidamente, percebemos que o primeiro e quarto requisitos estão diretamente ligados ao bem jurídico tutelado, localizando-se, portanto, no *interior* do fato formalmente típico; o segundo e o terceiro, por sua vez, têm mais a ver com a repercussão social da conduta, ou seja, com a sua *externalidade*. Por essa razão, é de se concluir que a afetação pontual do bem jurídico representa uma parte importante do princípio da insignificância, sem esgotá-lo, todavia. E aqui surge, a nosso ver, uma distinção pertinente ao princípio da concreta ofensividade, que tende a fixar o seu olhar no bem jurídico afetado, isto é, no elemento típico em torno do qual gravitam todos os demais dados objetivos do tipo.

A elaboração do STF vai além, exigindo, paralelamente, que a conduta não desperte *repulsa social* nem seja interpretada como *socialmente perigosa*. Traduzindo, não basta reconhecer a inofensividade (ou mínima ofensividade) da conduta isoladamente considerada, mas também o sentido simbólico que é capaz de despertar no seu específico contexto social. Em suma, o furto de um bem de valor *xis* pode ensejar, em certas circunstâncias, a aplicação do princípio da insignificância, noutras não.

Dessa forma, só resta ao referido princípio aprender a lidar com esse casuísmo de que está cronicamente acometido³¹, já que o STF não se prende a uma leitura constitucional estática do bem jurídico, para também valorizar um componente social móvel no desvalor penal da ação. Com efeito, a questão poderia ser colocada de duas formas: a) ou a própria noção de bem jurídico passa por um processo de “socialização”, de tal maneira que ela deve ser contextualizada sempre por duas janelas, constitucional e social; b) ou o bem jurídico, de fato, perde um pouco do seu protagonismo para ceder espaço a valorações alheias ao objeto da tutela. De acordo com a primeira hipótese, bastaria sustentar a atipicidade material da conduta, como vem decidindo o STF; na segunda, os requisitos externos exigidos pelo STF

²⁹ Quanto ao crime de *peculato*, cf. HC 87.478/PA (2006) e HC 92.634/PE (2007); quanto ao *descaminho*, cf. AI-QO 559904/RS (2005), RE-QO 514.530/RS (2007), RE 550.761/RS (2007) e HC 92.740/PR (2008).

³⁰ Cf. RHC 89.624/RS (2006), HC 92.961/SP (2007) e HC 94.524/DF (2008).

³¹ O cuidado de não-generalização foi sublinhado no julgamento do HC 84.424/SP, Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Britto, decisão unânime, em 7 de dezembro de 2004: “Entendeu-se que a utilização do princípio da insignificância deve ser feita de maneira criteriosa.” Noutro julgado: “A aplicação do princípio da insignificância há de ser feita criteriosa, cautelosa e casuística” (HC 91.065/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, decisão unânime, em 29 de abril de 2008). Ainda: “A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, não sendo possível, quanto a ela, o estabelecimento de parâmetros genéricos e abstratos pré-definidos.” (HC 91.756/PA, Segunda Turma, Relator Ministro Eros Grau, decisão unânime, em 29 de abril de 2008).

(especialmente quando fala em “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento”) parecem situar os efeitos do princípio da insignificância numa posição ambígua entre os juízos de *tipicidade* e *culpabilidade*.

Qualquer que seja a solução, a prevalecer a recente literatura do STF, o princípio da insignificância seria teoricamente uma variante mais restritiva do princípio da concreta ofensividade em estado puro. A ideia de lesividade do bem jurídico ganha como aliada a necessária análise do contexto social dos acontecimentos. A bem da verdade, desde a primeira formulação da teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal, Bricola estava ciente de que o juízo de concreta ofensividade também deveria lastrear-se no contexto social da ação, para evitar, ao que nos parece, uma excessiva idealização do discurso constitucional. Nesse sentido, propôs uma cláusula de *legalidade material* com o seguinte teor: “um fato conforme ao tipo legal de crime não é punível quando não ofenda o interesse especificamente protegido pela norma incriminadora na sua concreta dimensão *social e constitucional*” (BRICOLA, 1997, p. 780).

Poderíamos talvez criticar a locução “periculosidade social” como fruto de uma tradução indevida dessa dúplici dimensão do bem jurídico. E a crítica seria merecida, pois a ideia de *periculosidade* tem validade apenas residual no instituto da medida de segurança. Mas tentemos enxergar o lado positivo da esquematização proposta pelo STF. Pretensamente, ficariam afastadas considerações de ordem subjetiva no eventual acolhimento do princípio da insignificância.

Se a Corte não foi muito feliz ao exprimir o elemento social ineliminável do princípio em questão, depreende-se, todavia, o desejo de impedir avaliações exclusivamente subjetivas, fundadas na vida pregressa, na personalidade, no caráter ou na periculosidade individual do autor, sobretudo quando se queira fazer delas um obstáculo à tese da insignificância. Esse verniz de objetividade foi bastante reforçado em julgamentos posteriores do STF. “Para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos, referentes à infração praticada (...) a caracterização da infração penal como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva: ou o ato apontado como delituoso é insignificante, ou não é.”³²

Em síntese, afirmamos que a insignificância penal da conduta foi compreendida de forma mais restritiva do que o conceito matriz de concreta inofensividade, em razão dos

³² STF, Primeira Turma, Questão de Ordem em Agravo de Instrumento nº 559.904/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decisão unânime, em 7 de junho de 2005. Ainda sobre a pretendida objetividade do princípio da insignificância, cf. RE-QO 514.530 (2007), RE 550.761/RS (2007) e HC 88.771/AC (2008).

complementos propostos pelo STF. Essa afirmação, no entanto, situa-se no plano estritamente teórico. Do ponto de vista político, não se ignore que o enquadramento previsto no HC 84.412/SP nasce num contexto de reiteradas confirmações do princípio da insignificância, e não de retrocesso. A aceitação habitual da tese em sede de *habeas corpus*, cujo campo cognitivo é mais restrito, também é mostra de que a Corte não está disposta a renunciar ao controle das decisões judiciais sob o ponto de vista político-criminal. É dizer, o Tribunal sabe bem do potencial impacto de suas decisões sobre todo o sistema judiciário.

Temos a impressão, assim, de que o STF quis justamente construir as condições para continuidade dessa tendência evolutiva, sem perder as rédeas do processo. Tanto é que, mais recentemente, entendeu pela aplicação do princípio da insignificância no crime de posse ilegal de drogas³³, contrariando a jurisprudência até então consolidada no sentido do não-cabimento³⁴. Para vencer a ortodoxia, foi preciso recorrer, inclusive, ao eloquente princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfim, pouco a pouco tabus são quebrados e o STF começa a expandir a aplicação do princípio da insignificância a novas matérias. Do furto e da posse ilegal de drogas talvez se chegue um dia ao roubo (com ameaça ou agressão leve)³⁵ e à venda ou oferta de drogas (em pequena quantidade)³⁶, duas figuras típicas com grande peso estatístico no sistema prisional brasileiro.

É bom lembrar que, *em tese*, nenhum crime escapa de uma verificação através do prisma do princípio da ofensividade nas suas várias vertentes. O cuidado para não generalizar a aplicação do referido princípio deve também evitar generalizações quanto à não-aplicação. É preciso lembrar, ainda, que o princípio da insignificância abrange não apenas condutas inofensivas, como também condutas ofensivas em grau mínimo. Nesse último grupo reside a operação mais problemática, ou melhor, a sensibilidade que permite alargar, ou não, as fronteiras do citado princípio.

Sinceramente, embora elogiável o esforço de síntese do STF, com as ressalvas já anotadas, não nos parece factível reunir num esquema conceitual fixo todas as informações que, sabemos, interferem na decisão final. Por exemplo, o *custo da máquina judiciária*

³³ Cf. HC 92.961/SP (2007), HC 94.524/DF (2008) e HC 94.583/MS (2008).

³⁴ Pelo afastamento do princípio da insignificância no crime de posse ilegal de drogas, cf. RHC 51.235/GB (1973), RE 108.697/SP (1987), HC 81.734/PR (2002), HC 81.735/PR (2002), HC 82.324/SP (2002), HC 83.191/DF (2003), HC 91.759/MG (2007) e HC 91.356/SP (2008).

³⁵ A jurisprudência do STF se mantém firme no sentido de afastar o princípio da insignificância em relação ao crime de roubo. Cf. HC 85.065/SP (2005), AI-AgR 557.972/MG (2006) e RE-AgR 454.394/MG (2007).

³⁶ Igualmente firme para rejeitar o princípio da insignificância em todas as modalidades do tráfico de drogas. Cf. HC 68.516/DF (1991), HC 69.806/GO (1993), HC 71.638/PR (1994), HC 74.661/RS (1996), HC 81.641/RS (2003), HC 87.319/PE (2006) e HC 88.820/BA (2006).

representa um argumento com presença assídua no debate, conquanto não diretamente ligado a nenhum dos quatro requisitos pré-definidos pelo Tribunal. O fator *tempo* também tem a sua importância, de maneira que fatos posteriores podem interferir tanto positiva (a reparação do dano, por exemplo) quanto negativamente (o comportamento do investigado ou réu perante as autoridades públicas, outro exemplo) no exame do caso. De igual modo, a forma como autor e vítima *percebem* o conflito e *interagem* diante dele é um dado longe de ser neutro e que não está bem acomodado na fórmula da “reprovabilidade social”. A intervenção concomitante de *outros meios reparadores* (administrativos, civis, assistenciais, médico-sanitários, corporativos, restaurativos etc.) também dá ao magistrado tranquilidade na sua decisão. E nos parece difícil proscriver da análise as *qualidades* ou *condições subjetivas* do autor, contanto que favoreçam a aplicação do princípio da insignificância. Finalmente, não há dúvida de que alterações no quadro normativo podem precipitar tendências, o que ocorreu, por exemplo, com a Lei nº 9.503, de 1997, que aumentou os rigores em relação aos crimes de trânsito, e com a Lei nº 11.343, de 2006, que amenizou os conteúdos repressivos em face da posse ilegal de drogas. No primeiro caso, basta ver que o STF praticamente banuiu o crime de trânsito da possibilidade de insignificância penal; no segundo, presenciamos, mesmo com muitas ressalvas, a crescente aplicação do princípio.

6. Conclusões

Extrair arremates de uma exposição tão desarrumada e incompleta, como essa que acabamos de fazer, não parece algo muito promissor. De qualquer modo, uma conclusão, por bem articulada que seja, nunca é um ponto final. A partir dela se abrem outras questões e futuros imprevisíveis.

A teoria constitucionalmente orientada do objeto da tutela penal representa o ponto mais alto até hoje conhecido da relação entre *direito penal* e *Constituição*.

A despeito da notável recepção da teoria pela doutrina brasileira, o *princípio da ofensividade* (radicado na Constituição de 1988, especialmente no art. 5º, XLI) obteve relevo nos círculos judiciais de forma bastante seletiva. Dados os três aspectos básicos do princípio, isto é, *fragmentariedade*, *ofensividade abstrata* e *ofensividade concreta*, houve nítida preferência pelo último, de acordo com a lógica do pragmatismo das decisões judiciais. Suspeitamos que essa opção acabe reduzindo o potencial crítico do referido princípio, sempre menos influente nas instâncias parlamentares. Por outro lado, vemo-nos forçados a reconhecer que a noção de *bem jurídico constitucional* tem limitações, provavelmente congênicas, no propósito de orientar o processo de criminalização primária. Sobretudo se o “orientar” for

entendido como “vincular”, ou seja, quando se nutrem expectativas de reduzir, à força, a complexidade do processo político-decisório. Admitir que existam limitações não serve de pretexto, porém, para desacreditar a Constituição como fonte de inspiração da matéria penal. Serve, sim, para repensar o modo de argumentar e de agir da doutrina penal.

A jurisprudência do STF mostrou-se fonte empírica abundante para investigar as conexões e virtudes entre *ofensividade penal* e *Constituição*. Destacariamos quatro decisões, por diferentes motivos: a) o RHC 66.869/PR (1988), pela estreia do princípio da insignificância na mais alta Corte do País, superando um acervo jurisprudencial até então pobre e nada inspirador; b) o HC 81.057/SP (2004), no qual se esboça uma tentativa de controlar a extensão de uma norma penal incriminadora na perspectiva da ofensividade abstrata; c) o HC 84.412/SP (2004), pela pretensão de orientar a jurisprudência do STF com base em critérios mais ou menos objetivos; d) o HC 92.961/SP (2007), exemplo de *turning point* na compreensão do princípio da insignificância, por estendê-lo a casos de posse ilegal de drogas.

Quisemos ainda resgatar a sutil diferença entre o *princípio da insignificância*, conforme a elaboração pretoriana do STF, e o *princípio da concreta ofensividade*. O primeiro desenvolveu antídotos, vamos dizer assim, contra uma visão estática e demasiado idealizada do bem jurídico constitucional. Isso significa que, para a aplicação do princípio da insignificância, conta muito o sentido da ação no seu específico contexto social. Por seu turno, o princípio da concreta ofensividade, em estado puro, parece desencorajar avaliações diversas da lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado, a não ser que tais avaliações, afinal, possam se reencontrar no objeto da tutela. Assim, o princípio da insignificância está mais disposto a temperar o *juízo de desvalor penal* com informações dinâmicas que extrapolam o elemento *bem jurídico*.

Em termos estritamente teóricos, o princípio da insignificância seria uma versão mais restritiva do juízo de concreta ofensividade, na medida em que exige, para declaração da atipicidade material, a presença de certas características não fornecidas pela conduta em si considerada (ou seja, impõe uma investigação *para além* do comportamento criminoso). Não obstante, do ponto de vista político, a construção do STF encaminha-se para o progressivo acolhimento do princípio da insignificância e alargamento de suas fronteiras, como tem sugerido a jurisprudência dos últimos anos. Essa contradição pode ser interpretada como um conveniente mecanismo de autocontrole de que se vale a Corte.

Em que pese a relativa abertura dos critérios definidos pelo STF, não acreditamos que todos os fatores influentes no veredicto sobre o princípio da insignificância possam ser

reconduzidos a um esquema conceitual fixo. Dizendo realisticamente, a sorte do referido princípio depende de uma conjunção muito favorável de fatores que estão ligados, inclusive, à cultura institucional dominante no Poder Judiciário.

7. Referências bibliográficas

ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.

_____. Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale. In: STILE, Alfonso M. (org.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Napoli: Jovene, 1985.

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. In: CANESTRARI, Stefano & MELCHIONDA, Alessandro (orgs.). *Scritti di diritto penale*. Vol. I (Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio), t. I (Dal 1960 al 1973).Milão: Giuffrè, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 4, n. 15, p.7-17, abr.-jun., 1996.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal; crimes econômicos; responsabilidade penal das pessoas jurídicas; legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente & COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico; un dogma al servizio della politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.). *Il diritto penal alla svolta di fine millennio*. (Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola – Bologna, 18-20 maggio 1995) Turim: Giappichelli, 1995.

DONINI, Massimo. *Teoria del reato; una introduzione*. Padova: Cedam, 1996.

_____. Selettività e paradigmi della teoria del reato. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 338-394, 1997.

_____. La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice. (Riflessioni a margine di una ricerca). In: *L'Indice Penale*, n. 2, ano III, p. 657-706, mai.-ago. 2000.

_____. *Il volto attuale dell'illecito penale*; la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà. Milão: Giuffrè, 2004a.

_____. Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica. In: STORTONI, Luigi, FOFFANI, Luigi (orgs.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo; l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. (Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000). Milão: Giuffrè, 2004b.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione; teoria del garantismo penale*. 7 ed. Roma: Laterza, 2002.

FIANDACA, Giovanni. Il «bene giuridico» come problema teórico e come criterio di politica criminale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 42-81, 1982.

IORE, Carlo. Il principio di offensività; tra codificazione e previsione costituzionale. In: *L'Indice Penale*, Padova, ano XXVIII, p. 275-288, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. *O princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (fato punível). In: *Revista Jurídica*, n. 308, p. 72-84, jun. 2003.

_____. *Direito penal; parte geral; teoria constitucionalista do delito*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LA SPINA, Antonio. *La decisione legislativa; lineamenti di una teoria*. Milão: Giuffrè, 1989.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 757, ano 87, p. 402-411, nov. 1998.

_____. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. Bens constitucionais e criminalização. In: *Revista CEJ*. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, n. 4, p. 103-108, jan.-abr. 1998.

MANES, Vittorio. Il principio di offensività. In: *L'Indice Penale*, Padova, n. 1, ano VI, p. 147-165, 2003.

MARINUCCI, Gogio & DOLCINI, Emilio. Costituzione e politica dei beni giuridici. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, n. 2, p. 333-373, 1994.

PALAZZO, Francesco. Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, n. 2, p. 350-384, 1998.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PULITANNÒ, Domenico. Obblighi costituzionali di tutela penale? In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milão, n. 1, p. 484-531, 1983.

_____. Quali riforme in materia penale dopo la Bicamerale? In: *Il Foro Italiano*. Bolonha, parte V, p. 288-300, 1998.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 3 ed. Turim: Giappichelli, 2005.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade; o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

SILVEIRA, Fabiano. *Da criminalização do racismo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VASSALI, Giuliano. Considerazioni sul principio di offensività. In: *Scritti giuridici*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 835-892. v. I, t. I.