

## A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO COMO LIMITE AO PODER DE PUNIR: UMA VISÃO À LUZ DA DOCTRINA DE ROBERT ALEXY E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE LEGAL ASSET'S CONSTITUCIONAL DIMENSION AS A BOUNDERIE TO  
THE PUNITIVE POWER: A VISION THROUGH ROBERT ALEXY'S DOUCTRINE  
AND THE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL'S JURISPRUDENCE

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL BIEN JURÍDICO COMO LÍMITE AL  
PODER PUNITIVO: UMA VISIÓN A LA LUZ DE LA DOCTRINA DE ROBERT  
ALEXY Y LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

<https://orcid.org/0000-0003-3051-2966> / <http://lattes.cnpq.br/2042697331981933> / [sbam@terra.com.br](mailto:sbam@terra.com.br)

Universidade Federal da Bahia - UFBA.  
Salvador, Bahia.

CAIO MOUSINHO HITA

<https://orcid.org/0000-0002-5397-7793> / <http://lattes.cnpq.br/8918585383948256> / [caio@sml.adv.br](mailto:caio@sml.adv.br)

Universidade Federal da Bahia - UFBA.  
Salvador, Bahia

### RESUMO

Este trabalho visa, através de uma pesquisa bibliográfica, avaliar se o Supremo Tribunal Federal adota o método de ponderação proposto por Robert Alexy, e qual seria o papel da Corte Suprema na contenção do direito penal, garantindo que somente sejam criminalizadas condutas com o fim de proteção de um bem jurídico. A função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos especialmente relevantes. Considerando a gravidade da sanção cominada, que vulnera direitos fundamentais como a liberdade, a atuação do Direito Penal somente é legitimada se os bens jurídicos possuírem origem também constitucional. Assim, a escolha pela criminalização ou não de uma conduta é uma ponderação entre a liberdade e a necessidade de intervenção, podendo, portanto, ser avaliada pelo método de ponderação proposto por Robert Alexy, o que, conforme verificado, seria plenamente possível, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já lança mão do método proposto por Robert Alexy.

**Palavras-chave:** Expansão do Direito Penal; Bem Jurídico; Ponderação.

### ABSTRACT

Through a literature review this paper seeks to evaluate if the Supremo Tribunal Federal adopts Robert Alexy's weighting and balancing formula and what would be the Court's role on the criminal law's containment, ensuring that there can only be criminalisation to protect legal assets. The criminal law's main objective is to protect especially relevant legal assets. Taking in regard the severity of the sanctions, the criminal law's actions can only be legitimated if the legal assets also have constitutional origin. Thus the decision to criminalize a conduct is a weighting and balancing between freedom and the intervention need that can be, therefore, evaluated by Robert Alexy's formula, which, as tested, is already used by the Supreme Court.

**Keywords:** Criminal Law's Expansion; Legal Asset; Weighting and Balancing.

## RESUMEN

Este documento tiene como objetivo, através de una revisión bibliográfica, evaluar si el Supremo Tribunal Federal adopta el método de ponderación propuesto por Robert Alexy, y cuál sería el papel de la Corte Suprema para contener el derecho penal, asegurando que solo se penalice la conducta con el propósito de proteger un bien jurídico. La función principal del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos especialmente relevantes. Considerando la gravedad de la sanción que viola derechos fundamentales como la libertad, el cumplimiento del derecho penal solo se legitima si los bienes jurídicos también tienen origen constitucional. Por lo tanto, la opción de criminalizar o no la conducta es un equilibrio entre la libertad y la necesidad de intervención y, por lo tanto, puede evaluarse mediante el método de ponderación propuesto por Robert Alexy, que, como comprobado, ya es utilizado por la Suprema Corte.

**Palabras clave:** Expansión del Derecho Penal; Biene jurídico; Ponderación.

## SUMÁRIO

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO. 2 ALEXY E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3 ALEXY E O CONTROLE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELO STF: UM CAMINHO POSSÍVEL. 3.1 Adequação. 3.2 Necessidade. 3.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS**

## INTRODUÇÃO

A produção de conhecimento na academia parece sempre ter origem na angústia sentida frente a alguma situação vivenciada, seja ela “da vida real” ou uma mera inquietação teórica. Em geral, a produção de textos científicos deve buscar respostas para inquietações que o autor vivencia, ou mesmo para apenas compartilhá-las com o intuito de estimular uma construção coletiva de conhecimento.

Esclareça-se desde já que se trata de um daqueles textos que mais expõe as inquietações do que propriamente oferece respostas para elas. Trata-se, portanto, de um ponto de partida, sem pretensões de exaurir qualquer um dos temas tratados. Isso significa que não se aprofundará qualquer debate acerca dos conceitos utilizados, sendo eles tão somente uma referência para situar aqueles que porventura venham a ler essas breves linhas. Vamos, então, a tais inquietações.

O pensamento penal da segunda metade do Século XX, sobretudo a partir dos aportes de Claus Roxin, acentuou a importância de proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Apesar das dificuldades de se atribuir um conteúdo material ao bem jurídico, seu conceito, de alguma forma, tem a pretensão de ser um instrumento do Estado de Direito, isto é, termina sendo um meio de limitação do poder punitivo.

Diante de um processo paulatino de perda de substância daquilo que se convencionou chamar de “Direito Penal Clássico” ou “Direito Penal Liberal”, o conteúdo material do bem jurídico

---

termina sendo um resquício de segurança jurídica numa época em que conceitos e institutos são cada vez mais voláteis.

Nesse contexto, a punição, na prática, vem sendo atribuída em razão da violação de um dever de fidelidade à norma, e não mais como consequência de uma lesão a um bem jurídico. E o mais grave é que esse novo atuar vem sendo escamoteado por um discurso que transforma o bem jurídico numa expressão fluida e retórica. E com a perda de solidez da noção de bem jurídico, vai se esvaindo, pouco a pouco, o princípio da lesividade.

A inquietação surge, então, da sensação de impotência em relação a tal fenômeno. Explica-se: a doutrina penalista, com destaque para a Escola de Frankfurt, se ocupou de denunciar a expansão do Direito Penal, afastando-o dos pilares de legalidade estrita e segurança jurídica associados ao que se convencionou chamar de Direito Penal “clássico”. No entanto, para além do constrangimento teórico a que submete os legisladores e o Poder Judiciário, a mera crítica doutrinária não vem sendo capaz de conter o avanço do poder punitivo.

Este texto surge, portanto, como uma provocação para que os atuais atores do mundo jurídico, notadamente o Supremo Tribunal Federal e aqueles com compromisso democrático com a Constituição, assumam um papel de contenção e limitação do poder punitivo, resguardando a ideia de bem jurídico a partir dos próprios marcos teóricos adotados pelo Pretório Excelso para resolução de questões penais (e inclusive não penais).

Para tanto, através de uma revisão bibliográfica, expõe-se inicialmente, que o bem jurídico, cuja proteção subsidiária seria o fim precípua do Direito Penal, deve ter necessariamente dimensão constitucional, sendo a tipificação de condutas com o fito de tutelá-los nada mais do que o conflito entre a valores de liberdade e necessidade de intervenção.

Em seguida, também por meio de uma pesquisa bibliográfica, passa-se a analisar se o método da ponderação de Robert Alexy foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal. Esse ponto é relevante na medida em que sua aplicação na análise dos tipos penais pode se converter em relevante ferramenta de contenção do poder punitivo.

E, levando-se em conta a maneira pela qual o Supremo Tribunal Federal tem aplicado os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o trabalho objetiva discutir, a partir dos paradigmas adotados pela Suprema Corte, se o método de ponderação proposto por Robert Alexy tem o condão de permitir um controle judicial à expansão do Direito Penal, sobretudo quando a ideia de bem jurídico vem perdendo substância para se transformar cada vez mais em expressão retórica.

Em outras palavras, objetiva-se discutir a possibilidade de controle de legitimação do poder punitivo dentro da própria dogmática, a partir de critérios já adotados pelo Pretório Excelso.

Por fim, estuda-se a possibilidade de utilização deste critério na análise da constitucionalidade de criminalização de condutas, à luz de uma teoria do bem jurídico, inserida dentro de um contexto de necessária lesividade, em tese, para que a intervenção penal esteja submetida a um mínimo patamar de legitimidade.

Assim, a hipótese ventilada, e confirmada de acordo com os resultados encontrados, é que, com as ferramentas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal para aplicar o princípio da proporcionalidade, se possibilita, pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, fazer um controle de constitucionalidade das criminalizações penais.

## 1. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO

Qual é a função do Direito Penal? Neste trabalho, esclareça-se, trata-se do tema numa perspectiva dogmática, sem aprofundamento das críticas da criminologia contemporânea, como por exemplo as desenvolvidas por Lola Anyar de Castro<sup>1</sup> ou Eugênio Raúl Zaffaroni<sup>2</sup>, de que o Direito Penal age como uma espécie de instrumento de controle social, especialmente voltado a uma determinada parcela da população. Registre-se que não se está a negar o acerto das conclusões mencionadas, mas sim a delimitar o presente trabalho no âmbito dogmático do Direito Penal e no discurso que lhe empresta legitimidade.

Então, mais uma vez, pergunta-se: qual é a função do Direito Penal? Claus Roxin opina no sentido de que o Direito Penal tem a missão de garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os seres humano, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas menos gravosas de controle social<sup>3</sup>.

Considerando a gravidade das sanções cominadas e aplicadas pelo Direito Penal, filósofos e penalistas passaram a desenvolver teorias objetivando delimitar a agenda criminalizante desse ramo do direito. O objetivo central dessas construções teóricas seria reconhecer que o Poder Punitivo, num Estado de direito, está submetido a limites, para que se respeite e observe o primado da dignidade humana.

<sup>1</sup> DE CASTRO, Lola Anyar. **Criminologia da Liberdade**. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

<sup>2</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

<sup>3</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32.

O constitucionalismo e Direito Penal moderno inspiraram-se nos mesmos postulados ideológicos do iluminismo, de tal forma que o Direito Penal liberal surgiu justamente para conferir uma dimensão de dignidade ao poder punitivo irracional e arbitrário, que passava a ser limitado pela lei, que assegurava a todo e qualquer indivíduo, apenas pelo fato de ser pessoa humana, direitos de liberdade<sup>4</sup>.

Assim, a Dogmática Penal cuidou de apontar limites ao poder estatal de criminalizar. Esse limite já foi caracterizado de diversas formas, como bem aponta Bernd Schünemann, numa espécie de linha do tempo, onde indica que os penalistas sempre apontaram no sentido de que somente se justificaria a intervenção penal se se cuidasse de reprochar um “dano social” (Beccaria e Hommel), “lesão ao direito” (Feuerbach) ou “bem jurídico” (Birnbaum)<sup>5</sup>.

Neste contexto histórico, Birnbaum em 1834, introduziu o conceito de bem jurídico no contexto jurídico-penal, em substituição ao de direito subjetivo. Para o referido autor, a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva, representava um afastamento da ideia preexistente de delito como lesão ao direito subjetivo de alguém em três pontos: a) na configuração do conceito de bem comum; b) na ampliação do fim do Estado; e c) na renúncia de extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário<sup>6</sup>.

No entanto, como pondera Klaus Gunther<sup>7</sup>, o conceito de bem jurídico, quando introduzido por Birnbaum, representa, em cotejo com o conceito de direito subjetivo que então medrava, o princípio de uma expansão de possíveis objetos de incriminação, haja vista que delitos relacionados a religião, moralidade e poder de polícia não poderiam facilmente ser compaginados com a ideia de violação do direito subjetivo de alguém.

Malgrado a ideia original de bem jurídico ter servido de instrumento que legitimou, no passado, a expansão do Direito Penal, é certo que a ideia de bem jurídico evoluiu como importante elemento de contenção do poder punitivo.

<sup>4</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; SANTOS, Natália Petersen Nascimento. A legalidade penal como concretização da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica da Presidência*. V. 20 ed. 122. 2018

<sup>5</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>6</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29.

<sup>7</sup> GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho Penal?. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000. p. 496.

A formulação de um conceito material para o termo “bem jurídico” talvez seja, ao mesmo tempo, uma urgente necessidade e uma das mais árduas tarefas dos teóricos do Direito Penal. Para Schunemann<sup>8</sup>, a tentativa de sua conceituação parte de uma metodologia equivocada, pois nega ao bem jurídico qualquer conteúdo prévio, fazendo seu conceito o resultado da interpretação dos tipos penais.

Como dito, a conceituação material do bem jurídico não é tarefa fácil e não encontra consenso entre os estudiosos do tema, sendo certo, no entanto, que a noção decorre de dados e valores que são pressupostos de um convívio pacífico entre as pessoas<sup>9</sup>, surgidos da experiência concreta da vida e que possuem uma “universalidade que possibilitam sua generalização, através da discussão racional e o consenso, e sua concreção em postulados axiológicos materiais”<sup>10</sup>.

O bem jurídico possui, assim, uma função de parâmetro negativo e crítico à lei penal<sup>11</sup>. Em razão da extrema gravidade da sanção imposta ao desviante, não poderia o poder público criminalizar qualquer conduta. Em verdade, o programa de criminalização deveria se limitar às condutas que impliquem em vulneração aos bens jurídicos<sup>12</sup>, exercendo, assim, sua proteção. Essa seria, em última análise, a partir de uma teoria legitimadora, a função dogmática do Direito Penal.

Percebe-se, assim, que a ideia de bem jurídico carrega consigo um caráter limitador do poder de punir. Considerando o valor que é sacrificado com a sanção penal - a liberdade -, somente se há de falar em aplicação de tão severa punição se se busca proteger um bem jurídico igualmente relevante.

Esta ideia é cristalizada no princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*), que determina que somente se deve aplicar a sanção penal na defesa de bens jurídicos essenciais, e não qualquer um deles, e no caso de não existir outros meios eficazes para tanto. É também percebido no princípio da fragmentariedade, que preconiza que nem toda ofensa a um bem jurídico-penal será relevante, somente sendo digna da proteção do Direito Penal aquelas violações especialmente graves.

Da infinidade de bens jurídicos existentes, apenas alguns justificam a proteção penal, e apenas algumas das formas de violação. Qual deve, então, ser o critério de seleção? Decerto que

<sup>8</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 35.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

<sup>11</sup> HASSAMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 210.

<sup>12</sup> VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000.



os bens jurídicos não são criados quando da tipificação de uma conduta, devendo ser encontrados antes, como uma espécie de legitimação prévia para a criminalização de determinada conduta, que representa a tutela das condições individuais necessárias para uma coexistência digna entre as pessoas, bem como a preservação das instituições estatais adequadas para a consecução do bem comum, desde que a proteção a tais interesses não possa ser atingida por meio menos gravoso<sup>13</sup>.

Como pondera Mir Puig<sup>14</sup>, em um estado laico a serviço dos cidadãos, toda intervenção penal deve justificar-se pela finalidade de proteger interesses diretos ou indiretos dos cidadãos, o que desemboca no princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, entendidos como interesses fundamentais diretos ou indiretos (coletivos) dos cidadãos.

Dulce Maria Santana Vega<sup>15</sup> afirma que os princípios do Direito Penal são extraídos das constituições, que atuam como verdadeiro limite e origem deles. Esses princípios, ao serem extraídos da Constituição, sinalizam quais são as condições mínimas para que se produza a intervenção penal do estado. Assim, a mencionada autora chama isso de marco vinculante da intervenção. É preciso, ainda, observar em que ponto a atribuição de uma função ao Direito Penal pode representar perturbação da delimitação estabelecida por esses princípios na esfera de liberdade dos cidadãos, o que a autora chama de marco de referência.

A autora leciona que os princípios fundadores do Direito Penal são a sintetização das bases que fundamentam e regem o sistema penal. Como já dito, esses princípios derivam da Constituição e não podem ser compreendidos como meros instrumentos técnicos de solução ou sistematização de problemas dogmáticos.

Estes princípios constitucionais, apesar de não serem princípios penais propriamente ditos, por suposto, influenciam e determinam o subsistema penal, que “determina ou vincula o legislador quanto ao conteúdo do Direito Penal”<sup>16</sup>. É que o legislador infraconstitucional deve sempre em sua produção legislativa se pautar pelos princípios e direitos fundamentais encartados na Constituição.

É na Constituição, portanto, que deve ser encontrada a base substancial para a agenda de criminalização de condutas. A própria fundamentação da decisão de criminalizar esta ou aquela

<sup>13</sup> ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18.

<sup>14</sup> MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho Penal*. Madrid: lustel, 2011. p. 111.

<sup>15</sup> VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000.

<sup>16</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microsistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 122.

conduta somente pode ser aceita se a razão da escolha encontra abrigo na Constituição. A própria seleção dos bens jurídicos penalmente tutelados é um reflexo destes princípios estruturantes constitucionais<sup>17</sup>.

E, como aduz Mir Puig<sup>18</sup>, a ideia de bem jurídico é fundamental num Estado que subordina seu poder punitivo a serviço das pessoas. Com efeito, os bens jurídico-penais mais indiscutíveis são reconhecidos como Direitos Humanos pelas declarações internacionais e como direitos fundamentais em constituições democráticas, e isto tem o condão de representar interesses das pessoas frente ao Estado. Prescindir desta premissa seria colocar as normas como objeto central de proteção do Direito Penal, o que seria inadmissível num Estado Democrático.

Assim, a apreensão do conteúdo do que é bem jurídico penal parte da premissa de que o legislador eleva a tal categoria o que já se mostra como um valor relevante na realidade social. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, que retrata e proclama aquilo que constitui fundamento e valor essencial de uma determinada época, conferindo, por intermédio do Direito Penal, um especial tratamento jurídico<sup>19</sup>.

Em linhas semelhantes, Evandro Pelarín pontua que diante de uma vagueza do conceito de bem jurídico e da dificuldade de se chegar a um consenso quanto ao seu conceito material, faz-se necessário encontrar um instrumento idôneo que sirva de “mediatizador do conceito de bem jurídico”, um instrumento legitimante e que não seja tão somente orientador do legislador, mas verdadeiramente vinculante. Esse instrumento, por suposto, só poderia ser a constituição<sup>20</sup>.

E não poderia ser diferente, uma vez que a sanção penal restringe o direito fundamental à liberdade, sendo necessário, portanto, dentro de uma visão sistêmica do direito, que sua vulneração se dê em atendimento a algum outro princípio constitucional, ou melhor, de um bem jurídico constitucionalmente fundamentado.

O bem jurídico, ou melhor, o princípio de exclusiva proteção do bem jurídico, é, portanto, um limite essencial imposto ao legislador em material penal. É justamente a ideia de que o poder público não é absolutamente livre para criminalizar qualquer conduta, e indicando as fronteiras

<sup>17</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal: sistemas, códigos e microsistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 126.

<sup>18</sup> MIR PUIG, Santiago, **Bases constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 113.

<sup>19</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 83.

<sup>20</sup> PELARÍN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002. pp. 118-119.



de uma criminalização que se supõe legítima<sup>21</sup>. E mais, esse bem jurídico deve ser muito bem definido e ter origem constitucional, uma vez que sua proteção através do Direito Penal terá o condão de vulnerar a liberdade do desviante.

Em suma, não pode o Direito Penal escolher criminalizar qualquer conduta, fundamentando tal escolha na mera invocação da necessidade de respeito à norma. A norma penal não pode ser um fim em si mesma, devendo sempre se atentar aos princípios constitucionais estruturantes do direito penal e ao seu fim, qual seja: a proteção de bens jurídicos constitucionalmente fundamentados.

Ocorre que a modernidade do Século XX trouxe profundas e significativas alterações nas dinâmicas sociais e nas formas de relação entre as pessoas e entre essas e a econômica. Inaugurou-se o que Ulrich Beck chamou de “Sociedade do Risco”, onde o eixo primordial de atenção deixa de ser o dano concreto e palpável, passando a se deslocar para a criação do risco<sup>22</sup>. Essa alteração de paradigma, por suposto, também atingiu o Direito Penal.

Eduardo Demétrio Crespo resume o fenômeno da expansão/modernização em três grandes traços: a) administrativização do direito penal; b) a regionalização/ globalização do Direito Penal; e c) a progressiva desconstrução do paradigma liberal do direito penal<sup>23</sup>.

A chamada modernização, para o Direito Penal, trouxe um movimento de expansão de sua aplicação, com flexibilização de garantias liberais tradicionais, adiantamento da punição para o momento do risco, e não mais do resultado, e por uma certa ‘eterização’ dos bens jurídicos supostamente tutelados<sup>24</sup>.

Tratando do bem jurídico no âmbito do discurso jurídico na sociedade de risco, Paulo Silva Fernandes denuncia que, nas novas modalidades de Direito Penal, haveria uma construção artificial do conceito. Logo, amiúde bens jurídicos são alçados a tal condição após a criminalização das condutas, e não de maneira inversa<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20.

<sup>22</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

<sup>23</sup> CRESPO, Eduardo Demétrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. *Ciências Penais*, vol. 1, Jul., 2004. p. 8.

<sup>24</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. pp. 94-99.

<sup>25</sup> FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 82.

Assim, sob o pretexto de proteção de bens jurídicos etéreos, imateriais, “descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto”<sup>26</sup>, o legislador vem criando diversos tipos penais sem qualquer respeito aos ditames constitucionais que deveriam balizar suas decisões criminalizantes. Chama-se de bem jurídico qualquer que seja o interesse que se busca proteger com determinada tipificação penal, sem que se respeite a necessária fundamentação constitucional daquela escolha. Em outras palavras, pratica-se verdadeiras “fraudes de etiqueta” para justificar a criminalização da mera desobediência de norma, sem qualquer substrato material que a legitime.

O conceito de bem jurídico termina sendo utilizado, com a escusa da metáfora, como uma “nuvem”, cheio de belas expressões retóricas e adaptáveis a qualquer situação, e sem nenhuma densidade.

Indaga-se, pois, se algum tipo de controle constitucional, a partir dos alicerces interpretativos trazidos pelo Supremo Tribunal Federal, poderia conter a expansão do Direito Penal, notadamente aquela que não respeita a necessária proteção ao bem jurídico, de dimensão constitucional, através do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

## 2 ALEXY E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como já alertava Zygmunt Bauman, a modernidade é caracterizada pelo “derretimento dos sólidos”<sup>27</sup>, onde as certezas “firmes”, “duradouras” e estáveis deram espaço a construções mais flexíveis e tanto menos sistemáticas. Como parte fundamental de qualquer organização social, o Direito também não passou incólume a tal movimento.

Lênio Luiz Streck, tecendo críticas às interpretações dadas pela doutrina nacional, sustenta que o Século XX trouxe, principalmente com os escritos de Heidegger e Gadamer, uma virada hermenêutica-interpretativa no Direito, com a superação de paradigmas metafísicos objetivistas e subjetivistas, gerando uma espécie de “positivismo normativista pós-kelseniano”, como conceitua o autor<sup>28</sup>. Este é apenas um dos exemplos que o Século XX trouxe uma série de reviravoltas na teoria do direito e em sua aplicação.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 50.

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 13.

<sup>28</sup> STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. p. 159.

Talvez um dos melhores exemplos dessa “virada” hermenêutica seja o chamado neoconstitucionalismo. Apesar da imprecisão do termo, que possui uma diversidade de conceitos e acepções pouco recomendadas ao rigor científico, o neoconstitucionalismo, como explica Ricardo Marcondes Martins, se deu em contraponto ao denominado positivismo capitaneado por Hans Kelsen e Herbert Hart, e identifica que três teses podem ser associadas ao termo: “a) a divisão entre regras e princípios; b) a aplicação do direito por ponderação; e c) e a vinculação necessária entre direito e moral”<sup>29</sup>.

O modelo neoconstitucionalista é mais do que uma mera superação do constitucionalismo tradicional, pois coloca a Constituição como o centro normativo de todo o ordenamento jurídico, só que desta vez não é pensada como um esquema homogêneo de uma classe dominante, mas sim um esquema heterogêneo de uma sociedade plural e democrática<sup>30</sup>. Os princípios adquirem primazia, e os processos interpretativos não mais se realizam pelos tradicionais critérios da hermenêutica positivista. Emergem as ponderações de princípios, cuja concretização termina por valorizar as funções do Poder Judiciário na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Um dos mais relevantes expoentes deste movimento é Robert Alexy, que, em sua obra intitulada “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traçou todo o desenho de um sistema jurídico próprio, que influenciou a aplicação do direito, e principalmente o sistema de controle de constitucionalidade, de diversos países. Não sem razão, Robert Alexy é um dos autores mais citados em trabalhos acadêmicos no Brasil<sup>31</sup>.

Sem pretender fazer qualquer exposição exauriente da obra de Robert Alexy, até porque muitos já são os trabalhos acadêmicos neste sentido, cumpre apenas registrar que o mencionado autor é talvez o maior responsável pelas três teses que Ricardo Marcondes Martins associou ao neoconstitucionalismo. Especialmente relevante são as considerações feitas em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, onde o referido autor retoma um tema caro aos novos paradigmas de interpretação: a diferença entre regras e princípios.

<sup>29</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. In: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acesso em 15 mai. 2019

<sup>30</sup> GRACIA, Jaime Cárdenas. *La Argumentación como Derecho*. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p. 41.

<sup>31</sup> GORZONI, Paula. Entre princípios e a regra. *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 85, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002009000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013). Acesso em: 15 jun. 2019

Para Robert Alexy, a diferença entre regras e princípios é qualitativa, alicerçada num ponto fundamental. Os princípios seriam verdadeiros mandados de otimização, que se caracterizam pela possibilidade de serem cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. As regras, por seu turno, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Ou seja, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível.

Esta diferença se revela nítida quando se faz o exame da solução de conflitos nas hipóteses de colisão de princípios e colisão de regras. Na colisão de regras, um conflito só pode ser resolvido por uma de duas: a) pela introdução de uma cláusula de exceção que elimina o conflito; b) pela declaração de invalidade de uma das regras. No caso dos princípios, a solução é inteiramente distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um princípio cede a outro sem que se torne inválido, de modo que os princípios têm peso distinto e prevalece o princípio com maior peso<sup>32</sup>.

Daí porque invoca-se a liquidez de Bauman no início do texto: não se há de falar numa só resposta para casos parecidos, num sistema seguro e estanque, sendo necessária a construção de uma solução própria para aquele caso concreto.

O sistema para a solução de conflitos entre princípios imaginado por Robert Alexy pressupõe um exercício que deve passar pelos seguintes passos: a) adequação: aquela medida concreta é adequada para o atingimento da finalidade pretendida? b) necessidade: aquela medida é necessária? Existe outra forma menos danosa a um outro princípio para o atingimento do pretendido? c) proporcionalidade em sentido estrito: é razoável sacrificar a aplicação de determinado princípio naquela medida para garantir a aplicação do princípio conflitante, também naquela medida apresentada? O ganho com o sacrifício de um princípio é justificável?

Considerando a complexidade das sociedades modernas, os interesses tutelados pelas normas jurídicas envolvem uma série de princípios que acabam, em certo grau, entrando em conflito, razão pela qual a teoria desenvolvida por Robert Alexy é tão popular.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não ficou imune à influência desse teórico. Principalmente a partir de 2002, com o ingresso do Ministro Gilmar Mendes na Corte Suprema, as

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 91.

decisões da Suprema Corte Brasileira passaram, em matéria de controle de constitucionalidade, a serem influenciadas pela ideia de ponderação elaborada por Robert Alexy<sup>33</sup>.

Fabiano Hartmann Peixoto analisou decisões do Supremo Tribunal Federal no período de 2003 a 2014, buscando apurar a aplicabilidade, pela Suprema Corte, do modelo de ponderação descrito por Alexy. O mencionado autor concluiu que, apesar do Supremo Tribunal Federal fazer intenso uso da argumentação da ponderação, “de maneira muito marcante o conjunto de decisões avaliado indicou que a ponderação feita pelo STF de 2003 a 2014 apresentou muitas inconsistências com a base teórica que a desenvolveu”<sup>34</sup>.

Aplicando bem ou mal, com ou sem grande rigor metodológico, é certo que a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal permite verificar que a argumentação da ponderação está intimamente relacionada com a forma de nossa Corte Maior se manifestar acerca do controle de constitucionalidade. Além de valer-se do levantamento de PEIXOTO, é possível selecionar alguns julgados que indicam a mesma conclusão.

Tome-se como exemplo a decisão tomada pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907, do Rio de Janeiro. Em tal ação, a Confederação Nacional do Comércio questiona a constitucionalidade da Lei nº 2.130/93, do Estado do Rio de Janeiro, que torna obrigatória a prestação de serviços de empacotamento nos estabelecimentos comerciais autodenominados Supermercados. O cerne da questão seria o confronto entre o princípio de proteção ao bom atendimento ao consumidor e o princípio da livre iniciativa, ambos, segundo a Corte, protegidos constitucionalmente. O voto condutor do acórdão nesse feito, da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, assim argumenta:

No entanto, verifico que a Lei nº 2.130/1993, do Estado do Rio de Janeiro, padece de vício material. Isso porque a restrição ao princípio da livre iniciativa, protegido pelo art. 170, caput, da Constituição, a pretexto de proteger os consumidores, não atende ao princípio da proporcionalidade nas suas três dimensões: (i) adequação; (ii) necessidade; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> ARABI. Abhner Youssif Mota. A teoria argumentativa de Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. *RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ, Rio de Janeiro*, v. 2, nº 21, jan./jun. 2012. p. 7.

<sup>34</sup> PEIXOTO, Fabiano Hartmann. *A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica*. 2015. 275 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>. Acesso em: 10 jun. 2019. p. 267.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 2.130/93*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 907. Confederação Nacional do Comércio e Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 23 de novembro de 2017.

Outro exemplo didático da aplicação da teoria de Robert Alexy é encontrado no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, onde se discutiu, em suma, a constitucionalidade dos arts. 124 e 126 do Código Penal quanto à incidência na interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Nesse caso, encontravam-se em conflito os princípios da proteção à vida e da autonomia e integridade física da mulher. Mais uma vez destacando o voto condutor do acórdão, também da lavra do Ministro Luís Roberto Barroso:

18. O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça. Conforme entendimento que se tornou clássico pelo mundo agora, a proporcionalidade divide-se em três subprincípios: (i) a adequação, que se identifica a idoneidade da medida para atingir o fim visado; (ii) a necessidade, que expressa a vedação do excesso; e (iii) a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde<sup>36</sup>.

Neste acórdão, aliás, é feita análise sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, concluindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal que uma interpretação conforme a constituição exigiria a exclusão do âmbito de incidência da norma penal em comento da interrupção voluntária da gestação nos três primeiros meses.

Até mesmo quando do deferimento de diligências investigativas, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal defendeu a constitucionalidade do afastamento do sigilo bancário do investigado, mitigação do princípio da proteção ao direito à intimidade. Como se verifica no voto condutor Acórdão do julgamento do Agravo Regimental no Inquérito nº 3.922/CE, da lavra do Ministro Dias Toffoli, onde se assentou que:

Como bem destacado na decisão hostilizada, a restrição de seu direito à intimidade se mostra: 'i) apta a atingir o resultado proposta, qual seja, demonstração dos ilícitos penais e sua autoria (adequação ou idoneidade); ii) necessária, uma vez que inexistente outro meio alternativo, menos gravoso e igualmente eficaz, para rastreamento do real destino dos recursos supostamente desviados e dos valores eventual e ilicitamente auferidos pela investigada, e iii) proporcional em sentido

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313352147&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun 2019.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para reconhecer a sua não incidência no primeiro trimestre de gestação**. Habeas Corpus n. 124306. Jair Leite Pereira, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 16 de março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019



---

estrito, uma vez que as vantagens, para a presente investigação, decorrentes do afastamento do seu sigilo bancário, compensam o sacrifício, o ônus imposto ao seu direito à intimidade<sup>37</sup>.

Constata-se, *prima facie*, que a teoria formulada por Robert Alexy é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para analisar a constitucionalidade de normas jurídicas. Ainda que seja possível perceber uma ausência de rigor metodológico na análise das decisões, nem se pretenda avaliar a correção da aplicação dessa ou daquela determinada teoria, é certo que as dimensões do princípio da proporcionalidade, compreendido como mandado de otimização, tem pautado decisões do Supremo Tribunal Federal em diversos temas.

### 3. ALEXY E O CONTROLE DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL PELO STF: UM CAMINHO POSSÍVEL

No tópico anterior viu-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza em grande escala a teoria de Robert Alexy - notadamente a ferramenta da ponderação - para decidir acerca da constitucionalidade de normas jurídicas. Trata-se, portanto, de um método amplamente aceito pela Suprema Corte e que baliza uma grande porção de suas decisões, mormente quando se fala do controle concentrado de constitucionalidade, função precípua deste Tribunal.

O que se busca responder nessas breves linhas é, portanto, se pode, ou melhor dizendo, deve a Suprema Corte submeter os tipos penais ao juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito com o fito de garantir a proporcionalidade entre a proteção dos bens jurídicos-penais e a violação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Em outras palavras, questiona-se, portanto, se o método de ponderação proposto por Robert Alexy e, como dito, amplamente aceito e utilizado pelo Supremo Tribunal Federal serve para exercer um controle, ou limitação, à expansão do Direito Penal, no aspecto de perda de substrato de um conceito material de bem jurídico. As perguntas tratam da própria possibilidade de controle de legitimação do poder punitivo dentro da própria dogmática. Trata-se de traçar limites internos, dados pela própria ciência jurídica.

---

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que reconheceu a constitucionalidade do afastamento do sigilo bancário de investigado**. Agravo Regimental no Inquérito n. 3922. Ministério Público Federal e Maria Gorete Pereira. Relator: Ministro José Dias Toffoli. 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4662156>. Acesso em: 15 jun. 2019

A bem da verdade, não se trata sequer de uma análise inédita. Muito pelo contrário. Como já repisado, a teoria de Robert Alexy foi recepcionada com grande entusiasmo pela doutrina jurídica brasileiro, sendo inúmeros os trabalhos que buscam analisar e formular aplicações para suas ideias.

Especificamente sobre a análise de proporcionalidade no Direito Penal, trata-se um mandado de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental. Há, inevitavelmente, uma derivação penal de tal princípio, o qual irá representar, em maior ou menor medida, limitações à esfera de intervenção estatal na liberdade individual. É que a resposta penal representa uma intervenção grave e mitigadora de direitos fundamentais, sendo necessário, portanto, que sua aplicação seja proporcional. Se trata, pois, de um conflito entre liberdade e intervenção<sup>38</sup>.

Se a liberdade está em jogo, evidente que a intervenção penal somente tem uma justificativa dogmática quando alicerçada na proteção de valores igualmente relevantes e de status igualmente constitucionais. Caso assim não seja, estar-se-ia, sem sombra de dúvidas, diante de manifesta inconstitucionalidade.

Mas não basta que o bem jurídico que se busca preservar seja constitucionalmente previsto. É preciso que a intervenção seja proporcional. Certo é que, no Direito Penal e no Processo Penal, o Estado costuma extrapolar seu dever de proteção e tutela, afetando de modo desproporcional Direitos Fundamentais daqueles que, por sua vez, são acusados de violar Direitos Fundamentais alheios.

Uma justificativa, amiúde retórica, de proteção a outros bens jurídicos fundamentais supraindividuais, ou a defesa de valores como ‘segurança’, ‘defesa nacional’, ‘combate à impunidade’, não deve ser utilizado para vulnerar excessivamente Direitos Fundamentais de pessoas que o Estado deve, a priori, proteger. Desta feita, deve-se, inevitavelmente, recorrer ao princípio da proporcionalidade para limitar ao estritamente necessário, adequado e proporcional à intervenção estatal nos Direitos Fundamentais<sup>39</sup>.

Considerando que os bens jurídicos que se pretende proteger também são constitucionalmente previstos e derivam de princípios constitucionais, a aplicação da ponderação, nos termos propostos por Robert Alexy, para a análise da proporcionalidade dos tipos penais é, sem dúvidas, adequada e salutar.

<sup>38</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*, Palmas. Ano 6, nº 07, jan/jun 2014. p. 248.

<sup>39</sup> *Ibidem*. p. 249.

Nesta mesma linha de raciocínio é a conclusão de Gilmar Mendes<sup>40</sup>, para quem a Constituição traz mandados de criminalização, que conferem ao legislador margem ampla para a escolha de medidas de proteção ao bem jurídico, desde que respeitados os limites representados pelo princípio da proporcionalidade. Esta análise, segundo o referido autor, pode e deve ser submetida ao crivo do controle de constitucionalidade.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, que já vem há quase duas décadas aplicando a ponderação de Robert Alexy em suas decisões, pode se converter em importante barreira à expansão do Direito Penal que desfigura sua ideia de proteção subsidiária a bens jurídicos de dimensão constitucional.

Portanto, para que se entenda proporcional determinado tipo penal, é preciso que ela busque preservar um bem jurídico-penal de dimensão constitucional. Isso significa que o bem jurídico que ele busca preservar deve ser encontrado, ou decorrer, da própria Constituição Federal.

Na linha do que sustenta Figueiredo Dias, um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe somente onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total. Nesta linha, tal valor 'preexiste' ao próprio ordenamento jurídico-penal. Isto significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal - jurídico-penal - dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Isto decorre do fato de que a ordem jurídico-constitucional constitui: a) o quadro obrigatório de referência; e também b) o critério regulativo da atividade punitiva do Estado<sup>41</sup>.

Apesar da relevância teórica dessa conclusão, uma vez que limita a incidência do Direito Penal à preservação de determinados bens jurídicos especialmente relevantes e proíbe a sua incidência para condutas que não protegem qualquer bem jurídico, a realidade constitucional brasileira tem algumas peculiaridades.

Em face da extensão, prolixidade e do caráter analítico de nossa Carta da República, é difícil encontrar algum valor, algum bem jurídico que não tenha alguma fundamentação constitucional.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ano XV, n. 90, jun/jul. 2019. p. 31.

<sup>41</sup> DIAS, Jorge Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

Daí a necessidade de se avançar na análise da constitucionalidade dos tipos penais através do estudo de sua proporcionalidade, nos moldes propostos por Robert Alexy. Para tanto, a corte constitucional deve analisar a adequação da criminalização à proteção de determinado bem jurídico; sua real necessidade e a proporcionalidade da vulneração à liberdade para sua proteção.

### 3.1. Adequação

A adequação, como já visto, é a capacidade que determinada medida, no caso, a tipificação penal de determinada conduta, tem para concretizar seu objetivo declarado. Em outras palavras, a pergunta que se deve responder positivamente para ultrapassar essa primeira fase da análise de proporcionalidade é: a criminalização de determinada conduta é capaz de proteger um determinado bem jurídico? Ora, o encarceramento de quem vulnera determinado bem jurídico traz como consequência a proteção deste mesmo bem jurídico?

Essa talvez seja uma das mais difíceis análises a serem feitas por qualquer intérprete, mormente porque perpassa, inevitavelmente, pela própria ideia de função da pena, e sobre a ausência de comprovação empírica da tese de que a pena possui e cumpre suas funções declaradas, e não se pretende, nesse espaço, responder tal pergunta e avançar sobre compreensões agnósticas da pena, mas apenas alertar que esta é uma questão que, inevitavelmente, deve ser enfrentada por quem deseja, de maneira séria, analisar a proporcionalidade das intervenções penais.

É que, antes mesmo de adentrar nas funções declaradas da pena, não faltarão grandes pensadores do direito que advogam pela absoluta ausência de fundamentação legítima e concreta da aplicação de uma pena restritiva de liberdade.

Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, por exemplo, defendem que a pena não possui qualquer uma de suas funções declaradas, nem mesmo as preventivas, não passando de mero exercício irracional de um poder punitivo que age com extrema seletividade<sup>42</sup>.

Para quem se alinha a essas correntes, qualquer agenda criminalizante jamais ultrapassaria sequer essa primeira barreira da ponderação, uma vez que a tipificação da conduta não teria o condão de proteger quaisquer bens jurídicos. Todavia, como dito já no início deste trabalho, tomar-se-á como base uma análise dogmática, focada nas funções declaradas do Direito

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. pp. 98-100.

Penal e da aplicação da pena, não significando, contudo, qualquer discordância ou tentativa de refutar os autores acima citados.

Para que se entenda adequada a aplicação de uma sanção penal a uma pessoa como modo de proteger um bem jurídico, é preciso que se considere válida e verdadeira sua função preventiva, uma vez que tendo ocorrido o delito, não há mais que se falar em proteção daquele bem jurídico tratado no caso concreto, que já teria sido violado.

Assim, reputa-se adequada a criminalização de determinada conduta para a proteção do bem jurídico, se se entende como válida e verdadeira a função preventiva da pena. É dizer, a tipificação penal seria adequada na medida em que a aplicação de uma pena a um desviante teria o condão de inculpir no próprio desviante e na população em geral o receio da sanção.

Este requisito pode ainda ser analisado sob o enfoque de um controle de evidência. Gilmar Ferreira Mendes, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, alerta que uma de suas facetas deve ser a análise de se o legislador, ao julgar adequada a criminalização de determinada conduta, “levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma”<sup>43</sup>. É dizer, a norma somente poderá ser considerada adequada se a opção legislativa se deu com base em ampla discussão lastreada nas informações disponíveis sobre aquela matéria.

Um outro aspecto relevante que decorre da necessidade de adequação do tipo penal à consecução da proteção do bem jurídico é a ideia de adequação social. Ora, determinada conduta que, apesar de subsumir a um tipo penal, seja socialmente aceita, não vulnera qualquer bem jurídico<sup>44</sup>, não passando, portanto, nesses casos, no primeiro filtro da ponderação.

A Suprema Corte poderia, por exemplo, no julgamento do Habeas Corpus nº 104.467/RS, que tinha como pano de fundo a análise da constitucionalidade da criminalização da conduta de manter casa de prostituição, ter aplicado a metodologia proposta por Alexy e, reconhecida a adequação social da conduta, ter julgado desproporcional sua criminalização. Todavia, a Corte expressamente decidiu que o princípio da adequação social, “por si só, não tem o condão de revogar tipos penais”<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Ano XV, n. 90, jun/jul. 2019. p. 39.

<sup>44</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*, Palmas. Ano 6, nº 07, jan/jun 2014. p. 257.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que concluiu pela constitucionalidade da criminalização da manutenção de casa de prostituição**. Habeas Corpus n. 104467. Defensoria Pública da União, Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. 09 de março de 2011.

Percebe-se, já nesta quadra, que a utilização da proporcionalidade-adequação atende mais a um voluntarismo retórico do que propriamente a uma análise aprofundada sobre a adequação do tipo penal aos fins declarados da pena.

### 3.2. Necessidade

Para fins do método de ponderação, a necessidade significa a análise de que determinada medida é a necessária para a consecução do objetivo pretendido. É dizer, é responder se não existe qualquer outra medida menos gravosa que fosse igualmente eficiente para a garantia do direito que se pretende resguardar/promover.

Essa análise para o direito penal não é novidade. Trata-se de uma de suas mais marcantes características: a subsidiariedade.

Como já visto acima, a função do Direito Penal, a partir de teorias legitimadoras de matiz constitucionalista, é justamente a proteção subsidiária a bens jurídicos-penais constitucionalmente relevantes. Diz-se proteção subsidiária pois, em razão da extrema gravidade das sanções cominadas pelo poder punitivo, somente se admitiria seu emprego se nenhuma outra medida fosse apta a proteger o determinado bem jurídico.

Reconhece-se, todavia, que a análise da possibilidade de utilização de outro meio menos gravoso para proteger determinado bem jurídico é complexa e, por muitas vezes, pouco objetiva.

A subsidiariedade, todavia, significa que somente se deve utilizar a sanção penal quando se mostrem ineficazes os outros meios de que dispõem os estados democráticos de combater a criminalidade.

Quanto a este critério, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão utilizou a ideia de subsidiariedade, e, portanto, da dimensão de necessidade, para afastar a incidência da norma penal em relação à conduta de portar munição de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/2003). Nesta oportunidade, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 133.984/MG, a Corte firmou entendimento de que o direito penal “somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”<sup>46</sup>.

Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3908850>. Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de munição de arma de fogo** Habeas Corpus n. 133984. Defensoria Pública da União e Renato de Deus Vieira. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. 02 de junho 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11076549>. Acesso em: 17 out. 2019.



Pensamos que a Corte deveria ter ido além. Inicialmente seriam necessárias políticas sociais e econômicas, não sancionatórias. Caso não fosse suficiente, partir-se-ia para as sanções não penais. Apenas por última se chegaria à sanção penal<sup>47</sup>.

O caminho proposto por Dulce María Santana Vega parece ser uma baliza válida para a análise da proporcionalidade de novos tipos penais. Ora, para que se diga que determinadas medidas seriam insuficientes, uma das metodologias válidas, sem dúvida, seria experimentar antes os meios menos gravosos.

Este talvez seja um dos mais relevantes filtros, e um dos mais ignorados nos dias atuais. Nota-se, por exemplo, que as legislações de emergência, especialmente editadas em razão da pressão de determinados e limitados grupos sociais, costuma trazer um aspecto penal, sem que qualquer outra medida menos gravosa fosse pensada. A resposta penal parece ser, pela sua gravidade, sempre a mais desejada. No entanto as consequências da aplicação do direito penal são demasiadamente sérias para que seja aceita sua utilização com funções meramente simbólicas<sup>48</sup>.

### 3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Nesta última etapa da ponderação, o intérprete deve avaliar se o ganho advindo da preponderância de um princípio compensa a mitigação do outro. Para os fins de análise da proporcionalidade das tipificações penais, é preciso responder se a almejada proteção do bem jurídico compensa a privação da liberdade dos desviantes.

É ainda necessário ponderar “se a afetação dos conflitos é grosseiramente proporcional à magnitude da lesividade do conflito”<sup>49</sup>. É dizer, é preciso avaliar se a concretização dessa agenda criminalizante não traz danos tão ou mais gravosos do que o próprio desvio.

Neste sentido, a Corte, com efeito, já se utilizou da ponderação de proporcionalidade para reconhecer a inconstitucionalidade do crime de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (art. 25 do Decreto-Lei nº 3.688/41). Dentre os argumentos

<sup>47</sup> VEGA, Dulce María Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, 2000.

<sup>48</sup> HASSAMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 209.

<sup>49</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. *Revista Esmat*, Palmas. Ano 6, nº 07, jan/jun 2014. p. 260.

utilizados no voto condutor do Recurso Extraordinário nº 583.523/RS, por exemplo, destaca-se a parte em que a Corte decidiu que:

A contravenção penal em questão viola o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, pois o grau de satisfação do fim legislativo - a punição de uma conduta apenas quando realizada por pessoas determinadas segundo critérios discriminatórios (condenação anterior ou condição social e econômica) - demonstra ser inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção<sup>50</sup> (BRASIL, 2014)

Outro aspecto que deve necessariamente ser ponderado são os custos da concretização do poder punitivo. Ora, como explicam Cass Sustein e Stephen Holmes, a implementação de direitos, entendidos como interesses e valores legalmente garantidos, tem custos orçamentários altos de implementação<sup>51</sup>.

Ora, se entendemos a criminalização de condutas como forma de proteção de bens jurídicos constitucionalmente baseados, e considerando ainda que por razões de escassez nenhum direito é absoluto, não se poderia concluir de maneira diversa quanto à necessidade de analisar os custos da implementação de determinada agenda criminalizante para sua legitimação.

Em outras palavras, o intérprete, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, deve levar em consideração não somente a previsão de mitigação da liberdade, mas também o sacrifício da implementação de outros direitos fundamentais em razão da alocação de recursos orçamentários para a implementação e garantia de aplicação da lei penal.

Tome-se como exemplo o combate ao crime de tráfico de drogas. Trata-se de um delito extremamente arraigado por todo o país, cuja mensuração dos custos monetários, sem contar as incontáveis vidas perdidas em confrontos armados, com seu combate é de difícil execução. Leva-se em consideração a necessidade de policiais, equipamentos, estruturas de delegacia, perícia, armas, veículos, etc. Tudo isso para a proteção de um bem jurídico de relevância constitucional duvidosa<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que reconheceu a a inconstitucionalidade do crime de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto**. Recurso Extraordinário n. 583.523. Ronildo Souza Moreira e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 21 de outubro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269824668&text=.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

<sup>51</sup> HOMES. Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2001. p. 19.

<sup>52</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 405.

Ainda está pendente de julgamento o Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que trata da descriminalização do porte de drogas para consumo. A análise acima proposta deve ser obrigatória no debate da Corte, sendo oportunidade ímpar para a introdução do aspecto dos custos na decisão acerca da criminalização da conduta como um aspecto da proporcionalidade em sentido estrito.

Mais uma vez, não se trata de um exercício simples, que tenha balizas objetivas fáceis para uma conclusão. No entanto, o exercício da ponderação na análise dos tipos penais é de extrema relevância, sendo um importante instrumento de garantia da racionalização do uso do direito penal e, portanto, de garantias democráticas do cidadão.

## CONCLUSÃO

Inicialmente, buscou-se analisar a dimensão constitucional do bem jurídico. O bem jurídico, cuja origem decorre de dados e valores que são pressupostos de um convívio pacífico entre as pessoas, deve ser entendido numa perspectiva de um Estado de Direito, isto é, como uma limitação ao poder do legislador de incriminar qualquer conduta ao seu alvedrio. O Direito Penal, portanto, deve se ocupar tão somente da proteção subsidiária de bens jurídicos.

O Direito Penal tem como finalidade a proteção subsidiária de bens jurídicos e a ameaça de pena é o meio instrumental e simbólico para consecução de tal desiderato. No entanto, a privação da liberdade, para que tenha um mínimo de legitimidade, deve ser consequência de uma violação de valores igualmente relevantes. E o barema de comparação somente pode estar no texto constitucional.

Trata-se, portanto, em apertada síntese, de um conflito entre interesses constitucionalmente relevantes. De um lado direitos fundamentais como a liberdade e de outra a apregoada necessidade de intervenção como forma de proteção dos bens jurídicos.

Para solucionar tais conflitos, a teoria desenvolvida por Robert Alexy em sua obra mais conhecida, Teoria dos Direitos Fundamentais, possui especial utilidade. Em síntese, buscou-se responder se seria possível realizar, pela Suprema Corte, um controle da proporcionalidade proposta por Robert Alexy à criminalização de condutas.

Assim, passou-se à análise da aplicação dessa teoria pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que nossa Corte Suprema utiliza largamente a ponderação, que decorre da teoria de Robert Alexy, como forma de decisão em controle de constitucionalidade.

Através de uma pesquisa bibliográfica, portanto, obtivemos os seguintes resultados: (i) o bem jurídico possui uma dimensão constitucional, atuando como uma espécie de limitação ao poder do legislador de incriminar determinada conduta; (ii) o Direito Penal tem como finalidade declarada a proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo que a sua aplicação, diante da gravidade, só deve recair sobre violação relevante a um bem jurídico; (iii) o método de ponderação proposto por Robert Alexy seria útil para a análise da proporcionalidade entre a criminalização de uma conduta e a proteção de um bem jurídico; (iv) o método de ponderação proposto por Robert Alexy já é amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Estabelecidas essas premissas, conclui-se que a submissão dos tipos penais à análise de proporcionalidade não só é possível como é um meio relevante e potencialmente eficaz de garantir um papel de contenção do direito penal.

Assim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de exercer relevante papel na contenção da expansão do Direito Penal moderno, a partir das balizas teóricas que ele mesmo elegeu para solução de conflitos. Assim, o referencial da proporcionalidade pode servir como garantia de que o Direito Penal tenha um mínimo de efetividade na sua função de proteção subsidiária de bens jurídicos constitucionalmente relevantes e que coíba a criminalização indiscriminada de condutas sem qualquer rigor teórico.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

ARABI. Abhner Youssif Mota. A teoria argumentativa de Robert Alexy e o princípio da proporcionalidade: uma análise do balanceamento de princípios e sua aplicação no Supremo Tribunal Federal. **RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ, Rio de Janeiro**, v. 2, nº 21, jan./jun. 2012;

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001;

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: 34, 2011;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 2.130/93**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 907. Confederação Nacional do Comércio e Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 23 de novembro de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313352147&text=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para reconhecer a sua não incidência no primeiro trimestre de gestação.** Habeas Corpus n. 124306. Jair Leite Pereira, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 16 de março de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&text=.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que reconheceu a constitucionalidade do afastamento do sigilo bancário de investigado.** Agravo Regimental no Inquérito n. 3922. Ministério Público Federal e Maria Gorete Pereira. Relator: Ministro José Dias Toffoli. 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4662156>. Acesso em: 15 jun. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que concluiu pela constitucionalidade da criminalização da manutenção de casa de prostituição.** Habeas Corpus n. 104467. Defensoria Pública da União, Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. 09 de março de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3908850>. Acesso em: 17 out. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que concluiu pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de munição de arma de fogo** Habeas Corpus n. 133984. Defensoria Pública da União e Renato de Deus Vieira. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. 02 de junho 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11076549>. Acesso em: 17 out. 2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que reconheceu a a inconstitucionalidade do crime de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto.** Recurso Extraordinário n. 583.523. Ronildo Souza Moreira e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 21 de outubro de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=269824668&text=.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019;

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013;

CRESPO, Eduardo Demétrio. Do “direito penal liberal” ao “direito penal do inimigo”. **Ciências Penais**, vol. 1, Jul., 2004;

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da Libertação.** Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2005;

DIAS, Jorge Figueiredo, **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns.** Coimbra: Almedina, 2001

---

FÖPPEL EL-HIRECHE, Gamil; Roberto Cintra Bezerra Brandão, Cláudio. **Da (i)legitimidade da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico**. 2011. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011;

GORZONI, Paula. Entre princípios e a regra. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 85, p. 273-279, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002009000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013). Acesso em: 15 jun. 2019;

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho Penal?. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). **La insostenible situación del Derecho Penal**. Granada: Comares, 2000;

GRACIA, Jaime Cárdenas. **La Argumentación como Derecho**. México: Universidad Autónoma de México, 2006;

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005;

HASSAMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008;

HOMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton, 2001;

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. In: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acessado em: 20 mai. 2019;

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal: sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004;

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. As três dimensões da proporcionalidade no direito penal. **Revista Esmat**, Palmas. Ano 6, nº 07, jan/jun 2014;

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque; SANTOS, Natália Petersen Nascimento. A legalidade penal como concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica da Presidência**. V. 20 ed. 122. 2018;

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de constitucionalidade das leis penais e o princípio da proporcionalidade. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**. Ano XV, n. 90, jun/jul. 2019;

MIR PUIG, Santiago, **Bases constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011



- PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil e a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica**. 2015. 275 f., il. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/18603>. Acesso em: 10 jun. 2019;
- PELARÍN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002;
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013;
- STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010;
- VEGA, Dulce María Santana. **La protección penal de los bienes jurídicos colectivos**. Dykinson, 2000;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

Recebido em: 31.10.2019 / Publicado em: 30.11.2022

#### COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HITA, Caio Mousinho. A dimensão constitucional do bem jurídico como limite ao poder de punir: uma visão à luz da doutrina de Robert Alexy e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 17, n. 2, maio/ago., 2022. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369440854>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/40854> Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2022 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola, Bruna Bastos.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

---

## **SOBRE OS AUTORES**

### **SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO**

Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor Associado I da Graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia e professor da Faculdade Baiana de Direito. Advogado Sócio do Escritório Sebastián Mello, Marambaia e Lins Advogados Associados s/c. Possui curso Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha

### **CAIO MOUSINHO HITA**

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014) e mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2021). Advogado e membro de Instituto Baiano de Direito Processual Penal