

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antonio Carlos da Ponte; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-332-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) de Artigos denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do III Encontro Virtual do CONPEDI (III EVC), com a temática “Saúde e segurança humana para a sustentabilidade e cidadania”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio da UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, em evento realizado entre os dias 23 e 28 de junho de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito material e processual penal, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

O primeiro artigo teve como título a “TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL”, do autor André Eduardo Detzel.

O segundo artigo “SANÇÃO POLÍTICA NA DEFINIÇÃO DE DEVEDOR CONTUMAZ E SUA REPERCUSSÃO NO CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: O CASO DA LEI Nº 17.354/2020 DO ESTADO DO CEARÁ” da lavra dos autores Fernando Augusto de Melo Falcão e Leticia Vasconcelos Paraiso.

“RESPONSABILIDADE CARCERÁRIA: O DEVER DE AÇÃO ESTATAL DIANTE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Nathan Castelo Branco de Carvalho, Adriel Adrian Gomes e Júlia Santos Alves Prata.

O quarto texto, com o verbete “O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM FACE DAS ESPECIFICIDADES DO GÊNERO: UMA ANÁLISE DOS HABEAS CORPUS COLETIVOS 165.704 E 143.641”, de autoria de Amanda Castro Machado e Gabriel Salazar Curty.

O quinto texto, da lavra do autor Thales Dyego De Andrade Coelho, é intitulado “O “PACOTE ANTICRIME” (LEI Nº 13.964/2019) E AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS: OXIGENAÇÃO ACUSATÓRIA?”.

No sexto artigo intitulado “O ESPELHAMENTO VIA WHATSAPP WEB E DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM RISCO: COMO A LICITUDE DA PROVA É JUSTIFICADA NOS TRIBUNAIS”, de autoria de Bianca Kaini Lazzaretti e Eleonora Jotz Pacheco Fortin.

O sétimo texto da coletânea, da autora Lisiane Junges, aprovado com o verbete “REGISTRO AUDIOVISUAL DO DEPOIMENTO ESPECIAL E PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES”.

“O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COMO PEÇAS DO MACROSSISTEMA PUNITIVO E A REJEIÇÃO AO BIS IN IDEM” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Alexandre Magno Augusto Moreira.

O nono artigo foi denominado “NEGOCIAÇÃO CRIMINAL AMBIENTAL COM VISTAS À SUSTENTABILIDADE” pelos autores Cassio Marocco, Andréa de Almeida Leite Marocco e Duliana de Sousa Lopes Kerber.

No décimo artigo intitulado “MARCOS JURISPRUDENCIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE ESTADO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE DE JULGADOS NO CONTEXTO DE (NÃO) AFIRMAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS”, os autores foram Thiago Allisson Cardoso De Jesus e Amanda Passos Ferreira.

O décimo primeiro artigo com o título “DO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: ANÁLISE DO SIMBOLISMO PENAL NA CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.064 DE 2020”, dos autores Maria Luísa Brasil Gonçalves Ferreira e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

O décimo segundo artigo “DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E O SISTEMA CARCERÁRIO: REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO E DEMAIS AÇÕES DO ESTADO PARA O PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO” da lavra dos autores Eloy Pereira Lemos Junior, Joanes Otávio Gomes e Ronan Angelo De Oliveira Pereira.

“CRIPTOEVASÃO DE DIVISAS: OPERAÇÕES COM CRIPTOATIVOS E O DELITO DO ART. 22 DA LEI Nº 7.492/1986”, décimo terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Bruno Felipe de Oliveira e Miranda.

O décimo quarto texto, com o verbete “A SONEGAÇÃO FISCAL COMO CRIME ANTECEDENTE DA LAVAGEM DE DINHEIRO”, de autoria de Manoel Augusto Rocha Rodrigues Elache Coelho e Bruna Azevedo de Castro.

O décimo quinto texto, da lavra do autor Fabiano Justin Cerveira, é intitulado “ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA”.

No décimo sexto artigo intitulado “A UTILIZAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO FORMA DE EVITAR A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E GARANTIR OS DIREITOS HUMANOS”, de autoria de Priscila Reis Kuhnen, Lenice Kelner e Nicole Tereza Weber.

O décimo sétimo texto da coletânea, dos autores Eduardo Ritt, Caroline Fockink Ritt e Eduardo Fleck de Souza, aprovado com o verbete “A (IN)APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AOS CRIMES CULPOSOS DE TRÂNSITO COM RESULTADO VIOLENTO”.

“A RELATIVIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NOS CASOS QUE ENVOLVEM PEQUENA DIFERENÇA DE IDADE ENTRE VÍTIMA E ACUSADO(A)” é o título do décimo oitavo texto da coletânea, com autoria de Bruna Vidal da Rocha e Dani Rudnicki.

O décimo nono artigo foi denominado “A INTERVENIÊNCIA DO DIREITO PENAL NO CRIME DE TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A VULTUOSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL” pelos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Camila Gomes De Queiroz.

E o vigésimo texto, intitulado “A NORMA PENAL EM BRANCO HETEROGÊNEA: A IMPORTÂNCIA DA COMPLEMENTAÇÃO POR FONTES ESTADUAIS E MUNICIPAIS NA SOCIEDADE DE RISCO”, dos autores Aurora de Alexandre Magno Augusto Moreira e Jean Colbert Dias.

O vigésimo primeiro artigo com o título “A LEI 14.133/2021 E OS CRIMES DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, do autor José Antonio Remedio.

O vigésimo segundo artigo “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO” da lavra do autor David Kerber De Aguiar.

“A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS”, vigésimo terceiro da coletânea, é o trabalho da autora Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque.

O vigésimo quarto texto, com o verbete “ANÁLISE DA CULPABILIDADE NO HOMICÍDIO QUALIFICADO”, de autoria de Ronaldo David Guimaraes.

O vigésimo quinto texto, da lavra das autoras Kátia Alessandra Pastori Terrin e Janaina Braga Norte, é intitulado “AS SANÇÕES E A DOSIMETRIA DA PENA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”.

No vigésimo sexto artigo, e último, intitulado “DIREITO COMPARADO: AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA BRASILEIRA E PRIMEIRO INTERROGATÓRIO PORTUGUÊS”, de autoria de Catarini Vezetiv Cupolillo, Sandra Negri e Carlos Eduardo Freitas de Souza.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca por direitos e garantias fundamentais na esfera criminal. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito material e processual penal contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema brasileiro e internacional.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca

da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

02 de julho de 2021.

Professor Dr. Antônio Carlos da Ponte

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho

acdaponte@uol.com.br

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara

lgribeirobh@gmail.com

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzhf@fumec.br

A CRIAÇÃO DE NOVOS TIPOS PENAIS VIA INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

CREATING NEW CRIMES THROUGH INCONSTITUTIONAL OMISSIONS CONTROL INSTRUMENTS

Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque

Resumo

O artigo objetiva analisar o fortalecimento do discurso punitivista em paralelo à crescente simbolização do Direito Penal, bem como a mudança do posicionamento tradicionalmente adotado por alguns grupos políticos, que passaram a demandar o enfrentamento de condutas que atentam contra minorias e vulneráveis através da criminalização de comportamentos. Propõe-se uma reflexão acerca da influência política nas decisões judiciais e dos limites de tal influxo. Focaremos na análise do julgamento da ADO nº 26/DF e MI nº 4733/DF, em que legitimou-se o arrefecimento de garantias penais dos indivíduos, como é o caso do próprio princípio da legalidade.

Palavras-chave: Direito penal, Expansão, Omissão inconstitucional, Princípio da legalidade, Garantias penais

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the strengthening of punitivist discourse in parallel to the growing symbolization of Criminal Law, as well as the change in the position traditionally adopted by some political groups, which started to demand the confrontation of conducts that attack minorities and vulnerable groups through the criminalization of behaviors. It is proposed a reflection on the political influence on judicial decisions and the limits of such inflow. We will focus on the analysis of the judgment of ADO26DF and MI4733DF, in which the weakening of individuals' criminal guarantees was legitimized.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Expansion, Unconstitutional omission, Principle of legality, Criminal warranties

INTRODUÇÃO

A atual crise de legitimidade vivenciada pelo Direito Penal, dado os diversos aspectos que margeiam esse tema, possui ampla notoriedade e abrangência. Tal crise está associada à crescente busca pelo Direito Penal como meio de resposta e contenção das angústias, anseios e problemas sociais vivenciados no seio da sociedade moderna, mormente em razão do advento dos novos riscos surgidos e da conseqüente sensação de incerteza que comumente acompanha o desconhecido.

Se, por um lado, a criminalização de comportamentos como forma de conter esse sentimento de insegurança e desamparo da sociedade de risco representa uma via rápida de apaziguamento social, de ampla visibilidade, repercussão e que conta com a simpatia popular, lado outro, esta medida, muitas vezes, vem sendo tomada sem a devida observância dos direitos, garantias e princípios basilares que regem o Direito Penal.

É nesta atmosfera político-social que se discute o fortalecimento do discurso punitivista em paralelo à crescente simbolização do Direito Penal e, com não menos intensidade, a mudança do posicionamento tradicionalmente adotado por alguns grupos políticos, que passaram a demandar o enfrentamento de condutas que atentam contra as minorias sociais e vulneráveis através da criminalização de comportamentos.

Esse panorama enseja, outrossim, uma reflexão acerca da influência política nas decisões proferidas judicialmente e, à luz do princípio da separação dos poderes, dos limites de tal influxo. Nesse diapasão, no presente artigo, focaremos na análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4733/DF, em que, sob o manto da ideia de luta contra impunidade ou de tutela dos grupos de maior vulnerabilidade, legitimou-se o arrefecimento de garantias penais dos indivíduos, como é o caso do próprio princípio da legalidade.

Destarte, usaremos como marco referencial a supramencionada decisão, em que se equiparou os atos de homofobia aos atos de racismo, e analisaremos, assim, a utilização de ações de controle das omissões inconstitucionais para a criação judicial de novos tipos penais.

1. Os requisitos formais para as ações que tutelam omissões inconstitucionais: a necessidade de um mandado de criminalização específico e a inadequação da teoria concretista na seara criminal

Os reflexos do ativismo judicial no tocante ao Direito Penal Incriminador a partir da utilização de ações de inconstitucionalidade por omissão é um tema que ganhou novos contornos após o precedente criado com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4733/DF.

O mencionado julgado corroborou o debate acerca da síndrome da inefetividade da norma protetiva constitucional, uma vez que as vias processuais utilizadas foram as ações de controle de omissões e o argumento jurídico principal, a suposta existência de uma lacuna legislativa, o que resultou na prolação de uma decisão que criminalizou a homofobia.

Por meio da análise do conceito histórico de raça e, por consequência, de racismo, entendeu-se que a homofobia e a transfobia, como comportamentos discriminatórios voltados à inferiorização do ser humano simplesmente pela orientação sexual, incluem-se entre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça (BRASIL, 2019, on-line).

Depreende-se do art. 5º, XLI da Carta Magna, dispositivo constitucional invocado para sustentar a inconstitucionalidade na ADO 26/DF e MI 4733, que, embora este dispositivo constitucional configure norma que demanda complementação legislativa, o requisito de admissibilidade para utilização destes institutos não fora superado, porquanto para o uso de tais ações de controle de insuficiência legislativa seria indispensável algo mais: a existência de uma norma que especificamente determina a criação de um delito, como fez a Constituição Federal em relação ao crime de racismo.

A demanda por uma norma com conteúdo específico é ainda mais evidente na esfera criminal, dado o caráter de *ultima ratio* deste segmento jurídico e o fato de ser este o ramo do Direito que mais fortemente tolhe a liberdade dos cidadãos.

O silêncio legislativo, no contexto das omissões inconstitucionais, não é um conceito puro e simplesmente de negação, significa, a contrário sensu, não fazer aquilo que se estava juridicamente obrigado, devendo interligar-se à uma exigência de ação. Em outros termos, o que se está a dizer é que o mero dever geral de legislar não é suficiente para que se configure uma omissão inconstitucional, com a consequente utilização dos instrumentos de proteção à insuficiência (CANOTILHO, p. 1033).

Ao abordar o processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, CANOTILHO, precisamente, ensina que há uma omissão inconstitucional quando o legislador não adota medidas para dar execução à preceitos constitucionais concretos e permanentes:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas (CANOTILHO, 1034).

No julgamento da ADO 26/DF, o ministro Alexandre de Moraes pontuou que, para verificação da existência de uma omissão, a análise da obrigatoriedade de edição de uma norma penal incriminadora que de modo expresse e específico tipifique condutas de homofobia e transfobia seria um requisito intransponível.

Não obstante tenha registrado em seu voto a necessidade da existência de um mandado constitucional que indique estar o Direito Penal tutelando determinada conduta, o Eminentíssimo Ministro entendeu que, em relação à homofobia, restou configurada a omissão constitucional do Poder Legislativo em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBT, inclusive por meio de produção legislativa punitiva contra qualquer tipo de discriminação, nos termos exigidos pelo inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2019, on-line).

Seguindo esta mesma linha, o Ministro Edson Fachin sustentou que “*a questão que se apresenta neste mandado de injunção, para além de reconhecer se é ou não atentatória aos direitos fundamentais a discriminação baseada na orientação sexual e na identidade de gênero, é saber se há, no art. 5º, XLI, da CRFB, um mandado específico de criminalização*”. (BRASIL, 2019, p. 12, on-line)

Nesta senda, seu voto foi no sentido de que, à luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte e da Carta Magna, seria possível dessumir-se um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o que incluiria a de orientação sexual e de identidade de gênero.

O que se observa, portanto, é que, em ambos os votos, embora se reconheça a imprescindibilidade da existência de um mandado de criminalização específico, utiliza-se de uma interpretação com viés acentuadamente subjetivo, contornando o conteúdo direto e primevo que poderia ser extraído do ordenamento, para, assim, justificar uma análise que apresenta, para além de uma hermenêutica contrária ao conteúdo teleológico da norma, um resultado que se preocupa em demasiado com a conjuntura sociopolítica da questão discutida, em detrimento da interpretação esperada pela análise do conseqüente legal da norma.

É importante, assim, o alerta quanto à utilização indiscriminada de tais ações constitucionais, sendo imperiosa a verificação dos requisitos formais de admissibilidade para a sua correta utilização, dentre os quais, conforme explanado, a existência de omissão em relação a um mandado de criminalização e a presença de uma norma de eficácia contida possuem especial relevância quando o assunto em discussão repercute na esfera penal incriminadora.

Certo é que o intérprete, sob pena de incorrer em afronta aos parâmetros do ordenamento, não pode suscitar omissões legislativas e recorrer ao judiciário de maneira desenfreada, uma vez que tal atitude viola o princípio da separação dos poderes e desequilibra o sistema de freios e contrapesos.

Ao contrário, apenas em hipóteses restritas, em que o constituinte previu a necessidade de regulamentação de condutas por meio de lei, é possível recorrer-se ao controle jurisdicional das omissões inconstitucionais para o saneamento da falta de lei adequada à eficácia de direitos e garantias fundamentais.

Saliente-se que, tratando-se de normas de incriminação, dado o caráter subsidiário do Direito Penal, para o delineamento de uma omissão relacionada com a excepcional criação de um crime demanda-se a existência de uma norma constitucional que expressa e especificamente trate da necessidade de lei infraconstitucional. Dessa forma, para que se crie um tipo específico, como seria o caso da criminalização da homofobia, o constituinte deveria citar a discriminação de gênero de forma específica, o que não ocorreu.

Frise-se: o art. 5º, XLI menciona tão somente a expressão “qualquer discriminação”, sem que, de maneira específica, aborde a discriminação de gênero.

Reforça esta argumentação o fato de a Carta Magna trazer previsão direta para criminalização do racismo, no art.5º, inciso XLII. De mais a mais, conferir uma interpretação ampliativa ao inciso XLI violaria o caráter extremo e residual do Direito Penal. Seria o mesmo que defender que tal dispositivo constitucional demanda a existência de um tipo penal

específico para cada uma das mais diversas formas possíveis de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais.

Embora a criação de uma lei sobre determinada matéria seja função típica do Poder Legislativo, a inércia ou decisão política de não agir deste Poder, em regra, não caracteriza um comportamento inconstitucional. Contudo, a partir do momento em que há uma imposição constitucional no sentido de que determinado ato normativo seja editado, a abstenção no cumprimento deste preceito será ilegítima, configurando caso de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, p. 233, 2009).

Tais considerações acerca da necessidade de observância dos parâmetros processuais de cognoscibilidade na utilização dos instrumentos constitucionais do controle de omissões são fundamentais para que preliminarmente haja o conhecimento dos instrumentos processuais, e justificam-se diante da subjetividade de certos conceitos jurídicos e da atual tendência à judicialização de problemáticas sociais, à politização de decisões e à crescente utilização de funções atípicas do Poder Judiciário.

Os riscos de tal comportamento ganham maior dimensão a partir do momento em que o ativismo judicial volta-se à criminalização de condutas, o que dá margem à discussão quanto à potencial flexibilização de garantias individuais que limitam o poder do Estado, a pretexto de combater a inércia do Congresso Nacional e reprimir comportamentos considerados socialmente inaceitáveis, como o que ocorreu no julgamento da ADO nº 26/DF e MI nº 4733/DF.

Com efeito, o cenário político pátrio encontra-se marcado por instabilidades que não raras vezes estimulam um maior ativismo judicial. Na esfera penal, os reflexos desta atuação judicial em resposta às demandas políticas, mormente no que tange à concretização de leis penais por meio do uso de ações constitucionais, pode acarretar afronta direta aos princípios e garantias constitucionais, daí porque o julgamento da ADO nº 26/DF e do MI nº 4733/DF deve ser analisado com especial atenção.

Ainda no que tange aos aspectos processuais constitucionais acerca do tema aqui exposto, insta tecer algumas considerações sobre a adoção da teoria concretista direta no julgamento da ADO 26/DF e MI 4733 pela *Ínclita Suprema Corte Brasileira*.

A Suprema Corte possui precedente datado do ano de 2007, mandado de injunção nº 708, no qual se adotou a teoria concretista direta, no entanto a lei que regulamentou o Mandado de Injunção, no ano de 2016 – Lei nº 13.300, traz previsão expressa (art. 8º, I,) pela adoção da teoria concretista intermediária, de modo que, antes da colmatação direta da lacuna

por meio de uma decisão, deve-se conceder ao Congresso Nacional um prazo para o saneamento da omissão.

Em decorrência desta previsão legal expressa, portanto, a regra geral seria a adoção da teoria concretista intermediária. Com ainda mais razão, diante de matéria relativa à Direito Penal que pode resultar na criação de uma norma penal incriminadora, a excepcionalidade do saneamento de uma omissão pelo poder Judiciário deve ser valorada como medida extrema. Ao decidir pela equiparação da homofobia ao racismo, todavia, o STF adotou, de pronto, a teoria concretista direta, posicionando-se na contramão do que se espera de um ordenamento que observa os valores constitucionais.

Sobre este aspecto, conclui-se, pois, que, diante de decisões tomadas no bojo de instrumentos de controle da insuficiência do Legislativo, dado o caráter subsidiário do Direito Penal, a teoria não concretista é aquela que revela maior conformidade com os princípios basilares do Direito Penal e do ordenamento jurídico pátrio como um todo.

2. Expansão do Direito Penal no contexto da sociedade de risco e flexibilização de garantias penais em decisões judiciais

No que atine à exacerbada expansão do Direito Penal, insta consignar que amiúde a incriminação via microsistema representa, ao invés de uma real proteção a um bem jurídico fundamental, uma resposta do Estado aos grupos de interesse que se beneficiam daquela específica tutela legislativa, com o escopo de demonstrar um suposto “grau de preocupação” do Estado com aquele segmento da realidade (MELLO, p. 102/103, 2011).

Como aborda ULRICH BECK, com o avanço da modernização, multiplicaram-se em todos os campos de atuação social as escolhas e as obrigações de escolher (BECK, 2011, p. 175). Os medos vivenciados pela sociedade de risco - traduzidos por ZYGMUNT BAUMAN como as nossas incerteza e ignorância da ameaça e do que deve ser feito - , juntamente com a constante mudança presente nesta sociedade, refletiram numa crescente insegurança social, o que repercute na constante utilização do Direito Penal como instrumento de contenção e pacificação de incertezas (BAUMAN, p. 8, 2008).

Nesse contexto, a discussão acerca da proteção de bens jurídicos ganha destaque. CLAUS ROXIN, ao tratar do conceito de bem jurídico como função do Direito Penal, assevera que “*as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal*”(ROXIN, 2013). A função do Direito Penal consistiria em garantir a

seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

Partindo da análise do conceito de bem jurídico trazido por ROXIN, nota-se que a intervenção do Direito Penal em relação às condutas de natureza homofóbica e transfóbica resta justificada. A complexidade da abordagem aqui suscitada, portanto, reside na utilização de ações de controle das omissões inconstitucionais como via concretizadora de tipos penais.

Pela natureza subsidiária do Direito Penal, seria indispensável o advento de uma lei formal para criação de uma norma incriminadora, o que, inclusive, é o que justifica a vedação constitucional à edição de medida provisória que verse sobre direito penal (art. 62, §1º, b, CF).

Daí também se extrai a compreensão de que o *locus* exclusivo para o estabelecimento de obrigações concernentes ao ramo do Direito mais gravoso e invasivo à liberdade do cidadão é o Parlamento, entendimento que consagra também a cláusula pétrea da separação dos poderes.

Desde CESARE BECCARIA, ao se tratar de princípio da legalidade na seara criminal, já se entendia que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Assim, o autor afirma:

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECCARIA, p. 133-136).

O princípio da legalidade no âmbito do Direito Penal, historicamente, surgiu como instrumento de proteção do cidadão, como forma de salvaguardar o cidadão do arbítrio estatal; delineia-se, assim, como uma das mais importantes ferramentas do garantismo, visando o equilíbrio e parcimônia necessários para que a persecução penal desenvolva-se de forma justa e dentro dos parâmetros de razoabilidade esperados.

Assim, ante a demanda por proteção ao indivíduo em face das constantes mudanças sociais, aos anseios de justiça da população, luta contra impunidade e tentativa de pacificação

das relações por meio da instrumentalização do Direito Penal, o respeito ao princípio da reserva legal destaca-se de maneira ainda mais acentuada.

Analisando o julgamento da ADO nº 26/DF e do MI nº 4733/DF com a acuidade devida, é possível perceber a flexibilização do princípio da reserva legal e de garantias constitucionais. Se por um lado, buscou-se recorrer à instância jurisdicional como resposta à crescente onda de violência contra grupos LGBT; lado outro, a interpretação conferida para que se assegurasse a criminalização da discriminação contra tais grupos resultou em clara afronta ao basilar princípio da legalidade. Utilizou-se da hermenêutica para justificar uma decisão com forte influência do ambiente político e social do país, que se valeu do conceito de interpretação conforme à constituição e de uma suposta existência de lacuna penal para, em verdade, realizar espécie de *analogia in malam partem*, ao inserir no conceito de racismo a discriminação homofóbica *latu sensu*.

Tal inserção claramente não se amolda à origem ontológica do termo raça, subverte no plano exegético a noção de racismo, e, sob a perspectiva do contexto político-social no qual foi imersa, evidencia um caráter eminentemente político, destituído da tecnicidade necessária à isenção e imparcialidade das decisões judiciais, a qual deve estar presente independentemente do mérito substancial da causa.

Para a possibilidade constitucional de colmatção de lacunas normativas por meio da utilização de técnicas como a analogia ou a interpretação extensiva, é imprescindível que exista uma correspondência real entre as espécies utilizadas como objeto e paradigma, o que, claramente não ocorre em relação ao racismo e às questões de gênero.

Como assinala LUIGI FERRAJOLI¹, a crise da legalidade é um dos aspectos de uma crise profunda e crescente do Direito, que se verifica até mesmo nos países de democracia mais avançada, a qual se manifestaria na progressiva degradação do valor das regras do jogo institucional e do conjunto de limites e vínculos que as mesmas impõem ao exercício dos poderes públicos (FERRAJOLI, p. 15, 2004).

Tais crises se manifestam, dentre outros aspectos, na inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda da generalidade e abstração das leis, no processo de descodificação e desenvolvimento de legislações fragmentárias, incluídas em matérias penais habitualmente pelo signo da emergência e exceção. Conclui FERRAJOLI que:

Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio (FERRAJOLI, p. 16, 2004)².

Assim, nota-se que o processo de expansão do Direito Penal e sua tentativa de conceder respostas rápidas às incertezas vivenciadas pela sociedade por meio da criminalização de condutas, muitas vezes, repercute na flexibilização de princípios clássicos do Direito Penal e de garantias constitucionais. Com certa frequência, tais flexibilizações aparecem travestidas de políticas públicas de proteção às minorias sociais, as quais, não obstante vulneráveis e socialmente marginalizadas, a partir do momento que buscam flexibilizar garantias para tutela de seus interesses, afiguram-se como uma forma de “política *cool*”, mas não menos autoritária e violadora de direitos fundamentais, tampouco menos apta à formação de estereótipos de inimigos do sistema. Nesse contexto, ZAFFARONI, precisamente, afirma:

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o *velho* ou o de entreguerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é cool. É cool porque não é assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário (ZAFFARONI, p. 69, 2007).

A relativização de determinadas garantias processuais, para JAKOBS, caracteriza um dos três elementos do Direito Penal do Inimigo (MELIÁ, p. 67, 2018), fenômeno que está

associado com o ressurgimento do punitivismo e à expansão do Direito Penal, os quais aparecem para tranquilização social por meio da promulgação de normas.

Corroborando este entendimento, SILVA SANCHEZ pontua a mudança de posição de boa parte da criminologia de esquerda, com a ascensão de novos “gestores da moral coletiva” e o rompimento da aliança marxista entre delinquência e proletariado, o que encabeçou a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção dos novos interesses. O autor segue abordando que:

Quanto a esse último aspecto, aparentemente não vem sendo dada muita atenção ao fato de que tais demandas de criminalização, certamente em boa parte atendidas, se mostrem inadequadas, vulneradoras de princípios gerais do Direito Penal (como as que se referem à criminalização da pura expressão de ideias), ou inclusive contraproducentes. É significativo que se ressalte inclusive a contribuição que a criminologia crítica – antes defensora do abolicionismo – vem prestando aos novos processos de criminalização (SILVA SANCHEZ, p. 63, 2002).

Este processo de criminalização, para MELIÁ, que, no passado, resumia-se através da fórmula “esquerda política – demandas de descriminalização/ direita política – demandas de criminalização”, sofreu uma mudança de atitude no que concerne à esquerda política, que passou a adotar uma linha que descobre interessantes as pretensões de neocriminalização, com a criação de tipos penais para atos de discriminação, delitos contra vítimas mulheres, ambientais etc. (MELIÁ, p. 60. 2018).

Com as reivindicações sociais e discursos políticos de proteção a grupos minoritários e vulneráveis, surgiu o punitivismo de esquerda com o combate à dita “criminalidade dourada”, expressão que denomina a intervenção do Direito Penal em condutas que tradicionalmente eram imunes. A reivindicação pela punição destas condutas decorre da pauta de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos e voltando-se aos abusos do poder político e econômico (KARAM, p. 79-80, 1996).

O que acontece, contudo, é que o desenfreado furor persecutório que se vê na sociedade, que decorre dos riscos sociais modernos e, mais precisamente, da atual conjuntura social e política do país, seja ele enviesado para a direita ou esquerda política, deve, sobretudo, conter-se pelos princípios e garantias constitucionais, sob pena de estimular

precedentes judiciais que, futuramente, podem repercutir contra estas mesmas minorias sociais.

Isso porque, seja qual for a forma de busca de soluções penais para a resolução de problemáticas sociais, deve-se, em primeiro lugar, ter em mente e atentar-se para o processo de expansão que o Direito Penal vem sofrendo, que desprestigia o caráter subsidiário deste ramo do Direito, supervaloriza seu poder de pacificação social e banaliza seu alcance sancionador, simbolizando seu caráter.

O fenômeno de expansão do Direito Penal é resumido por MELIÁ em dois fenômenos: o chamado Direito penal simbólico e o denominado ressurgir do punitivismo, os quais constituem linhagens do direito penal do inimigo (MELIÁ, 57-60, 2018). Este segundo processo fenomênico, em certa medida, relaciona-se ao julgado paradigma aqui analisado, pois é fruto dos debates políticos acerca do aumento da violência contra grupos LGBT, o qual ocorreu em um contexto social marcado por um viés punitivista e pelo processo de expansão do Direito Penal, tendo resultado na criação de um novo delito.

É nesta senda que LUDERSSEN, referido por SILVA SANCHEZ, afirma que grupos políticos que criticam a inutilidade e nocividade da coação estatal através da pena ou do Direito Penal, contraditoriamente, pretendem utilizar o Direito Penal para o logro de seus fins emancipativos (SILVA SANCHEZ, p. 64, 2002).

No que cinge às motivações que ensejam as decisões judiciais, assertivo na ideia de que os juízes não podem usar estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras, DWORKIN demonstra inquietação sobre essa questão, de sorte a entender que os motivos reais das decisões ficam ocultos tanto de uma legítima inspeção pública, quanto de um utilíssimo debate público (DWORKIN, p. 57, 2006).

Na seara criminal, o precedente criado pelo julgamento da ADO nº 26/DF e MI nº 4377/DF, ao estabelecer em uma decisão judicial uma norma *in concreto* de caráter incriminador, ao que parece, denota o influxo de uma política social em uma decisão judicial, mormente por estarmos diante do advento de uma norma que inova no ordenamento, criando mais uma hipótese de crime, o que cerceia, assim, a possibilidade de um maior debate político no Congresso Nacional para as definições relativas à temática, flexibilizando, destarte, além das garantias constitucionais já mencionadas, o preceito democrático da separação de poderes.

Ao prelecionar acerca de uma das implicações do modelo garantista, FERRAJOLI externa que houve uma mudança na relação existente entre o juiz e a lei, em decorrência da atribuição ao magistrado da função de garante do cidadão e dos direitos fundamentais frente às violações à legalidade por parte dos poderes públicos. Da sujeição do juiz à constituição,

decorreria seu papel de garante dos direitos fundamentais, o que constitui o fundamento da legitimação da jurisdição e independência do Poder Judiciário dos demais poderes legitimados pelas maiorias. Isso porque, os direitos fundamentais sobre os quais se baseiam a democracia substancial estão garantidos a todos e a cada um de maneira incondicionada, inclusive contra a maioria (FERRAJOLI, p. 26, 2004).

Em seu voto, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, reconhecendo que a questão tangencia direitos e interesses de grupos vulneráveis, lembra a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, relevantíssima numa democracia, a fim de que o respeito à vontade da maioria não desague em abusos, arbitrariedade e aniquilamento dos direitos fundamentais que se devem assegurar também às minorias. Deve-se ressaltar, todavia, a necessidade de que as decisões judiciais não sejam prolatadas em razão da pressão política exercida por determinado segmento social, em detrimento da técnica e da observância aos direitos e garantias fundamentais e ao ordenamento jurídico como um todo.

Com efeito, a observância ao princípio da reserva legal, que aparece insculpido expressamente na Carta Magna, impõe que toda norma com caráter penal tem que seguir rigorosamente o procedimento legislativo previsto na Constituição para as leis ordinárias, viabilizando uma ampla discussão, inclusive pelas minorias. Daí, portanto, em sede penal, o uso dos remédios de combate às omissões inconstitucionais não pode ensejar a aplicação da teoria concretista direta, resultando no advento de um novo tipo penal incriminador ou de matéria com conteúdo penal mais prejudicial, haja vista que este proceder, para além de subverter o sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, vai de encontro à excepcionalidade com que o direito penal deve ser demandado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal apresenta características especiais que demandam do Poder Judiciário um proceder mais cauteloso nas situações em que é instado a se manifestar sobre espaços de omissão do Legislativo.

O Poder Judiciário, quando diante do enfrentamento de omissões que reverberam na esfera penal, deve pautar-se sob uma perspectiva diferente daquela conferida às demais áreas jurídicas, sendo imprescindível uma análise parcimoniosa e mais conservadora, a fim de que sejam preservadas as garantias penais.

Daí porque, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e no Mandado de Injunção nº 4377/DF, sob a pretensão – legítima e escorada em fundamentos absolutamente defensáveis – de conferir maior proteção a grupos vulneráveis, pode-se argumentar que se teve por violado o princípio constitucional da legalidade em matéria penal, comprometendo a clássica compreensão de que não há crime sem lei formal e estrita; e assim, ao embaraçar uma garantia individual que limita o poder do Estado, diminuiu-se o campo de liberdade do cidadão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.
- BECCARIA, Cesare Bonsana. Dos Delitos e das Penas (Locais do Kindle 133-136). Edição do Kindle.
- BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento, 2011.
- BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08/12/2019.
- BRASIL. Constituição Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08/12/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Brasília, DF. Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false>. Acesso em 15 de abril de 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020). Acesso em 15 de abril de 2021.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 7ª ed., 8 reimp.
- DWORKIN, Ronald. (Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. *DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006.*
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Discursos Sediciosos: Crimes, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Relume Dumará/ICC. Ano 1, volume 1, p. 79-92, 1996.
- MELIÁ, Manuel Cancio, Gunther Jakobs. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 3. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. Direito Penal – Sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo – Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal – 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo do direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007.