

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Thalita da Silva Coelho

**BEM JURÍDICO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO *IUS PUNIENDI* E  
PERSPECTIVAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO**

Belo Horizonte  
2012



Thalita da Silva Coelho

**BEM JURÍDICO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO *IUS PUNIENDI* E  
PERSPECTIVAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte  
2012



## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C672b Coelho, Thalita da Silva  
Bem jurídico penal como limitação ao *ius puniendi* e perspectivas de descriminalização / Thalita da Silva Coelho. Belo Horizonte, 2012. 121f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito penal. 2. Bem jurídico. 3. Legitimidade (Direito). 4. Descriminalização. I. Yarochevsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.



Thalita da Silva Coelho

**BEM JURÍDICO PENAL COMO LIMITAÇÃO AO *IUS PUNIENDI* PERSPECTIVAS  
DE DESCRIMINALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC Minas

---

José Luís Quadros de Magalhães – PUC Minas

---

Juarez Cirino dos Santos - UFPR

---

Guilherme José Ferreira Silva - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 10 de Fevereiro de 2012.



*Aos meus Pais,  
Início de tudo, infindável morada.*



## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky, culpado pelo meu amor incondicional pelo direito penal, mestre para toda a vida, que com dedicação infundável ensina diariamente que não devemos desistir dos nossos ideais. Mentor que desde o primeiro instante acreditou que o destino reservado era o de não me calar diante da negligência de um dos valores mais caros à alma humana: a liberdade.

Ao Prof. Dr. Guilherme José Ferreira Silva, por ter aberto as portas do magistério na PUC-Minas, oportunidade na qual certamente muito mais aprendi que ensinei.

Ao Henrique, pelo incentivo e companheirismo constantes, fonte de aprendizado de como o amor e os estudos podem nos transformar em pessoas melhores.

Aos amigos e sócios, Bárbara Myssior, Marcelo Sarsur e Lázaro Guilherme, pelo auxílio fundamental no curso da elaboração deste trabalho, cada um a seu modo.



*If liberty means anything at all it means the right to tell people what they do not want to hear (GEORGE ORWELL).*

*A dogmática deve servir à lógica, mas para ser útil deve solucionar os casos concretos. Por mais perfeita que seja uma construção lógica, senão servir à vida, não servirá também ao direito, por mais agradável que possa ser aos espíritos meramente especulativos. (LOPES, 1985, p. 115).*

*Ninguém compra um apartamento impressionado por uma bela maquete apresentada por uma empresa notoriamente insolvente; no entanto, compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa de mais notória insolvência estrutural em nossa civilização. (ZAFFARONI, 1991, p. 27).*

*Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: pessima respublica, plurimae leges. (VON BAR apud SANCHES, 2011, p. 25).*



## RESUMO

O presente trabalho realizou um estudo acerca do instituto do bem jurídico na esfera penal, a fim de compreender de que forma este pode atuar na limitação da atividade legiferante e, ainda, orientar um movimento de descriminalização. Para tanto, foi o bem jurídico contextualizado nos moldes atuais, a partir de uma visão preconizada pelo direito penal mínimo, modelo adequado aos ditames do Estado Democrático de Direito. Por meio de pesquisa doutrinária, foi admitido que a proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade continua sendo a função última do direito penal. Após tratar da evolução conceitual do bem jurídico, foi examinada qual formulação tem o condão de limitar o legislador ordinário, exercendo de fato a sua função de garantia. Ainda, foi problematizada a questão do comportamento do bem jurídico diante da criminalidade moderna e de que forma a sociedade do risco tem afetado o aludido instituto, no sentido de uma desmaterialização dos bens e forte tendência de uma antecipação da punição. A constituição foi apontada como portadora da delimitação das condutas (des)criminalizáveis, vinculando o legislador. O trajeto percorrido neste estudo teve como pano de fundo a inquietação com a inflação de tipo penais existente no ordenamento jurídico brasileiro, inseridos em virtude de interesses simbólicos, muitas vezes relacionados à fins partidários, eleitorais ou de manipulação da opinião pública.

Palavras-chave: Direito penal. Bem jurídico. Legitimidade. Intervenção penal. Descriminalização.



## **ABSTRACT**

This is a study about the criminal legal object. Its goal is to understand how the criminal legal object can limit the legislating activity and also lead to a movement of decriminalization. In this study the criminal legal object was interpreted using the point of view of the school called Minimalist Criminal Law. Doctrinal research admits that the ultimate mission of Criminal Law is the protection of the society's most dear legal objects. After addressing the evolution of the concept of criminal legal object, it faces the possibility of limiting the legislator. Thereafter, the problem of how the criminal legal object regards the modern criminality and how the risk society has affected this institute. The main issue is about a strong tendency to dematerialize the criminal legal object and an even stronger inclination to anticipate the punishment, identifying the Constitution as the responsible to narrow the conducts that are not necessarily criminal, binding, this way, the legislator to its will. The background of this study is the concern about the explosion of conducts marked as criminal in the Brazilian Criminal Law, many of them grounded on symbolic interests related to political purposes.

Keywords: Criminal Law. Criminal legal object. Criminal Intervention. Decriminalization.



## LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – artigo

etc.- e outras coisas

org. - organizador

sc. – a saber, quer dizer

v.g. – por exemplo



## **LISTA DE SIGLAS**

IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

PUC – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

RBCC – Revista Brasileira de Ciência Criminais



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA ATUALIDADE.....</b>	<b>28</b>
2.1 Estado Democrático de Direito e direito penal .....	29
2.2 Teoria da proteção de bens jurídicos e vigência da norma penal .....	34
2.2.1 <i>Claus Roxin: da proteção dos bens jurídicos como função do direito penal</i> .....	34
2.2.2 <i>Günther Jakobs: a vigência da norma como função do direito penal</i> .....	37
2.2.3 <i>Considerações acerca do impasse da função do direito penal à luz do ordenamento jurídico brasileiro</i> .....	41
2.3 Crise de legitimidade da intervenção penal .....	46
<b>3 O PERCURSO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....</b>	<b>54</b>
3.1 Breves considerações acerca da fase pré-moderna do direito penal.....	54
3.2 O marco de Birnbaum e as formulações advindas de sua contribuição.....	57
3.3 O positivismo jurídico e as concepções de bem jurídico de Binding e Liszt .....	59
3.4 A visão metodológico-teleológica do bem jurídico e o enquadramento no causalismo valorativo de Mezger .....	62
3.5 Teorias sociológicas .....	64
<b>4 TEORIAS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE LIMITAR O LEGISLADOR .....</b>	<b>67</b>
4.1 Teorias constitucionais de caráter geral.....	68
4.2 Teorias constitucionais de caráter restrito.....	70
4.3 Aproximações de um conceito de bem jurídico na atualidade: conceito dogmático v. conceito político-criminal.....	73
<b>5 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO .....</b>	<b>77</b>
5.1 Função teleológica ou interpretativa .....	77
5.2 Função individualizadora .....	78
5.3 Função sistemática.....	78
5.4 Função de garantia .....	79
<b>6 BEM JURÍDICO NA SOCIEDADE DO RISCO E SEUS REFLEXOS NA CRIMINALIDADE MODERNA .....</b>	<b>81</b>
6.1 Bem jurídico penal supraindividual: da desmaterialização dos bens jurídicos .....	85
6.1.1 <i>Da antecipação da punição: crimes de perigo</i> .....	89
<b>7 BEM JURÍDICO E PERSPECTIVAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO.....</b>	<b>93</b>
7.1 A Constituição como instrumento normativo de vinculação do legislador – mandados constitucionais de criminalização.....	95
7.2 Aspectos formais da descriminalização .....	102
7.3 Bem jurídico penal como orientador de um movimento de descriminalização – princípio da não intervenção moderada.....	105



<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>115</b>



## 1 INTRODUÇÃO

*O ideal dos iluministas, de uma ordem jurídica de poucas, claras e simples leis, e a prescrição do art. 8º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, de que as penas não devem ser tão-somente as estrita e evidentemente necessárias, não vingaram no RechtsStaats. Não haviam decorrido trinta anos de implantação do Estado iluminista e já se falava na necessidade de disciplinar a atividade criminalizadora do legislador. Em um trabalho datado de 1819, Carl Joseph Anton Mittermaier enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo a excessiva extensão dessa legislação, e que a criação de um número avultado de crimes era uma das formas em que se manifestava a decadência não só do Direito Criminal, mas da totalidade da ordem jurídica. (LUISI, 2003, p. 168).*

Os estudos acerca do direito penal até pouco tempo admitiam, quase que por unanimidade, que a função precípua do referido ramo do ordenamento jurídico situava-se na proteção dos bens jurídicos essenciais aos indivíduos e à coletividade. Em nome da indigitada proteção, atinge-se uma das garantias constitucionais mais preciosas: a liberdade. Exatamente por essa razão, assiste-se - há muito - à incessante busca pelo sustentáculo de sua própria legitimação. Afinal, tratando-se de direito penal, tão relevante quanto a violência inerente à prática dos crimes, é a violência decorrente do próprio direito penal. Nos delineamentos de Andrade (2003), tão importante quanto o controle da violência é a violência do controle.

Diversos fundamentos teóricos do direito penal já foram colocados sob questionamento, especialmente aqueles relacionados à função da pena, à ineficácia de sua intervenção, à proteção de bens jurídicos, dentre outras. Tais constatações dão base para os partidários do abolicionismo penal, os quais advogam pelo abandono completo do direito penal. Não obstante, mais prudente parece ser a defesa de um direito penal mínimo, comprometido com os valores constitucionais e com um programa de justiça social e pacificação de conflitos.

O direito penal, sob o prisma objetivo, pode ser traduzido como “um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, sua aplicação.” (PRADO, 2005, p. 54). Por sua vez, a tarefa de selecionar as condutas delituosas, inserindo-as no arcabouço legal como tipos penais, encontra-se na esfera de competência do legislador.

Para tanto, primordial uma análise acerca do bem que se pretende conferir tutela penal, considerando, conforme já mencionado, que tal proteção se contrapõe à perda da liberdade de outrem, motivo pelo qual, desde a concepção moderna de

direito penal, o instituto do bem jurídico vem ganhando espaço nas discussões acadêmicas, sendo entendido como parte estrutural do conceito de delito.

Com efeito, o instituto em comento atua como limitador ao *ius puniendi*, exercendo, pois, papel indispensável no Estado Democrático de Direito, assegurando ao cidadão a manutenção de suas garantias individuais. É o que a doutrina define como legitimamente crimínável, isto é, a capacidade do bem jurídico evidenciar de modo concreto os limites da intervenção estatal.

Isto nos leva à compreensão de que, nem todos os bens jurídicos merecem a tutela penal, razão pelo qual, faz-se necessário a definição de critérios concretos que auxiliem a ação legiferante, quando da seleção dos bens jurídicos penais.

Não obstante a notória relevância do instituto em testilha, a ausência de critérios de escolha culminou na existência de uma legislação criminal inflada de tipos penais, muitas vezes protetores de interesses de determinados grupos econômicos, afastando, assim, a recomendada parcimônia com que deve ser usado o direito penal.

Assiste-se à eleição dos bens jurídicos cunhados pelos interesses de classes sociais dominantes no lugar da interpretação jurídica técnica, “veículo através do qual a auto-regência do jurídico faz com que o interprete consiga libertar-se das máculas de todos os interesses e passe a realizar-se, precisamente, contra aqueles interesses em que se fundou inicialmente o direito” (CARVALHO, 1992, p. 35).

Destarte, o presente trabalho se justifica, num primeiro momento, em razão da necessidade de se delinear, no Estado Democrático de Direito, o conceito de bem jurídico, suas funções e os critérios de escolha destes. Refletir acerca do instituto em comento ganha imensa importância quando resgatada a concepção de que o direito penal age não como limite da liberdade pessoal, mas como seu garante.

Lado outro, detecta-se no bojo da legislação penal material ora em vigência a permanência de tipos penais que não protegem bens jurídicos consagrados pela Constituição, o que se mostra socialmente desnecessário, indesejável e extremamente ofensivo à saúde do direito penal. Sendo assim, a tão almejada limitação estatal parece não ter sido digerida pelo legislador, pois, não obstante a máxima de que num Estado Democrático de Direito “os valores elementares da comunidade devem estar, em princípio, delineados na Constituição” (PRADO, 2003, p. 91), assiste-se à “submissão da hierarquia de bens jurídicos relevantes aos

desígnios da Administração” (CORACINI, 2004, p. 241), retirando deste todo o seu caráter restritivo.

A hipótese com a qual trabalharemos na presente pesquisa será a de que a manutenção de tipos penais protetores de bens jurídicos não abarcados pela Constituição contribui diretamente para a crise de legitimidade que permeia o direito penal na atualidade, provocando a perda dos limites da atuação penal no Estado Democrático de Direito, no qual se espera a prevalência da ação individual sobre a ação estatal.

Ignorar a realidade acima descrita, significa permitir uma relativização desmesurada da garantia de liberdade e uma flexibilização dos direitos humanos em nome de uma falsa segurança coletiva, acarretando um direito penal cada vez mais simbólico e voltado para os interesses das classes dominantes.

A perspectiva em testilha conduz à outra questão relevante, qual seja: constatada a existência de tipos penais protetores de bem jurídicos não insertos na Constituição ou sem relevância social suficiente para merecerem a tutela penal – que em ambos os casos não sustentam o Estado Democrático de Direito - imperiosa se faz a análise de como o bem jurídico pode conduzir um movimento de descriminalização, o que poderia acarretar uma definição mais concreta dos limites materiais do direito penal, ou, mais ainda, que enseje o início de uma reação contra a crise de legitimação tanto mencionada. Conforme ensina Cunha (1995, p. 19) parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídicos penais.

A descriminalização, entendida como a retirada de condutas criminosas do ordenamento jurídico penal, aparece como solução para a realidade legislativa “em que se nota uma legislação inflacionária e uma atividade pontual, que busca unicamente, em desespero sem supedâneo na realidade, trazer satisfação à opinião pública” (CORACINI, 2004, p. 247).

Essa descriminalização, a exemplo de outros Estados que já a fizeram, como Itália e Alemanha, teria o condão de harmonizar o direito penal segundo a forma de Estado Democrático de Direito preconizada na Constituição, na medida em que esta exprime os fins do Estado e os limites dos fins da tutela penal. Averiguar a incidência

da Constituição na determinação do âmbito da matéria a (des)criminalizar implica reconhecer os traços da necessidade de tutela penal.

A compreensão da atuação do bem jurídico penal como limitador da ação legiferante passa pelo estudo aprofundado de seus postulados. Para tanto, importante inserir o instituto no contexto atual do Estado Democrático de Direito, bem assim no modelo de direito penal preconizado na Constituição, a fim de verificar os ditames que o informam. Ademais, insta perquirir a função do direito penal, fazendo contraposição entre as duas teorias de maior peso no tocante à questão, tendo em vista os esforços despendidos por alguns doutrinadores, especialmente Günther Jakobs, no sentido de que o direito penal não mais serve à proteção dos bens jurídicos, mas à manutenção da vigência da norma.

No que tange ao conceito do bem jurídico, verifica-se que desde 1834, com Birnbaum, até os dias atuais, foram propostas formulações para o seu delineamento. Essa evolução não teve curso linear e sofreu influências nítidas de cada momento vivido pela ciência do direito. As discussões travadas ficaram, no mais das vezes, no campo da materialidade do bem ou da sua existência pré ou pós decisão do legislador.

Com vistas a apresentar uma alternativa que se coadune com os valores constitucionais, emergem as teorias constitucionais do bem jurídico, com grande número de adeptos, que se dividem na sua modalidade geral ou restrita. Ambas, tentam enxergar na Constituição o limite da ação legiferante e, ao mesmo tempo, o parâmetro da legitimidade das normas incriminadoras.

Aliás, a capacidade do bem jurídico-penal de limitar o legislador ordinário é anunciada como uma de suas principais e mais relevante funções. A par disto, avalia-se que o bem jurídico cumpre importante papel na interpretação dos tipos penais, na individualização da pena a ser aplicado ao infrator e na classificação tipológica dos crimes ao longo da legislação penal.

Examinados os fundamentos do bem jurídico penal, urge destacar como este se comporta diante da criminalidade moderna, na qual a coletividade é alçada como titular de alguns bens e se verifica uma percepção latente acerca dos riscos advindos dos avanços tecnológicos, o que tem levado à consolidação da antecipação de condutas potencialmente lesivas.

Por fim, ante o cenário atual do bem jurídico e, com base especialmente no papel da Constituição como instrumento normativo de vinculação do legislador, insta investigar como este pode conduzir a um movimento de descriminalização, processo capaz de fornecer maior equilíbrio à intervenção penal e retirar do plano ideal os preceitos do direito penal mínimo, mormente aqueles relacionados à lesividade, intervenção mínima e necessidade penal.

## 2 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA ATUALIDADE

*Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. (ROXIN, 2009, p.33).*

Por mais diversas que sejam as utilidades do direito penal apregoadas pela doutrina, quando analisadas sob uma perspectiva ampla, irão sempre desaguar na finalidade de controle social. Por certo, esta está presente nas mais variadas áreas, existindo, inclusive, mecanismos informais de controle social, tais como a família, a escola, a religião, manifestando-se nas relações humanas mais simples até nas mais complexas, como é o caso do direito.

Segundo Hassemer (2005, p. 414), o controle social é responsável por traçar o limite da liberdade humana na vida cotidiana. No entanto, a despeito das diversas formas de realizá-lo, o direito penal se destaca por se ater aos comportamentos mais indesejáveis e trazer a sanção mais severa prevista no ordenamento jurídico. Ademais, concentra a sua atividade em um único ente, o Estado, detentor do *ius puniendi*<sup>1</sup>.

Exatamente em virtude desse monopólio, emerge a necessidade da sua fiscalização, a fim de evitar, como em tempos de outrora, que o direito penal seja utilizado para práticas arbitrárias frente ao cidadão, contribuindo para a assunção de governos totalitários travestidos de democráticos.

Nesse sentido, fundamental situar o direito penal sempre em um contexto garantista, no qual o cidadão se vê protegido das ingerências estatais, expresso no Estado Democrático de Direito, pulverizado ao longo de todo o texto constitucional. Relevante, ainda, assumir uma postura crítica quanto à extensão do direito penal na sociedade, enquanto protetor dos bens jurídicos mais caros.

O presente capítulo tem por escopo afastar a concepção de que o direito penal não teria mais como função última a proteção dos bens jurídicos mais importantes, mas valeria para reafirmar a vigência da norma penal. Essa tendência, cujo aparecimento ocorreu recentemente, não se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito, mormente quanto à proteção da dignidade da

---

<sup>1</sup> Por *ius puniendi* entende-se o poder-dever de punir cujo titular é o Estado, também denominado direito penal subjetivo. Ante o cometimento de um delito, o Estado tem o dever de apurar a responsabilidade pelo fato e exercer o seu dever jurídico de aplicar a correspondente sanção.

pessoa humana, já apregoadas por Kant, quando do exame da segunda conseqüência do imperativo categórico: “age de tal maneira que possa usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” (2005, p. 59). Por óbvio, acaso aceitássemos a proposta de que o ramo do direito em questão na verdade simplesmente protege a norma, sem guardar qualquer reflexo valorativo social, razão não haveria para se prosseguir no presente estudo.

## **2.1 Estado Democrático de Direito e direito penal (mínimo)**

Para perquirir de forma detalhada no que consiste o Estado Democrático de Direito, seria preciso uma revisão de toda a evolução dos elementos que o compõem desde a sua formação, tarefa que não integra o objeto principal do presente trabalho. Ainda assim, imprescindível estabelecer um conceito que oriente o estudo proposto e que seja capaz de situar o direito penal em um conjunto de regras que permeie todo o ordenamento.

Nesse sentido, Silva (2007, p.112) afirma que o Estado Democrático de Direito não pode ser visto como a simples junção do Estado de Direito e do Estado Democrático “porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

As expressões “de direito” e “democracia” qualificam o Estado, razão pela qual os valores da democracia devem incidir em toda a ordem jurídica. Tais valores estão distribuídos ao longo da Constituição de 1988, que em seu art. 1º registra explicitamente que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º,I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais,

políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2007, p. 120).

Em suma, o Estado Democrático de Direito tem por escopo a promoção da justiça social e do exercício da cidadania, com fundamento na dignidade da pessoa humana e na legalidade. O Estado está sujeito à lei e esta deve ultrapassar os seus aspectos meramente formais, trazendo em seu bojo conteúdo capaz de ensejar mudanças reais no sentido da igualdade e da justiça.

Na atualidade, o direito penal se ocupa do respeito aos ditames e garantias apregoadas pelo Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo, tenta fazer frente à nova criminalidade. Cuida-se de uma situação de clara ambivalência considerando que a proteção contra atos de violência se dá mediante o uso de um novo ato de violência, que é a pena.

Segundo Von Liszt (1914), o direito penal consiste em um conjunto de normas jurídicas estabelecidas pelo Estado que associa a um crime uma determinada pena, que corresponde à sua consequência legítima. O ramo do direito, ora sob investigação, atua como uma das formas de controle social de que se vale o Estado, com o intento de alcançar suas finalidades constitucionalmente instituídas. Trata-se, portanto, de uma opção política com vistas a preservar determinados interesses.

Insta compreender que o direito penal exercerá seu papel conforme a vontade de um determinado Estado. Em outras palavras, poderemos ter um direito penal autoritário ou democrático, de acordo com a conformação político-constitucional escolhida. Ao admitir em uma Constituição “pressupostos de criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico” (QUEIROZ, 2005, p. 114), bem assim um texto cujo conteúdo traduz garantias fundamentais mediante a vinculação e subordinação do Poder Público, o Estado está assumindo se tratar de um Estado Democrático de Direito <sup>2</sup>.

Nesse caso, a função do Estado e a função do direito penal se confundem, por se tratarem, na verdade, da mesma função: “possibilitar a convivência social, proporcionar o exercício da liberdade, condicionar e controlar a violência, enfim”. (QUEIROZ, 2005, p.115).

---

<sup>2</sup> Na Constituição Federal de 1988 verifica-se a adoção do Estado Democrático de Direito especialmente pelas garantias fundamentais previstas ao longo dos arts. 1º ao 5º.

Impostos tais desígnios, irrefragável que a pena não deve ser um fim em si mesmo e daí emerge que no Estado Democrático de Direito deve prevalecer a liberdade como regra, só podendo ser violada em casos extremamente necessários, eis que “a liberdade, no sistema democrático, é, a um só tempo, o limite e o fim do direito penal” (QUEIROZ, 2005, p.119).

Uma tal perspectiva conduz, pois, a um modelo de política criminal radicalmente descriminalizador; conduz, enfim, a um modelo de direito penal mínimo, que julgamos constituir a formulação mais condizente com a Constituição, brasileira, em particular, sobretudo pela sua vocação libertária. (QUEIROZ, 2005, p. 118).

Da mesma forma, extrai-se que o exercício da atuação penal ou do *ius puniendi* não é uma atividade ilimitada que obedece tão somente a pleitos de utilidade social, mas deve se submeter a um intenso controle com base nas garantias de direito de liberdade do cidadão (FRANCO, 2007, p. 49).

No caso brasileiro, as inúmeras garantias previstas no art. 5º da Constituição indicam que os legisladores originários optaram por uma atividade estatal minimalista no âmbito penal, podendo ser desenvolvida tão somente como *ultima ratio*. Para tanto, forneceram mecanismos de proteção ao cidadão diante de uma interferência abusiva por parte dos detentores do *ius puniendi*. Dessa forma, infere-se que o modelo de direito penal que melhor se ajusta às mencionadas garantias e, portanto, ao Estado Democrático de Direito, é o denominado direito penal mínimo.

Para os defensores dessa corrente, o direito penal é necessário, mas deve ser acionado em situações absolutamente cogentes, exclusivamente em relação às condutas cujo controle social não possa ser realizado de forma menos danosa por meio de outros ramos do direito. Queiroz (2002, p. 52) assevera que o “direito penal é um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar”.

Apesar de defender a abolição paulatina da pena privativa de liberdade, Ferrajoli (2010, p. 91) propõe um modelo de direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais, sendo composto pelos chamados axiomas, que resultam nos seguintes princípios: princípio da retributividade, princípio da legalidade, princípio da necessidade, princípio da lesividade, princípio da materialidade, princípio da culpabilidade, princípio da jurisdicionariedade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório.

A existência desses princípios impõe limitações e vinculações rígidas ao poder penal; em contrapartida, a sua precariedade, conduz a um modelo autoritário. O direito penal mínimo seria aquele que se vincula a todos os princípios. Na verdade, nos Estados de direito modernos, vislumbra-se a existência de um modelo intermediário, no mais das vezes, com tendência ao direito penal mínimo.

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. (FERRAJOLI, 2010, p. 102).

Esse modelo seria capaz de alcançar o que Ferrajoli (2010, p. 308) aduz serem os dois objetivos do direito penal, quais sejam, a prevenção dos delitos e a prevenção das penas informais, advindas da vingança. Assim, “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”.

Além da tutela do ofendido, o delinqüente também estaria sendo tutelado, porquanto protegido das reações abusivas, públicas ou privadas. Aliás, o próprio surgimento do direito penal estaria relacionado à luta contra a vingança e, não, a um aprimoramento desta. Nesse momento, há a substituição de uma relação bilateral, composta pelo agressor e ofendido, por uma relação trilateral, ao ser incluída a figura idealmente imparcial do juiz.

Pelo exposto, é possível afirmar que uma intervenção penal minimalista é a que melhor se acomode aos propósitos constitucionais elencados na Constituição Federal e a que oferece condições de efetivação das garantias fundamentais no tocante ao aspecto penal.

O direito penal que se pretende moderno e consentâneo com a forma de Estado Democrático de Direito, preconizada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é um direito penal eficaz, o que não é senão uma outra maneira, menos estigmatizada, de se tratar do direito penal mínimo, aquele apto a adquirir um sentido próprio, em termos sociais, afastando-se do direito penal que hoje se produz, alheio a critérios científicos e sistemáticos e, principalmente, de expressão meramente simbólica, banalizada. (CORACINI, 2004, p. 243).

Mas, se por um lado é facilmente perceptível a intenção de se adotar tal perfil minimalista, observa-se um caminhar no sentido oposto, de um direito penal máximo, com a ampliação do âmbito de intervenção. Esse alargamento da legislação penal, seja no sentido de criar novos crimes, seja no sentido de aumentar

as repressões, tem tido como característica a seletividade criminalizante, ou seja, o sistema penal está estruturado para atingir os setores mais vulneráveis da sociedade, atuando de forma direcionada, de modo a aumentar o arbítrio das suas instituições. Por certo, “os órgãos executivos têm 'espaço legal' para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem. (ZAFFARONI, 1991, p. 27).

A seletividade qualitativa<sup>3</sup> pauta-se nas pessoas envolvidas na prática delituosa, que quase sempre estão inseridas em estratos sociais economicamente hipossuficientes. Uma análise desse panorama indica que “existe não um processo de seleção de condutas criminosas, mas sim de pessoas que receberão o rótulo de delinqüentes” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 38). A competência para atribuir a pecha de criminoso é detida por poucos funcionários, que integram um determinado grupo social e exprimem uma determinada gama de interesses. Dessa forma, não é a conduta o fator essencial para definir um indivíduo como desviante, mas a sua posição na pirâmide social.

Dito de outro modo, aquele indivíduo situado no conjunto desprivilegiado, ainda que tenha comportamento idêntico ao que pertença a uma classe social elevada, receberá uma avaliação negativa, mormente pelos responsáveis pelo controle penal.

O fenômeno da seletividade está diretamente relacionado aos bens jurídicos eleitos como merecedores de tutela penal. A partir do processo de criminalização primária, isto é, de definição dos bens jurídicos a serem protegidos, predominam as formas de desvio, características das classes menos favorecidas, como os crimes contra o patrimônio.

O processo de criação de leis penais (criminalização primária) que define os bens jurídicos protegidos, as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade da pena (que freqüentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificado pelo chamado 'caráter fragmentário' do Direito penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis. E tal diz respeito, simultaneamente, aos 'conteúdos' e aos 'não-conteúdos' da lei penal. (ANDRADE, 2003, p. 278).

Mais adiante veremos que uma das funções do bem jurídico consiste na limitação da atividade legiferante em termos penais. O cenário descrito acima

---

<sup>3</sup> No tocante à seletividade quantitativa ver: Andrade, 2003, pp. 259 e 263.

demonstra que o instituto do bem jurídico vem sendo utilizado de forma equivocada, para fins que não se apresentam legítimos diante do preconizado pela Constituição. Ao invés de frear a intervenção estatal, o bem jurídico está sendo empregado no fenômeno da desigualdade social, afastando a ideia de um direito penal igualitário, ao conduzir à conclusão de que esse não defende a todos e quando tutela os bens essenciais, o faz em intensidade desigual e de forma parcial. Logo, a lei penal não é igual para todos.

Essa realidade evidencia manifesta violação ao ideal de justiça social almejado no Estado Democrático de Direito, galgando o direito penal o lastimável papel de instrumento de promoção da desigualdade.

O presente estudo tem como pano de fundo a retomada do direito penal admitido mediante uma filtragem constitucional, na qual a intervenção penal somente pode ser desenvolvida como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

## **2.2 Teoria da proteção de bens jurídicos e vigência da norma penal**

O capítulo 3 do presente trabalho abordará a evolução do conceito de bem jurídico no campo do direito penal, quando restará clara a enorme divergência em torno do tema, apesar dos esforços despendidos pela doutrina, ainda distante de alcançar definição pacífica.

Sem embargo da aludida dificuldade, durante certo período pareceu uníssona a função última do direito penal de proteção dos bens jurídicos mais relevantes. No entanto, recentemente, o debate acerca da questão ganhou novos contornos, especialmente por meio da contribuição do jusfilósofo alemão Günther Jakobs, o qual defende que o real papel do direito penal consiste na proteção à vigência da norma.

### **2.2.1 *Claus Roxin: da proteção dos bens jurídicos como função do direito penal***

Realizando franca oposição às formulações propostas por Jakobs, Claus Roxin defende que não é outra a função do direito penal, senão a proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade. Para Roxin (2009, p. 11), o comportamento como

objeto de punição estatal há muito se mostra como um problema para o legislador, bem assim para a ciência do direito penal. São constantes as críticas contra governos que tendem a recepcionar convicções religiosas ou gerenciar a vida dos cidadãos mediante o uso da norma penal. Logo, para afastar essa concepção, a penalização de um comportamento necessita restar legitimada de fato, não podendo consistir em mera discricionariedade do legislador.

Na Alemanha pós-guerra, o direito penal tentou limitar o mencionado poder na teoria do bem jurídico, isto é, apropriou-se da ideia de que apenas os bens jurídicos concretos merecem a tutela penal e, não, convicções meramente políticas, morais, religiosas, ideológicas ou sentimentais. O reflexo dessa formulação pode ser vislumbrado no próprio Código Penal alemão, no tocante ao capítulo que trata dos crimes sexuais, o qual foi intitulado de “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”, substituindo o criticado título, “Delitos e contravenções contra a moralidade”. (ROXIN, 2009, p. 12).

A reforma alemã, no âmbito dos crimes sexuais<sup>4</sup>, se tornou um marco acerca da adoção definitiva da teoria dos bens jurídicos. O que se revela como inestimável ganho para uma sociedade que convivia com um governo que classificava a homossexualidade como um comportamento ético reprovável.

Em que pese a aludida reforma, o instituto do bem jurídico não recebeu tratamento aprofundado, uma vez que até o presente momento, o Tribunal Constitucional alemão não se “aventurou” na criação de uma teoria específica da limitação do legislador penal, fazendo uso tão somente da teoria geral dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, o que, segundo Schunemann (2005, p. 14), representa “parâmetros extraordinariamente frouxos” de avaliação do direito penal e a mais lamentável falha do aludido Tribunal.

A ideia de legitimação do direito penal por meio de um princípio de proteção de bens jurídicos ganhou relevantes adeptos, como Schunemann e Hassemer. Este,

---

<sup>4</sup> A reforma do direito penal no âmbito sexual, concluída no ano de 1973, levou a doutrina do bem jurídico ao ponto culminante de seu reconhecimento na Alemanha, ainda que isto seja negado por alguns adversários da teoria do bem jurídico com a afirmação de que a homossexualidade entre adultos se suprimiu, não porque um comportamento semelhante não lesione bens jurídicos de alguém, mas porque as convicções mudaram, e este comportamento já não se considerou como imoral. Com efeito, a homossexualidade é considerada hoje na Alemanha como uma forma especial, eticamente neutra, de orientação sexual. Entretanto, isso foi em grande parte, a consequência da despenalização, e não sua causa [...]. (ROXIN, 2009, p. 13).

que já ocupou o cargo de vice-presidente do Tribunal Constitucional Alemão, defende que

[...] a proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal. [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido. (HASSEMER *apud* ROXIN, 2009, p. 16).

Nesse sentido, Roxin (2009, p. 16) defende que o Estado somente está autorizado a intervir penalmente em virtude de uma função social do direito penal e o que se encontra fora desse âmbito não deve ser objeto da ciência em análise. A mencionada função social, a qual se pretende presente em todo estado democrático, consiste em garantir aos cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, desde que tais objetivos não possam ser alcançados por meio de outras medidas menos gravosas para a sua liberdade.

A preconizada função social existiria desde o surgimento da concepção de contrato social, advindo do pensamento firmado quando do período da ilustração, no qual os indivíduos transferiram para o soberano tão somente o poder de intervir penalmente na medida da necessidade para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica. É essa 'medida da necessidade' que possibilitaria um equilíbrio entre intervenção estatal e liberdade civil, uma vez que, reitera-se, os cidadãos concederam apenas uma parte mínima de sua autonomia ao Estado.

Dessa forma, depreende-se que em um Estado Democrático de Direito, as normas devem ser voltadas para a coexistência livre e pacífica dos indivíduos, cabendo ao direito penal garantir as condições de desenvolvimento individual, bem assim a manutenção das instituições criadas exatamente com a finalidade de garantir a finalidade de proteção individual. Nesse contexto, a administração da justiça, por exemplo, interfere de forma reflexa na tarefa do estado de garantir a coexistência em sociedade, e, por conseguinte, é digna de proteção penal.

Com esse entendimento, tem-se que, para Roxin (2009, p. 19), os bens jurídicos são "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de uma na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos". Emerge um conceito crítico de bem jurídico no sentido de determinar um limite ao

legislador, especialmente quanto ao âmbito de criação de crimes. Trata-se da função de garantia do bem jurídico, conforme explanado na seção 5.4.

### **2.2.2 Günther Jakobs: a vigência da norma como função do direito penal**

Jakobs se manifestou no sentido de desconstruir o pensamento daqueles que restringem o âmbito da atuação do direito penal a lesões de bens jurídicos. Dos estudiosos que se posicionaram acerca do tema, Jakobs ganhou maior destaque, razão pela qual o presente trabalho irá se limitar a tratar das suas formulações.

A refutação à teoria (ou princípio) da proteção aos bens jurídicos elaborada por Jakobs, parte da premissa de que o direito penal não se estrutura como uma bolha intransponível protetora dos bens, mas envolve relação entre pessoas. Logo, não se trata de garantir a existência do bem, mas de assegurar que as pessoas não irão atacá-lo. Desse raciocínio, dá-se início à defesa de que “o direito penal garante a expectativa de que não ocorram agressões a bens” (JAKOBS, 2011, p.161).<sup>5</sup>

Em uma primeira análise, aparentemente, verifica-se que Jakobs apenas diz de outra forma que o direito penal atua na proteção dos bens jurídicos. No entanto, o que pretende é afirmar que o direito não pode ser representado por um objeto externo. Para tanto, assinala que cada pessoa ocupa um papel na sociedade. O conceito de pessoa é exclusivamente jurídico e para defini-lo, Jakobs (2004) retoma a noção do termo *persona*, significando, pois, personagens para os quais são atribuídos papéis, cada qual com comportamentos determinados acreditados pelo direito e pela sociedade.

Uma pessoa é, segundo Jakobs, além de seu status como indivíduo, um ser para quem a ocorrência significativa normativa diz algo, um ser que compreende o conteúdo implícito alegado de uma contestação à norma e compreende o que é feito atualmente contra esta alegação, quando se declara a pena. (BUNG, 2006, p.122).

Aos indivíduos tidos como cidadãos comuns é exigível tão somente que atuem de forma meramente negativa, no sentido de não lesionarem os demais

---

<sup>5</sup> Eis um bem, por exemplo, a propriedade, que não pode ser lesionado. O proprietário desse bem pode deixá-lo decair; se o bem se encontra em perigo, não estão todos obrigados a ajudar o titular a salvá-lo; apenas não podem eles destruir ou subtrair o bem. O bem se manifesta juridico-penalmente tão só como a pretensão do titular de que os demais respeitem o bem. Noutras palavras, juridico-penalmente o bem não é objeto externo ou algo similar, mas a norma, enquanto expectativa garantida [...]. (JAKOBS, 2011, p. 161).

cidadãos. Todavia, determinadas pessoas assumem um papel específico que engloba não só a obrigação de se absterem de atentar contra outrem, mas uma função positiva, juntamente com as instituições positivas criadas pelo Estado. Jakobs (2011, p.165) ilustra essa situação com o exame do papel desempenhado pelos pais em relação aos filhos; pelo policial quanto à sua obrigação de contribuir para a coexistência de uma polícia íntegra ou pelo juiz ao ter que dizer o direito. Há uma expectativa de que cada um desses indivíduos atue positivamente, com o objetivo de melhorar a sociedade (e não somente mantê-la).

Dessa forma, o jusfilósofo tenta demonstrar que uma lesão nem sempre significa um comportamento ilícito, e que haverá relevância quando o responsável pela lesão for aquele que tem a competência para tanto. Logo, ao taxista que conduz um passageiro em condições absolutamente normais, não pode ser atribuída responsabilidade se este, logo após desembarcar, comete um delito, considerando que “nada faz para que contradiga a seu papel – legal! - não viola qualquer expectativa, mas atua em consonância com a sociedade, ainda que cause uma lesão a um bem” (JAKOBS, 2011, p. 165).

O conteúdo do papel geral da pessoa reside na teoria da imputação objetiva<sup>6</sup>, mormente na teoria do comportamento ilícito:

[...] quem atua acobertado por um risco permitido não viola o seu papel; tampouco o faz quem atua sobre alguém que age a seu próprio risco; quem oferece uma prestação estereotipada e não se adapta aos planos delitivos de outras pessoas, não concorre para a realização desses planos; existe uma proibição de regresso; e também permanece em seu papel de cidadão respeitador do Direito quem, por ex., no tráfego de veículos, confia que os outros se comportem corretamente: princípio da confiança. (JAKOBS, 2011, p. 165).

Por essa razão, não se espera que todos evitem a lesão, mas tão somente aquele que tenha a competência para tal e, mesmo assim, que o cuidado seja apenas o suficiente, o que leva ao raciocínio de que a norma não tem o condão de proteger bens jurídicos, mas estabelece que não é dado ao cidadão descumprir o seu papel e não ser competente por nenhuma lesão. Nessa altura, o que se pode avaliar é que para Jakobs (2011) um bem jurídico deve estar necessariamente

---

<sup>6</sup> Jakobs, acostado às ideias de Luhmann, elabora o sistema funcionalista sob o argumento de que o direito, como conjunto de regras implementado no sistema social, tem uma função precípua de, por meio da pena, reafirmar a validade das normas, bem como ratificar as expectativas dos homens que compõem a sociedade em que vige a legislação violada.

vinculado a um comportamento humano e por isso não pode ser concebido como algo materializado. No mesmo sentido, não há se falar em titulares de bens, mas em pessoas competentes ou incompetentes quanto à obrigação de evitar uma lesão.

A limitação do *ius puniendi* e a observância da ofensividade são os dois mais relevantes argumentos empregados pelos que defendem a teoria da proteção do bem jurídico.

No tocante ao primeiro argumento, fala-se na possibilidade de evitar a punição de condutas simplesmente imorais. Todavia, Jakobs (2011, p. 168) assevera que fatores históricos norteiam o pensamento do legislador no momento da criação de um tipo penal e que à época da sua atuação, certamente lhe pareceu correto tipificar condutas meramente morais. Posteriormente, com o passar dos anos, algo que até então era considerado um bem é inserido puramente no campo da moral, perdendo o *status* que justificaria a criminalização.

Quanto ao segundo argumento, relaciona-se à tentativa de impedir a punição de condutas geradoras de perigo abstrato. Insurge Jakobs contra tal formulação, a partir da constatação que os bens jurídicos não são protegidos de modo eficiente sem a punibilidade de crimes de perigo abstrato, não havendo razão para se aguardar a efetiva lesão. Lado outro, com a ideia de que, na verdade, se tem titulares dos bens em confronto, retoma-se, pois, a importância das normas e dos papéis dos indivíduos, especialmente no que diz respeito aos contatos anônimos realizados em uma sociedade livre, na qual é necessário determinar o autocontrole das pessoas.

Por ex., o legislador determina que todos têm de cumprir o papel de uma pessoa que não mata, mas a realização desse programa é delegada às pessoas. Como se trata de uma ordem livre, cada uma dessas pessoas tem uma ideia bastante diversa a respeito do conteúdo desse papel; [...] Noutras palavras: há avaliações de risco completamente diversas, e isso tanto no que se refere à intensidade, quanto à relevância da intensidade que se conhece. Dito rapidamente, há personalidades cuidadosas e personalidades audazes (JAKOBS, 2011, p. 171).

Fincado nessas ideias, Jakobs (2011, p.168) defende se tratar de mera ilusão acreditar que a teoria da proteção dos bens jurídicos consegue atingir o que propõe.

Sob confessada influência da teoria dos sistemas formulada por Niklas Luhmann, Jakobs (2005) admite a sociedade como comunicação, sendo um sistema que possui normas espelhadas nas expectativas de comportamento. A existência da

sociedade não prescinde da vigência das normas, e todo aquele que nela se encontra inserido deve ser tratado como componente de sua estrutura— e não como unidade individual. Portanto, todos os que desejam se integrar à sociedade e obter proteção jurídico-penal, devem reconhecer as imposições que lhe são feitas por meio da norma.

A norma<sup>7</sup> necessariamente precisa, a todo o momento, estar em vigência, o que, segundo Jakobs (2011, p. 175), não se confunde com a completa impossibilidade de se violar a norma. Entretanto, a violação da norma prova exatamente a sua vigência, uma vez que, por óbvio, caso não existisse, não poderia ser violada. Nesse sentido, no âmbito do direito penal, o crime representaria o questionamento da norma e o conseqüente desrespeito ao direito e, ainda, denotaria que, entre as opções de aderir ou não à sua violação, fora feita a segunda escolha.

À frustração de tais expectativas com a violação da norma, o direito penal tem, na pena, o remédio para o seu combate. Para o jusfilósofo (JAKOBS, 2005), a pena consiste na reafirmação da vigência da norma, adotando, pois, a lógica de ‘negação da negação’ de Hegel, isto é, o crime é a tradução da negação da norma, que, por sua vez, vê-se restaurada a partir da negação do delito pela sanção.

[...] o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. (JAKOBS, 2005, p. 22).

A relação entre a vigência da norma e a pena ocupa espaço relevante na discussão proposta por Jakobs (2011, p. 174), o qual argumenta que a pena jamais teve ou terá a capacidade de restaurar um bem jurídico lesionado. No entanto, se acaso for conferida à pena a função de marginalizar a negação da norma e resgatar as expectativas sociais, ela estará sendo empregada para reparar um dano que efetivamente tem capacidade de reparar. Tal entendimento conduziria à conclusão de que a pena sempre alcançaria sua finalidade. Sobre a questão, o jusfilósofo aduz, ainda, que eventuais efeitos psicológicos relacionados à intimidação (individual ou

---

<sup>7</sup> Para Jakobs (2011, p. 174), “normas são estruturas da sociedade, noutras palavras, a regulamentação do conteúdo das relações entre pessoas, daquilo que pode ser esperado e cujo não atendimento não tem de ser levado em conta. Como se trata da relação entre pessoas, e não de um indivíduo e de seus estados psíquicos, as normas são assunto da sociedade, sua estabilização é estabilização da sociedade”.

coletiva) ou retribuição seriam meramente acidentais. De fato, o que se depreende é que sob a ótica defendida por este, a pena teria a capacidade de “curar a lesão à norma”.

Assim, o direito penal como protetor de bens jurídicos seria uma verdadeira falácia, e a grande confirmação de que o direito penal atua na proteção da vigência da norma, residiria na teoria dos fins da pena: “o fato é lesão à vigência da norma; a pena é eliminação dessa lesão.” (JAKOBS, 2011, p. 177).

### **2.2.3 Considerações acerca do impasse da função do direito penal à luz do ordenamento jurídico brasileiro**

Conforme mencionado, atualmente, assiste-se a uma intensa discussão a respeito da função do direito penal. A despeito da existência de outros posicionamentos, o presente trabalho se ocupa do impasse no qual os protagonistas são advindos das escolas da Alemanha, os quais ganharam notoriedade internacional.

Não obstante a difusão da questão no cenário acadêmico, não é demais esclarecer que tanto Roxin quanto Jakobs desenvolvem suas formulações com supedâneo na teoria da imputação objetiva, oriunda do sistema funcionalista, elaborado com a pretensão de superar o finalismo.

Para os doutrinadores funcionalistas, o sistema finalista, com ânsia de superar o neokantismo<sup>8</sup>, acabou esbarrando novamente no naturalismo<sup>9</sup>, mostrando-se, por tal motivo, igualmente inadequado. Conforme assevera Luís Greco (2000, p. 123):

---

<sup>8</sup> O sistema neokantiano “questiona a premissa segundo a qual somente as ciências naturais merecem o nome de ciência. Haveria, ao lado das ciências naturais, ciências da cultura, que trabalhavam com um método próprio: o método referido a valores. [...] A partir de agora, a teoria do delito normativiza-se, passando a ser compreendida como um conjunto de valores. A teoria da causalidade entra em crise, passando a ser atacada de todos os lados, tanto que recebe a alcunha pejorativa de “dogma causal”. O tipo não é só a descrição de um acontecimento externo, mas antijuridicidade tipificada, ou seja, análise do fato sob a perspectiva de sua lesividade social. A culpabilidade deixa de ser mera descrição de um estado psíquico, para tornar-se a avaliação do fato tendo em vista a reprovabilidade do autor.” (Greco, p. 13-14, introdução Roxin 2006).

<sup>9</sup> O naturalismo, perspectiva dominante nos fins do séc. XIX, ignorava a dimensão valorativa da ciência jurídica e de seus conceitos. Para esta postura, modelos de ciência são a Física, a Biologia, a Psicologia. Se o Direito quiser ser digno deste título – Ciência – deve construir seus conceitos com base no método empírico e avaliado destas ciências da natureza (daí: naturalismo). [...] Para um tal sistema, a questão da imputação sequer se coloca. Cabe ao juiz, unicamente, verificar se os elementos descritivos de que se compõem o tipo e a culpabilidade se apresentam ou não. Se o autor causou resultado, está preenchido o tipo penal. Se tal causação foi prevista ou, ao menos, previsível, haverá culpabilidade. Não há o que valorar, basta verificar. (Greco, p. 10, introdução Roxin 2006).

[...] se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, e pior: pondo a tônica do ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à falácia naturalista, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico.

A primeira teoria puramente funcional adveio das idéias de Niklas Luhmann, possui, portanto, cunho sociológico e, em apertada síntese, sustenta que o direito, em virtude de sua função, não pode estar incomunicável com o sistema social, sendo imprescindível, inclusive, como fundamento de sanção.

O funcionalismo Luhmanniano consiste num método científico associado à teoria dos sistemas sociais. Tal método permite compreender os fenômenos como contingente e confrontante uns dos outros. “O conhecimento se constrói através do confronto do fenômeno conhecido com as possibilidades alternativas; esta confrontação é realizada por um observador” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 86, Tradução nossa<sup>10</sup>). Toda confrontação é convertida num problema e suas diversas possibilidades de solução. Por seu turno, esta relação é examinada com o escopo de investigar outras possibilidades equivalentes.

Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, intangível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. (LUHMANN, 1983, p. 45)

A construção da complexidade e da contingência se faz a partir de homens que atuam como fonte de experimentação e ações originais, denominados por Luhmann (1983, p. 46) de “*alter ego*”. Tais homens aumentam o rol das possibilidades de cada indivíduo, considerando que as experiências e possibilidades atualizadas por aqueles são inseridas no campo de possibilidades de outros (dupla contingência). “As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações

---

<sup>10</sup> “El conocimiento se construye a través del confortamiento del dato conocido con las posibilidades alternativas; esta confrontación es operada por un observador” (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 86, Tradução nossa<sup>10</sup>)

propriamente suas.” (LUHMANN, 1983, p.47). Ocorre que ou outro está sujeito ao erro como qualquer individuo, razão pela, esta apropriação da experiência alheia tem como consequência a elevação do risco. Logo, na contingência simples surgem expectativas altamente imunes a desapontamentos, orientadas por certo grau de estabilidade, como a certeza de que depois da noite, inicia-se o dia. Já na dupla contingência, emerge uma estrutura mais complexa no tocante às expectativas, em razão da influência do outro. “O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro” (LUHMANN, 1983, p.47).

Sob as condições de dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito. (LUHMANN, 1983, p. 48).

Neste sentido, as expectativas, que se dividem em cognitivas e normativas atuam de modo funcional, buscando a solução de um problema. As expectativas cognitivas são aquelas que, acaso quebradas, podem ser adaptadas à realidade, já as expectativas normativas, quando frustradas, não são abandonadas pelo seu titular.

Nesta esteira de entendimento, a norma jurídica irá exercer um papel essencialmente funcional, consistindo em proporcionar estabilidade ao sistema social, por meio da codificação das expectativas exigidas socialmente. Para Luhmann (1983, p. 57) “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. O sistema social estabelece o modelo de conduta padrão, fornecendo aos homens as expectativas que podem ter diante de um semelhante<sup>11</sup>.

A partir dessa concepção, iniciou-se a construção do funcionalismo no direito penal, segundo o qual, “um sistema de Direito Penal deve estar estruturado teleologicamente com base em juízos de valor de índole político-criminal” (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 54). Não obstante a aludida máxima, não existe uma unidade metodológica no direito penal, tendo o funcionalismo ganhado múltiplas vertentes.

---

<sup>11</sup> “[...] o direito penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências. Posteriormente, Jakobs estabeleceu as bases de um direito penal funcional, no qual sua missão fica restrita à estabilização das expectativas que se podem aceitar para o convívio social” (ROCHA, 2002, p. 24).

Roxin (2002) atribui ao direito penal nuance teleológica e funcional, de modo a atender à finalidade das normas jurídicas, por meio da sua função social, afastando o sistema finalista. O funcionalismo de Roxin é caracterizado pela ascensão da política criminal e sua integração com o ordenamento.

Jakobs (2000), acostado às idéias de Luhmann, elabora o sistema funcionalista normativista, sob o argumento de que o direito, como conjunto de regras integradas ao sistema social, tem uma função precípua de, por meio da pena, reafirmar a validade das normas, bem como ratificar as expectativas dos homens que compõem a sociedade em que vige a legislação violada. Jakobs “busca depurar os conceitos básicos de Direito Penal de todo e qualquer componente referido à realidade” (PRADO; CARVALHO, 2002, P. 55).

Lado outro, bem se sabe que o ordenamento penal brasileiro recebeu forte e nítida influência do sistema finalista, desenvolvido por Hans Welzel, por meio da teoria finalista da ação, a qual estabelece que o homem só age “finalisticamente”, isto é, guiado pela vontade humana. O aludido sistema é conhecido pela significativa mudança em relação aos sistemas anteriores, mormente por ter retirado o dolo da culpabilidade, colocando-o na tipicidade. Daí, a primeira questão a ser observada ao se discutir a função do direito penal. Há que se examinar a proposta de Jakobs com ressalvas, tendo em vista que a racionalidade de suas formulações só se mantém quando conectadas ao funcionalismo.

Nesse sentido, a ideia de Claus Roxin é percebida como mais palatável, porquanto seja possível vislumbrar a sua aplicação mesmo no sistema finalista. Ainda, não se pode olvidar que o funcionalismo agrega novos institutos ao direito penal, entre eles, encontra-se a teoria da imputação objetiva<sup>12</sup>, que reformula o tipo objetivo, compondo a dogmática da parte geral reconstruída sob o novel enfoque.

No entanto, quando o assunto é a função do direito penal, a mencionada oposição entre os sistemas, malgrado seja uma contextualização fundamental, fica em segundo plano. A grande crítica tecida em relação ao direito penal, como proteção à vigência da norma, reside no fato de que o direito – seja qual ramo for –

---

<sup>12</sup> Segundo Claus Roxin (2002), de modo simplificado, a teoria da imputação objetiva diz que: “[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.”

deve estar sempre direcionado para as necessidades dos homens que compõem a sociedade.

Da forma como colocado por Jakobs, o direito atende às suas próprias necessidades, buscando sempre a reafirmação da vigência da norma por meio da obediência de seus cidadãos. Essa ideia não se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito, uma vez que “este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade” (ROXIN, 2009, p. 34).

Ademais, a norma deve estar voltada para uma ação ou omissão e deve ter conteúdo legítimo, em conformidade com o papel do direito penal. Jakobs não admite como relevante a legitimidade ou ilegitimidade do conteúdo da norma, uma vez que não considera a questão científica, mas exclusivamente de caráter político.

A respeito do ponto em testilha, Roxin assinala:

Aqui me dá a impressão de que um conceito estreito de ciência conduz à entrega do jurista à discricionariedade e à arbitrariedade legislativa. A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional. (ROXIN, 2009, p. 34).

Admitir que o crime consista tão somente na violação da norma, como propõe Jakobs, se mostra um tanto quanto autoritário, pois “significa reduzir crime à lesão da vontade do poder [...] que prescinde da lesão de bens jurídicos como fundamento constitucional de punibilidade” (SANTOS, 2005, p. 30). Além disso, se a função do direito penal se resume na proteção à vigência da norma, a sanção penal serviria apenas para reafirmar a confiança jurídica do povo e, em contraposição, a não-punição geraria a diminuição dessa confiança. Inere-se, portanto, que o direito penal buscaria satisfazer a sanha punitiva da população, conclusão inadmissível em um contexto democrático (SANTOS, 2005, p. 31).

A ideia do direito penal como proteção de bens jurídicos é demasiadamente atrativa quando ponderada sob a ótica da limitação do legislador e, conseqüentemente, dos comportamentos que o Estado pode proibir sob ameaça da pena. Sobre o assunto, Jakobs asseverou que o conceito de bem jurídico não possui

um conteúdo puramente liberal, já que outrora, condutas como a punição da homossexualidade teriam sido recepcionadas pelo Direito sob o argumento de defenderem um bem jurídico. A sua justificativa, conforme aduzido no item 2.2.2, relaciona-se ao fato de o legislador atuar de acordo com o seu tempo, sendo plausível entender que à época não se vislumbrava qualquer ilegitimidade em se punir condutas que aos olhos atuais são meramente imorais, mas na visão do legislador, naquele período, eram tidas como corretas e necessárias. Como solução, Jakobs (2011, p.169) defende que “a contraposição entre lesão de bem e mera imoralidade induz a que se passe em revista ao direito penal vigente, perguntando se alguns dos bens nele contidos não já morreram”.

Roxin (2009, p. 36) rebate a crítica afirmando que as teses firmadas com base em fatos pretéritos não são idôneas a afastar o caráter limitador do bem jurídico-penal, mesmo porque este não teria uma “validade natural infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”.

O curioso é que, nesse ponto, os dois autores parecem concordar que o direito penal deve acompanhar as vicissitudes da sociedade. Cada qual ao seu modo, não se pode negar que as conclusões de ambos são semelhantes. Roxin, ao consignar que o bem jurídico não tem uma validade infinita, afirma que de tempos em tempos é necessário que seja realizada uma atualização das normas incriminadoras. Jakobs, por sua vez, ao admitir que as normas ‘socialmente’ sem vigência devem ser extirpadas do ordenamento penal, assume que a lei deve ser revisitada.

### **2.3 Crise de legitimidade da intervenção penal**

Há muito se discute acerca da legitimidade da intervenção penal. O debate nos parece válido e necessário, tendo em vista ser o direito penal responsável pela punição mais severa existente em nosso ordenamento. Assim, imprescindível uma incessante busca por um sistema político-penal que consiga assegurar a almejada segurança jurídica e, ao mesmo tempo, seja orientado pelas garantias individuais. A busca pela legitimação do direito penal se trata, portanto, de uma tarefa ininterrupta do Estado, que a todo instante deve justificar a sua necessidade.

Noutro norte, é cediço que a crise do direito penal, com a qual convivem os operadores do direito, passou a ser realidade assumida, motivo pelo qual emergem intensas discussões com o fito de desenvolver possibilidades capazes de colocar um fim - ou amenizar- a indigitada crise. Observa-se que tal postura crítica já se mostrou apta ao menos ao reconhecimento de que os problemas vividos pela sociedade moderna não são mais solucionados com o direito penal clássico. No entanto, há que se atentar que toda e qualquer inovação que possa ser trazida ao aludido ramo do direito deve tomar como cerne o respeito à pessoa humana e conseqüentemente ao seu *status* de indivíduo livre.

Uma parcela da descrença no direito penal pode ser atribuída a dois fatores, relevantes para o presente estudo. O primeiro deles seria a negligência reiterada por parte do legislador ao princípio da intervenção mínima, criando o fenômeno denominado por Francesco Carrara como *nomorréia penal*. O segundo fator - intimamente ligado ao primeiro - decorre das chamadas legislações simbólicas.

O direito penal brasileiro tem passado de *ultima ratio* a *prima ratio*, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais. É o que se vê em legislações recentes como a Lei dos Crimes Hediondos e suas reformulações (Lei nº. 8.072/1990), a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/1998), entre outras. Afastado de uma preocupação acerca da legitimação da intervenção penal, o Estado cada vez mais se vale de uma legislação de cunho simbólico e estigmatizante. (SUXBERGER, 2006, p. 4).

O princípio da intervenção mínima representa uma conquista advinda de um grande movimento social preconizado pela burguesia em detrimento do sistema penal estabelecido no absolutismo. Beccaria (2010, p. 136) já indicava que uma legislação penal com um número exacerbado de tipos penais não contribui para a prevenção de delitos, pois “proibir grande quantidade de ações diferentes não é prevenir delitos que delas possam nascer, mas criar novos”.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe em seu art. 8º o conteúdo do princípio da intervenção mínima. Segundo o aludido preceito, a lei deve estabelecer penas “*estrita e evidentemente necessárias*”<sup>13</sup>. Dessa forma, o legislador só está legitimado a criminalizar uma conduta quando

---

<sup>13</sup>Art. 8.º A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

rigorosamente necessário, não havendo outro modo de proteger o bem jurídico envolvido. Do contrário, não há que se falar em criminalização.

Não obstante o princípio da intervenção mínima ou da necessidade não esteja explícito no ordenamento jurídico pátrio, encontra-se implicitamente recepcionado em nossa Constituição, à medida que elenca como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e reputa como inviolável a liberdade.<sup>14</sup> (LUIZI, 2003, p. 39).

Conforme assevera Luisi (2003, p.41), em que pese o reconhecimento do princípio da intervenção mínima e todo o esforço por parte de alguns doutrinadores “a verdade é que a partir da segunda década, do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, ao ponto de alarmar penalistas dos mais diferentes parâmetros culturais”. O assunto recebeu atenção dos mais renomados juristas de outrora, como Franz von Liszt.

De fato, vislumbra-se um grande inchaço na legislação penal, com a inserção de ilícitos penais que poderiam ser tratados por outras áreas do direito. O uso abusivo do direito penal tem levado ao seu descrédito, o que acaba contaminando, inclusive, o corpo social, que não consegue perceber um possível caráter intimidador.

A sanção penal como remédio sancionador extremo, pode ser comparada à morfina, que só deve ser ministrada em casos gravíssimos, quando a dor torna-se insuportável e outros medicamentos já não produzem o efeito desejado.

Se através de outro remédio, menos danoso, a dor pode ser aliviada ou combatida, torna-se dispensável aplicar o remédio mais grave, cujos efeitos colaterais são mais maléficos para o paciente. Do mesmo modo, é preferível aplicar uma sanção administrativa ao invés de uma sanção penal, se aquela cumpre a finalidade do direito de proteção de um determinado bem. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 137).

Verifica-se que ao Código Penal de 1940 foram acrescentadas diversas legislações especiais, com um sem número de normas incriminadoras, já tendo sido contabilizado mais de dez mil tipos penais.<sup>15</sup> Diante de situação semelhante, a Itália

---

<sup>14</sup> Na Itália e na Alemanha o princípio da intervenção mínima também não ganhou texto explícito na Carta Magna, no entanto, a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da liberdade permitem a interpretação acerca da sua recepção implícita. (LUIZI, 2003, p. 39).

<sup>15</sup> Informação presente no prefácio da Obra “Limites Constitucionais à produção legislativa do Direito Penal”, não havendo comprovação de qualquer rigor científico a respeito da contabilidade dos tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

efetivou uma série de medidas que vão desde a transformação de delitos de menor potencial ofensivo em infrações administrativas até a elaboração de diretrizes no sentido de oferecer ao legislador critérios para a criação dos tipos penais.

Conforme assinala Luisi (2003, p.45), o indigitado instrumento, elaborado com a participação de Francesco Palazzo e Emilio Dolcini, ressaltava a importância de que a conduta a ser criminalizada evidentemente ofendesse valores fundamentais e que não houvesse alternativa “capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal”. O mesmo tratamento foi conferido à questão pela doutrina penal alemã.

Na contramão dessas medidas, observa-se que o ordenamento jurídico-penal brasileiro, no tocante aos crimes em espécie, jamais foi revisitado para se adequar aos preceitos da intervenção mínima.

Além do desrespeito ao princípio abordado, a introdução no ordenamento jurídico de normas meramente simbólicas também contribuiu para a crise do direito penal. Não é novidade a constatação de que o citado ramo do direito não logrou êxito na prevenção de delitos, menos ainda na ressocialização daqueles submetidos à reprimenda penal.

Em linhas gerais, a doutrina elenca como função da pena a retribuição e a prevenção (geral e especial). Característica do direito penal clássico, a pena como retribuição de um crime consiste na imposição de um mal para a reparação de outro mal. Conforme afirma Santos (2005, p. 4), não se extrai qualquer finalidade social dessa formulação, que tem base filosófica em Kant<sup>16</sup> e consagra a fórmula de Sêneca: *punitur, quia peccato est*.<sup>17</sup>

A aceitação e duração da função retributiva da pena encontra diversas explicações. Santos (2005) elucida que a influência antropológica desta reside na lei de talião, representada pela máxima *olho por olho, dente por dente*, presente nas atitudes dos seres zoológicos, entre os quais temos o homem. Ademais, trata-se de uma retribuição unicamente vingativa, vislumbrada nos ditames da tradição religiosa judaico-cristã ocidental, com forte alcance cultural.

---

<sup>16</sup> [...] a filosofia idealista ocidental é retributiva. KANT (1724-1804) define a justiça retributiva como lei inviolável, um imperativo categórico pelo qual todo aquele que mata deve morrer, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados (SANTOS, 2005, p. 4)

<sup>17</sup> Punido, porque pecou.

No entanto, o discurso retributivo é duramente criticado, mormente pelos defensores da função preventiva geral e especial, por se mostrar avesso aos preceitos do Estado Democrático de Direito, uma vez calcado em crenças divinas, que não correspondem à função do direito penal de proteger bens jurídicos.

Por sua vez, a função da pena como prevenção tem por escopo evitar a prática de novos crimes, tendo sido dividida em prevenção especial e prevenção geral. A primeira está direcionada ao indivíduo delinqüente, isto é, que será concretamente submetido à sanção criminal. Nesses casos, a pena atua de forma positiva na correção do autor por meio da execução da pena, mediante a realização de trabalhos de ressocialização pela equipe do estabelecimento penitenciário. Ainda, agindo negativamente, a pena teria o condão de neutralizar o indivíduo que, durante o cumprimento desta estaria impossibilitado de cometer novos delitos.

Todavia, a pena como prevenção especial não está isenta de críticas. Bem se sabe que a ressocialização dos apenados se mostrou um tanto quanto fracassada. Há que se atentar para o fato de que todos os direitos não atingidos pela sanção penal devem ser preservados e, por conseguinte, deve ser respeitada a autonomia do preso, razão pela qual

[...] programas de ressocialização deveriam ser limitados a casos individuais voluntários, de ajuda à disposição de auto-ajuda do encarcerado: afinal, o condenado não pode ser compelido ao tratamento penitenciário, o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável (SANTOS, 2005, p. 8).

A segunda tem como alvo a coletividade e também tem por objetivo a prevenção de crimes, operando de forma negativa ao desestimular os indivíduos à prática delitiva, em decorrência da ameaça da punição, nos termos preconizados pela teoria da coação psicológica de Feuerbach. Registre-se que a mencionada função é tida por muitos como inútil, tendo em vista que as pessoas não deixariam de cometer crimes em virtude da gravidade da pena a ser aplicada, mas em razão da certeza de tal aplicação. Esse argumento já havia sido trazido por Beccaria e persiste até os tempos atuais. Somado a isso, tem-se que não é dado a um Estado, que assegura a dignidade da pessoa humana com fins em um pensamento nitidamente utilitarista, fazer um indivíduo de exemplo para os demais, aumentando

“injustamente o sofrimento dos acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais” (SANTOS, 2005, p. 10).

No âmbito positivo, a prevenção geral surge com a finalidade de estabilização social normativa, ou seja, para restaurar a expectativa da sociedade na norma penal. Nesse ponto, retoma-se a discussão travada entre Roxin e Jakobs, eis que novamente divergem quanto à natureza da prevenção geral positiva. É nesse ponto também que brota o chamado direito penal simbólico, razão de toda a digressão realizada acerca função da pena.

Segundo Santos (2005), Roxin defende que a prevenção geral positiva seja admitida de modo relativo, como complemento óbvio à função essencial do direito penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos. Dessa forma, a prevenção estaria na manutenção da confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico vigente e na fidelidade jurídica do povo. Jakobs, por sua vez, apregoa uma prevenção geral positiva absoluta, cuja função da pena seria exclusivamente a reafirmação da validade da norma.

Independentemente da proposição que se defenda, ambos se preocupam com um sentimento coletivo de fidelidade em relação à norma e indicam que a não punição conduz a uma sensação de insegurança prejudicial ao controle social.

A prevenção geral relaciona-se diretamente com o direito penal simbólico. Este está vinculado à criminalidade econômica, ecológica, tributária, genética, etc., ou seja, aos delitos de reflexão, nos quais o Estado busca uma solução meramente simbólica, que não produz qualquer efeito real, criando tipos penais nos quais “o homem deixa de ser o centro da gravidade do direito para ser um simples portador de funções jurídico-penais” (SANTOS, 2012). Assim como o estabelecido pela prevenção geral, o direito penal teria caráter meramente político, buscando ícones capazes de influenciar na psicologia dos cidadãos.

Como se sabe, o Direito penal realiza funções instrumentais de efetiva aplicação prática e funções simbólicas de projeção de imagens na psicologia popular, mas o segmento legal conhecido como Direito penal *simbólico*, caracterizado pela criminalização do risco em áreas cada vez mais distantes do bem jurídico – a pós-moderna criminalização do perigo abstrato -, não tem função instrumental, apenas função simbólica de legitimação do poder político. Na área das situações sociais problemáticas o Direito penal parece reduzido ao papel ideológico de criação de símbolos no imaginário popular, com o objetivo oculto de legitimar o poder político do Estado e o próprio Direito penal como instrumento de política social. (SANTOS, 2005, p. 32).

A legitimação do poder político por meio do uso simbólico do direito penal ocorre a partir da criação de uma sensação coletiva de repressão ao crime pelo Estado, atendendo à crescente demanda punitiva pulverizada na sociedade. Com o pretexto de combater a criminalidade, o Estado consegue facilmente converter a sua ação em votos, fidelidade eleitoral e perpetuação no poder, motivo pelo qual se justifica o forte apoio oferecido pelos partidos quando o assunto é legislação penal incriminadora. (SANTOS, 2005).

O pleito por mais crimes e mais punição está atrelado à sensação social de insegurança, originada especialmente pelos meios de comunicação (até mesmo propositalmente). Com posição privilegiada, os comunicadores, detentores das informações mais aproximadas da realidade, nem sempre as transmitem com exatidão, acrescentando elementos “teatrais” ou “dramatizantes”, “gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo” (SÁNCHEZ, 2011, p. 48). A aludida prática acaba disseminando o medo ou mesmo reforçando o medo já existente, faz nascer a ânsia de repressão na forma do conhecido “bode expiatório” e a crença de que do direito penal é capaz de dar uma resposta ao problema social da criminalidade.

Dessa forma, emerge um clamor por uma ampliação da proteção penal, ainda que em detrimento de garantias individuais, as quais chegam a receber a pecha de rigorosas e inflexíveis.

Além da legitimação do poder, o direito penal simbólico tem por escopo a busca da própria legitimidade, alastrando um discurso de um direito penal igualitário, quando na verdade se trata de uma medida seletiva de controle social. Ocorre uma repressão velada às periferias e frentes de trabalho marginalizadas, ocultando a relação direta entre criminalidade e desigualdade social (SANTOS, 2005, p. 33).

Esse modo de ver nos mostra o significado de conservação e de reprodução social realizado pelo programa desigual e seletivo do direito penal, cujas sanções estigmatizantes realizam dupla função: de um lado, a função *política* de garantir a escala social vertical; de outro lado, a função *ideológica* de encobrir/imunizar comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade. (SANTOS, 2005, p. 35).

Insta registrar, que acrítica traçada acerca da nomorréia penal e do direito penal simbólico de forma alguma se mostra alheia à dinâmica social e ao processo de globalização vivenciado. Não se trata aqui da defesa de um direito penal como

nos tempos de outrora. Inolvidável a introdução de novas figuras delituosas no ordenamento jurídico-penal, desde que pautadas nas garantias individuais e com supedâneo na extrema necessidade. Reconhece-se a aparição de novos bens jurídicos a serem penalmente tutelados e como assinala Sánchez (2011, p. 34), a expansão do direito penal parece ser um caminho sem volta, mas deve ser sempre razoável. Assim, não se vislumbra qualquer razoabilidade na criação de tipos penais cujo objetivo é garantir êxito em eleições ou realizar seleção social.

### 3 O PERCURSO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NA SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

*A impressão de que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (revolutio), de retorno ao que se julgava de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos” (ANDRADE, 1985, p.76).*

Há muito a doutrina tem se ocupado do estudo do bem jurídico-penal, especialmente com a finalidade de chegar a um conceito uníssono acerca do instituto. Desde o século XVIII e meados do século XIX, com o surgimento da Escola Clássica e das teorias a respeito do crime e da pena, ventilam-se formulações sobre o tema.

Não obstante a insistente discussão e os extremos permeados ao longo desta, certo é que até o presente momento não se tem em vista uma definição majoritariamente satisfatória. Na verdade, percebe-se uma propagação de conceitos que, muitas vezes, dizem a mesma coisa, com expressões diferentes.

O presente estudo não aspira chegar a um conceito inequivocadamente aceitável, nem mesmo criar um conceito. Mas busca, ao menos, revisitar a trajetória do bem jurídico-penal e vislumbrar entre os já existentes, qual melhor se enquadra aos parâmetros atuais.

#### 3.1 Breves considerações acerca da fase pré-moderna do direito penal

A ideia de bem jurídico penal ganhou seus primeiros contornos quando do período do iluminismo penal e do surgimento do direito penal moderno. Anteriormente a esse momento histórico, o ilícito penal era visto sob a ótica teológica, de maneira que “o delito é antes de tudo e sobretudo um pecado – desobediência à vontade divina.” (prado, 2003, p. 28). Reagindo a essa situação, o mencionado movimento intelectual buscou determinar limites de atuação do *ius puniendi*, mormente por meio do conceito material de crime.

Assim, identificou-se o crime com a necessária lesão de um direito subjectivo do indivíduo ou da comunidade, pretendendo-se expurgar do Direito Criminal a punição de condutas que fossem apenas moralmente

reprováveis ou contrárias à religião, mas que não causassem dano directamente a uma pessoa em concreto ou à própria 'república'. (CUNHA, 1995, p. 29)

Beccaria (1997) apregoava que o direito de punir encontra alicerce na necessidade de proteger a saúde pública das usurpações particulares, e quanto mais relevante indigitada proteção, mais justas são as penas. Desse modo, lograva o soberano em conservar a liberdade de seus súditos. Observa-se que já nesse ponto havia uma preocupação latente com a danosidade social como pressuposto para o crime.

Com o iluminismo, são desenvolvidas as teorias contratualistas que, além de fundamentarem o Estado, que deve existir tão somente em função do homem, deu justificativa ao jusnaturalismo. Influenciado pelo racionalismo cartesiano<sup>18</sup> e pelo empirismo inglês<sup>19</sup>, o indigitado movimento substituiu a religião pela racionalidade, dando lugar ao antropocentrismo, no qual o homem “é a própria razão de ser do mundo, deferindo-lhe a condição de detentor de direitos inatos.” (KIST, 2003, p. 149).

Prado (2003, p. 28), por sua vez, apregoava que o “delito encontrava a sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva”.

Fundamentando a existência do Estado e seu poder no contrato social, ou seja, na necessidade que os homens sentiram (para poderem coexistir de forma tanto quanto possível pacífica) de delegar parte (na formulação de Locke) do seu poder, dos seus direitos inatos, da sua vontade, no Estado, para que este pudesse ordenar a sociedade, também aqui residiria o fundamento do direito de punir. (CUNHA, 1995, p.32).

---

<sup>18</sup>Considerado o fundador da filosofia moderna, Descartes formulou uma base racional a partir da obra Discurso sobre o método, no qual traça regras de investigação científica exatas de tal forma que impossibilite que o falso seja admitido como verdadeiro. Para tanto, estipulou quatro regras: não acatar como verdadeiro algo que não o seja evidente; decompor o problema em quantas partes forem possíveis; ordenando-as de tal forma que possa ser examinada das mais fáceis às mais difíceis; realizar revisões à exaustão como forma de garantir que nada foi omitido. Tais regras são justificadas pela dúvida metódica, partindo da premissa de que todas as coisas apuradas pelo sentido são inicialmente falsas (REALE; ANTISERI, 2003, p. 359-364).

<sup>19</sup>O empirismo inglês tradicional foi desenvolvido a partir de Roger Bacon, havendo contribuições de Ockham, Bacon de Verolme e Hobbes. Mas ganhou ainda mais notoriedade com o empirismo inglês crítico de John Locke, iniciado com o seu estudo acerca dos limites e possibilidades do conhecimento humano. Fazendo o uso de proposições cartesianas, mormente a de que o “único objeto do pensamento humano é a idéia”, aduz que o pensamento humano está vinculado à experiência, sendo esta a sua fonte e limite. O conhecimento pressupõe a experiência, não sendo possível apreende-lo de outra forma. (REALE; ANTISERI, 2003, p. 508).

A aplicação das teorias contratualistas no âmbito penal originou a concepção de delito como lesão de um direito subjetivo e liberal concreto-imanente, responsável por assegurar as liberdades individuais e os direitos do Estado.

Fernández (2004, p. 11) assevera que já nesse período, a teoria do bem jurídico foi introduzida na seara penal a partir da obra de Feuerbach, publicada em 1801. A influência das raízes do movimento iluminista e da base contratualista se mostrava nítida, mormente por uma hierarquização dos direitos subjetivos objetos da proteção penal. O fundamento de tal proteção residia nas formulações Kantianas, segundo as quais o exercício da liberdade, quando realizado de forma excessiva, conseqüentemente atinge um direito subjetivo alheio, atentando contra o seu titular e contra o próprio Estado, eis que este é garantidor da vida em sociedade.

A ideologia liberal da época e o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, corolário do individualismo,<sup>20</sup> contribuíram para que Feuerbach fosse partidário da concepção de que é papel do Estado proteger as liberdades individuais, as quais se traduziam em direitos subjetivos. Justamente por ter como pressuposto a liberdade individual, pugnava por uma verdadeira limitação estatal, uma vez que só se justificava a aplicação de uma pena diante de uma lesão que maculasse direito alheio ou que obstasse o Estado de assegurar a vida em comum.

Segundo Feurbach, o delito como violação do direito subjetivo significava, a diferença de uma lesão ao dever para com o Estado, uma lesão ao direito individual do ofendido de não poder exercer sua própria liberdade frente à ação de outro, ou seja, o delito pressupunha, em princípio, um estado de igualdade de direitos de liberdade entre o autor e a vítima; igualdade esta que se via quebrada por esse delito, de tal forma que uma das partes envolvidas no conflito não poderia exercê-la. Com isto, subordinava o conceito de delito a um princípio material – a preservação da liberdade individual – independentemente dos fins políticos do Estado, dando lugar, também, a possibilidade de que o delito seja visto como uma lesão própria aos bens materiais e não simplesmente como violação do dever. (TAVARES, 2004, p.17, tradução nossa).<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> O individualismo pretendeu elevar a posição do homem no tocante à sua dignidade e autonomia, e como portador de direitos inatos, invioláveis e pré-jurídicos, de reconhecimento necessário pelo Direito. (CUNHA, 1995, p. 33)

<sup>21</sup> Según Feuerbach, el delito como violación de derecho subjetivo significaba, a diferencia de una lesión del deber para con el Estado, una lesión al derecho individual del ofendido de no poder ejercer su propia libertad frente a la acción de otro, o sea, entonces, que el delito preciponía, en principio, un estado de igualdad de derechos de libertad entre el autor y la víctima; igualdad esta que se veía quebrada por ese delito, de forma tal que una de las partes involucradas en el conflicto no la podría ya ejercer. Con esto, subordinaba el concepto de delito a un principio material – la preservación de la libertad individual – independentemente de los fines políticos del Estado, dando

Em certa medida, restava o Estado limitado no seu poder de incriminar, pois somente na hipótese de lesão a um direito subjetivo e conseqüente dano social seria possível taxar uma determinada conduta no rol dos delitos.

O crime passa a ser concebido como a lesão a um direito subjetivo, importando na ruptura definitiva com os pilares da fase pré-moderna do direito penal. O abandono da visão teocêntrica torna possível o isolamento entre crime e pecado, direito e moral e direito e religião. Por certo, trata-se de relevante impulso no sentido de limitar o *ius puniendi* estatal, razão pela qual, em que pese não ter desenvolvido a ideia de bem jurídico, a contribuição de Feuerbach não pode ser ignorada, tendo trazido a tônica do direito penal liberal.

### **3.2 O marco de Birnbaum e as formulações advindas de sua contribuição**

Conforme mencionado no item 3.1 deste capítulo, o bem jurídico-penal começa a ser delineado ainda na fase do iluminismo criminal. Todavia, isso não significa dizer que após a tentativa de se estabelecer um conceito material de crime houve uma evolução linear até a formulação trazida por Johann Michael Franz Birnbaum. Ao contrário, o percurso histórico do conceito de bem jurídico penal se mostra longe de ter observado uma linha constante de progresso.

De início, vale registrar que a teoria do bem jurídico de Birnbaum representou, para uma gama de autores, a continuação do pensamento iluminista, uma vez que caminhava no sentido de dar uma base material ao conceito de crime e deliberada intenção de estabelecer um limite ao legislador penal. Em contrapartida, outro grupo de autores - Amelung em exponencial - aduz que a aludida teoria emergiu como verdadeira oposição à doutrina advinda do iluminismo. Para estes, a substituição da noção de direito subjetivo pelo bem jurídico implicaria no deslocamento de toda a compreensão do conceito de delito, possibilitando, inclusive, a criação de crimes contra a religião - o que havia sido expurgado pelo iluminismo. (CUNHA, 1995, p.42).

A despeito de tais discrepâncias, tidas por Cunha (1995, p. 48) um tanto quanto reducionistas, por certo, precisamente em 1834, quando do estudo a respeito da tutela da honra, Birnbaum introduziu a expressão bem jurídico por meio de

---

lugar, también, a la posibilidad de que el delito sea visto como una lesión propia a los bienes materiales y no simplemente como una violación del deber. (TAVARES, 2004, p.17).

proposição igualmente de cunho liberal, substituindo a noção de direito subjetivo e apontando como

[...] decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou à coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva. (PRADO, 2003, p. 32).

Fernández (2004, p.15) afirma que se trata de uma visão transcendente de bem jurídico, considerando que, para Birnbaum, esses estão alocados fora do direito, sendo o seu conteúdo registrado na própria realidade factual e no contexto social, restando ao legislador apenas a tarefa de reconhecê-los. Daí porque se vislumbrar um ponto de contato entre o seu entendimento e o jusnaturalismo.

Insta mencionar que havia na época uma preocupação em reduzir e simplificar as normas penais, tendo Birnbaum enxergado no bem jurídico-penal o instrumento ideal para limitar a ação do legislador. Um exame do contexto histórico indica que os esforços dispensados na elaboração de sua tese encontram forte motivação no combate à ideologia iluminista conservadora, preconizada pela burguesia, que não possuía apego em garantir que a prática jurídica se desse em bases mais sólidas, que pudessem garantir a segurança julgada adequada.

Em que pese a nítida intenção de atribuir ao bem jurídico um caráter concreto, porquanto advindo da realidade, Birnbaum não logrou êxito em sua empreitada. Embora louvável o seu intento de situar o bem jurídico no mundo exterior, acentuando o seu caráter concreto, fazia, na mesma oportunidade, menção a bens imateriais, tais como honra e costumes; uma visível contradição. Ademais, como questionado por Amelung, para que se afirme que um bem jurídico é penalmente tutelado imprescindível a existência prévia de uma decisão política que assim o declare (FERNÁNDEZ, 2004, p.16).

Ainda assim, indubitável a contribuição de Birnbaum no sentido de impulsionar a discussão acerca do bem jurídico, mormente quanto ao seu substrato material, tema que seria retomado quando da discussão entre Binding e Liszt.

### 3.3 O positivismo jurídico e as concepções de bem jurídico de Binding e Liszt

Com o fortalecimento do Estado e sob influência do positivismo jurídico, que se propôs a ocupar a base das justificações filosóficas daquele momento, a partir da racionalidade direcionada exclusivamente para o direito positivo, Binding assevera que o direito penal é composto por normas estruturadas em imperativos que determinam ações ou omissões, que, se violadas, lesionam o próprio Estado no seu direito subjetivo de obter a submissão dos cidadãos.

Com o aludido ponto de partida, Binding defende que tão somente a norma tem o condão de estabelecer direitos e, por conseguinte, a mesma postura deve ser adotada no que tange ao bem jurídico, isto é, “os únicos limites à criação dos bens jurídicos por parte do legislador seriam os decorrentes de sua própria consideração valorativo-objetiva e por suas exigências lógicas” (COELHO, 2003, p. 43). Logo, imputada ao bem jurídico natureza formal, foram afastadas as concepções “pré-positivas, metafísicas e jusnaturalistas” (COELHO, 2003, p.43).

Kaufmann (1976, p. 99) afirma que uma das características do conceito de bem jurídico-penal proposto por Binding reside no fato de que este é vislumbrado como um objeto e não aborda valores somente valores éticos.

Segundo o posicionamento de Binding, a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes consiste em uma tarefa livre do legislador. O jurista alemão defendia, ainda, que o delito representa a lesão a um direito subjetivo do Estado “estabelecido através de seu legislador, protegendo bens jurídicos da comunidade.” (COELHO, 2003, p. 44).

Sendo assim, o conceito de bem jurídico abandona qualquer pretensão de legitimação material, de limite à liberdade criminalizadora/descriminalizadora do legislador, qualquer função orientadora e crítica, uma vez que passa a ser um conceito imanente ao sistema – ou seja, é o próprio legislador que cria os bens jurídicos. (CUNHA, 1995, p. 51).

A aludida proposta se afasta da concepção material de bem jurídico apregoando uma visão essencialmente positivista, justificada, segundo Cunha (1995, p.51), na descrença quanto à possibilidade de se alcançar parâmetros seguros de legitimação e limitação e não exatamente por uma confiança desmedida no tocante à figura do legislador.

O pensamento de Binding foi extremamente criticado, pois se contradiz ao sustentar que a legitimidade do direito penal advém unicamente das normas positivadas, sendo a ação legiferante limitada apenas pelos valores lógicos, mas, devendo o legislador observar quais são as condições fáticas para uma vida comunitária saudável, conectando-se, pois, às elementares pré-existentes. Ademais, sua tese se mostra excessivamente permissiva ao Estado que se vê livre de limitação na criação dos delitos e qualifica o indivíduo como simples seguidor de suas vontades.

Não obstante as críticas acima, insta consignar que a proposta de Binding não há que ser vista com estranheza, uma vez que não era outro o espírito da época, senão a ideia de que o Estado é um fim em si mesmo e, portanto, está apto a legitimar-se a ele próprio, em qualquer seara.

Conforme aduzido, com o positivismo jurídico o método priorizado passa a ser o direito positivo, acreditado como desprovido de juízo de valor, reforçando o caráter formal das normas e do bem jurídico. Contrariando a mencionada ideologia, Franz von Liszt, considerado por muito como fundados do direito penal moderno, retoma a concepção material do injusto penal, seguindo a matriz do positivismo naturalista.

Segundo Fernández (2004, p. 21), a proposta de Liszt tem nítida influência de Rudolf von Ihering por meio do conceito de interesse e o entendimento de que este move o mundo, já que assegura as condições de vida em sociedade. Assim, o delito seria concebido como o perigo a alguma dessas condições da vida social. Depreende-se, pois, que a finalidade do direito penal é impedir que a vida em sociedade seja ameaçada.

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz.

Chamamos de bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. [...] Os interesses, porém, surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Onde há vida, há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. (LISZT, 2006, p. 93).

Dessa maneira, o bem jurídico não poderia ser compreendido de modo exclusivamente jurídico como desejava Binding, pois não se trata de uma mera

criação do legislador, mas de interesses vitais do indivíduo ou da sociedade, independentes da “ordem jurídica, criados e estabelecidos pela vida em comunidade. Ao direito cabe, apenas, reconhecer tais interesses e protegê-los” (KIST, 2003, p. 158).

É assim que o bem jurídico desenvolve toda a sua capacidade de limite à ação legiferante, pois representa, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador. Contrariando a proposta de Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas o encontra, revelando nisso o seu aspecto restritivo. Afinal, o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podendo ser de modo algum criação ou elaboração jurídica. (KIST, 2003, p. 158).

O bem jurídico não se tratava de proposições imaginárias, consistia em algo perceptível, um interesse vital para a comunidade, que por meio da positivação – e somente por este meio- ganhava proteção jurídica.

Coelho (2003, p. 50) afirma que Liszt estabelece uma interação entre vida e direito, na qual àquela é delegado o papel de fornecer os critérios e a legitimidade para a intervenção estatal. Observa-se que a importância atribuída ao fato social evidencia o caráter sociológico de sua formulação a ponto de asseverar que, estando o bem jurídico disposto na realidade, este está passível de manutenção, modificação ou até mesmo de desaparecimento, de acordo com a dinâmica social.

Portanto, embora ambos sejam tomados como expoentes do positivismo, as concepções de Binding e Liszt são divergentes nos seus pontos mais fundamentais:

Para Liszt, o Direito parte das necessidades reais da vida humana em sociedade, dando-lhes forma jurídica, enquanto que, para Binding, as realidades do mundo é que se devem adaptar ao Direito. Binding contrapõe à referida plasticidade reflexiva do Direito para responder às exigências de uma realidade múltipla e diferente, a plasticidade das coisas do mundo e da vida nas mãos do direito. (CUNHA, 1995, p.55).

Entretanto, ainda se verifica um forte apelo no sentido de fortalecimento do Estado, uma vez que Liszt entende que as condições para a vida em sociedade são determinadas pelo Estado, e mais, que o Estado sintetizaria todas as condições, pois foi ele exatamente o sistema criado para garantir a sociedade. Mais uma vez, o Estado recebe tratamento excessivamente permissivo.

Há, nessa altura, um ponto de contato entre as formulações de Binding e Liszt, pois, ainda que advindos da realidade material como propõe o segundo, a

definição dos bens, em última análise, continua sendo tarefa do legislador. Acrescente-se que ambos discorrem acerca da importância da danosidade social, isto é, da função fundamental de se proteger bens jurídicos e evitar a sua destruição, emergindo uma preocupação com a própria finalidade da lei penal.

Ademais, a evolução da concepção apresentada por Liszt fazia uso indistintamente dos termos “interesse” e “bem jurídico”, provocando verdadeira confusão conceitual. Ainda, foi incapaz de propiciar a construção de critérios metodológicos de eleição de bens jurídicos, capazes de determinar qual interesse da vida do homem é digno de integrar tal categoria.

### **3.4 A visão metodológico-teleológica do bem jurídico e o enquadramento no causalismo valorativo de Mezger**

No início do século XX, surge a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, que se baseava no pensamento neokantiano, escola criada como reação antipositivista. Nessa feita, a evolução do tema foi no sentido “da espiritualização e normatização do conceito de bem jurídico, libertando-se, por um lado, de sua matriz empírico-naturalista [...] e, por outro, da sua potencialidade crítica, delimitadora, transistemática.” (CUNHA, 1995, p. 64).

No tocante ao direito penal, o aludido pensamento deu origem a uma mudança radical quanto ao conceito de bem jurídico. Em verdade, uma mudança de foco. Não mais se buscava enaltecer a sua função garantista, mas a sua finalidade de proteção, isto é, como conceito teleológico.

Honig admite que o bem jurídico é uma fórmula sintética advinda de uma análise do legislador a partir de um esforço no sentido de perceber a finalidade da norma penal. Mais uma vez, assiste-se ao afastamento do bem jurídico de um substrato material, eis que aquele funciona apenas como um instrumento, permanecendo no âmbito abstrato. Ao mesmo tempo, o jurista inaugura relevante distinção entre objeto da tutela penal e objeto da ação de tal modo que o bem jurídico é um produto da reflexão especificamente jurídica. Em outras palavras, os bens não existem inseridos nessa categoria desde o início, são elevados a ela quando da interpretação das normas penais (CUNHA, 1995, p. 66).

Mesmo caminho assume Schwinge, ao esvaziar a questão da materialidade do bem jurídico com a ideia de priorizar um conceito formal e transformá-lo em

princípio teleológico que sintetiza a *ratio legis*; nada além de um critério metodológico de interpretação. “Encaminha-se no sentido do progressivo esvaziamento do conceito de bem jurídico, de tal forma que ele vai perdendo toda a autonomia face à própria norma”. (CUNHA, 1995, p. 66).

Wolf, oriundo da Escola Sudoccidental Alemã, para a qual o direito consiste em uma ciência cultural, o direito penal tem por escopo a proteção dos bens da cultura social, sendo que tais bens são pré-existentes e posteriormente descobertos pelo direito. A lesão dos bens merecedores de proteção penal ensejaria necessariamente a um resultado jurídico, qual seja, a lesão da cultura social.

[...] a lesão do bem jurídico, longe de significar uma mudança no mundo exterior, uma modificação da realidade externa apreensível pelos sentidos, implica antes de mais nada num resultado jurídico: a lesão de uma parte da cultura, que é a cultura social. A proteção dela (onde se assentam os valores ético-sociais) é o fim do direito e através da proteção jurídica se constituem os bens jurídicos (FERNANDÉZ, 2004, p. 21, tradução nossa).<sup>22</sup>

Em suma, sob a influência neokantina, o aludido instituto fora alocado na estrutura do crime “como elemento de interpretação da norma penal, sistema de partida para a compreensão da *ratio legis* normativa.” (COELHO, 2003, p. 50). O bem jurídico não poderia ser traduzido em uma coisa, pessoa ou situação, mas, reitere-se, tão somente como instrumento de interpretação da finalidade da lei. Logo, o bem jurídico possuía como essência o valorativo abstrato e, não, o plano da realidade, acarretando, portanto, a espiritualização desse conceito.

Prado (2003, p. 41) afirma que

[...] os bens têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes, e os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

Inolvidável que aludida postura, eminentemente valorativa, esvaziou o conceito de bem jurídico, tendo afastado-o da realidade fática, a partir de uma base exclusivamente normativista, com a finalidade última de propiciar uma interpretação

---

<sup>22</sup> “la lesión del bien jurídico, lejos de significar un cambio en el mundo exterior, una modificación de la realidad externa aprehensible por los sentidos, implica antes que nada un resultado jurídico: la lesión de una parte de la cultura, que es la cultura social. La protección de ella (donde se asientan los valores ético-sociales) es el fin del derecho y a través de la protección jurídica se constituyen los bienes jurídicos.” (FERNANDÉZ, 2004, p. 27).

da norma penal, que, por sua vez, acabou sendo extensiva, esquecendo-se do seu principal papel, qual seja, limitar o poder punitivo estatal.<sup>23</sup>

Em que pesem as críticas, o neokantismo atuou como base para a corrente denominada causalismo valorativo, que tem como seu maior expoente Edimund Mezger, a quem é atribuído o conceito neoclássico de delito.

Para Mezger, o bem jurídico consistia num valor objetivo digno de proteção penal, que fornecia as diretrizes para uma interpretação do tipo penal. Ainda, afirma não se tratar de um objeto existente no mundo exterior.

### 3.5 Teorias sociológicas

Segundo Cunha (1995, p. 91), as teorias sociológicas enxergam o direito como um sistema capaz de reduzir a complexidade social, bem assim garantir a funcionalidade e eficácia dos demais sistemas existentes.

No rol dos defensores do funcionalismo sistêmico, destaca-se Knut Amelung. Este buscou um conceito de danosidade social que tivesse condão de orientar o legislador e resgatasse o conceito material de crime proposto no período iluminista, como forma de se opor ao positivismo jurídico que havia se instaurado. Para tanto, os autores funcionalistas sistêmicos partem das formulações teóricas de Parsons e Luhmann, que representam a sociedade de uma maneira sistêmica, com estruturas e funções sociais.

Por meio da doutrina da danosidade social, Amelung apregoava que a sociedade consiste em um sistema de interações, sendo certo que um evento danoso socialmente é um fenômeno que “causa disfunções, impede, ou interpõe obstáculos para que o sistema social resolva os problemas de sua conservação” (KIST, 2003, p. 162). O crime consistiria em uma das formas de disfunção do

---

<sup>23</sup> “Esta evolução do conceito de *‘ratio legis’* e concomitantemente de bem jurídico, teve uma razão política na sua base. Esteve na origem a necessidade de defender a todo o custo um conceito de bem jurídico, face aos ataques contra ele movidos por parte dos juristas nacional-socialistas, uma tentativa de salvaguardar a ideia de tutela objectiva face à tendência subjectivista do nacional-socialismo. Só que, de concessão em concessão, pouco ou nada se terá salvaguardado. Identificando-se o bem jurídico com o conteúdo da norma penal, ele podia perfeitamente servir os ideais totalitários do nacional socialismo. Por isso, enquanto a escola de Kiel atacou o conceito de bem jurídico por o considerar herança do período liberal, contrário aos ideais nacional-socialistas, objectando ainda com o facto da protecção de bens jurídicos não ser o único critério directivo do legislador na criação do tipo penal, já a escola de Marburgo utilizou o conceito de bem jurídico com um sentido omnicompreensivo (bem jurídico como a *‘ratio legis’* em sentido amplo), como instrumento ao serviço dos seus ideais totalitários.” (CUNHA, 1995, p.70).

sistema, não a mais grave, mas capaz de atingir as expectativas em relação à vigência das normas. Neste momento, surge para o direito penal a obrigação de contrariar crime.

Para tal, o Direito distribui funções, gerando expectativas e, quando estas são violadas, reafirma-se através da sanção, para que deste modo se mantenha a imprescindível confiança na funcionalidade do sistema (CUNHA, 1995, p. 91).

Neste sentido, é possível extrair que o direito penal poderá se ocupar tão-somente de condutas efetivamente danosas, suficientes para abalar a confiabilidade na funcionalidade do sistema. Todo o corpo social seria atingido quando da prática de um crime, justificando, portanto, determinados sacrifícios individuais. Neste ponto, há severa crítica no tocante à teoria da danosidade social, porquanto seja nítida a instrumentalização do indivíduo e a sua deficiência na proteção de sua dignidade. Em outras palavras, os cidadãos admitiriam a subalternização individual, em nome da preservação do sistema.

Em suma, a sociedade não passa de um sistema de interações, na qual o direito penal se encontra inserido como subsistema, capaz de dominar fatos gravemente nocivos, que colocam em perigo a funcionalidade e a conservação do sistema. Nesse diapasão, o bem jurídico está no cerne das funções necessárias para a manutenção do sistema social.

Assim sendo, para Amelung, a nocividade e a danosidade social são os critérios ideais de definição de uma conduta delituosa, sendo os bens jurídicos oriundos da vida social, contendo uma função específica.

No mesmo sentido, o posicionamento de Jakobs, o qual, como já mencionado, “afirma que a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social” (PRADO, 2003, p. 40).

O grande impasse na teoria em testilha reside no fato de não ter logrado êxito na definição do que é socialmente danoso, bem assim por não ter alcançado o seu caráter material. Embora louvável a sua intenção inicial, a própria teoria não fornece conteúdo ao direito.

Se socialmente danoso é todo o facto disfuncional e se a disfuncionalidade consiste na perturbação da interação social [...], mas se nada se diz sobre a forma como a sociedade deve estar organizada e, muito menos, sobre os

valores que a devem reger [...], ela pode ser aproveitada por uma qualquer ideologia. Refere uma função necessária do Direito – a de manter uma certa ordem, de preservar expectativas, no fundo, a dimensão de eficácia – mas nada esclarece quanto à seiva que deve penetrar no sistema, à justiça que legitimará a necessidade de revigoração das expectativas sociais do sistema (CUNHA, 1995, p. 94).

Ademais, as teorias sociológicas não lograram êxito em estabelecer qualquer vínculo ao legislador ordinário, nem mesmo colocaram barreiras ao arbítrio do intérprete quanto ao exato objeto de tutela penal.

#### 4 TEORIAS CONSTITUCIONAIS DO BEM JURÍDICO: UMA TENTATIVA DE LIMITAR O LEGISLADOR

*Já se propuseram as mais diversas definições de bem jurídico [...] Creio que este cansativo debate é, em grande medida, terminológico, e talvez seja por isso que se observa um crescente desinteresse da doutrina a seu respeito. Tem-se a impressão de estarem todos a dizer aproximadamente a mesma coisa, mas valendo-se de palavras distintas. (GRECO, 2004, p. 102).*

No período contemporâneo, após o fim da Segunda Guerra Mundial, são retomadas as concepções advindas do direito natural e reerguido o constitucionalismo, especialmente com as Constituições Italiana (1948) e Alemã (1949). No tocante ao direito penal, preconizou-se a sua leitura humanista, com o escopo de refutar as atrocidades e arbitrariedade passadas, o que foi reforçado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o conseqüente enaltecimento da ideia de dignidade da pessoa humana, que ganhou *status* de princípio balizador de todo o Direito.

A compreensão dos direitos fundamentais como centro do Estado de Direito, contribuiu para que a política criminal ganhasse nova relevância no cenário do pós-guerra, de forma a rechaçar qualquer resquício de arbitrariedade e fundamentar o exercício do poder punitivo estatal. Assim, não poderia o direito penal ser pensado senão no interior de um sistema cuja a Constituição ditava as regras, de modo que o bem jurídico passou a ser interpretado no aludido contexto.

O interesse pelo bem jurídico-penal é agora examinado sob uma visão liberal e de garantia, que pretendia outorgar conteúdo material ao instituto, com o fim limitador do *ius puniendi*, mais uma vez restando demonstrado o conturbado percurso histórico do conceito de bem jurídico, conforma anuncia Andrade na epígrafe do presente capítulo<sup>24</sup>.

A pena passa a ser compreendida como uma necessidade extrema adiante da imprescindibilidade de se proteger determinados bens e as condições essenciais da vida do homem em sociedade. É ressuscitada a ideia Iluminista de que “o Direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para alcançar a moralidade dos cidadãos” (Cunha, 1995, p. 78). Tem-se agora um direito penal tolerante,

---

<sup>24</sup> “E é curioso observar como propostas actuais de reforma do Direito penal tinham sido já propugnadas no século XVIII e XIX. Exemplos patentes deste facto se podem constatar nos domínios da moral sexual e da religião, áreas particularmente sintomáticas da concepção de Estado e seus fins.” (CUNHA, 1995, p. 73)

direcionado para a realidade e com a finalidade última de proteger bens essenciais, desvinculados de aspectos morais.

Diante da deficiência das teorias até então apresentadas, especialmente no tocante à ausência de critérios concretos que evidenciem conteúdo, viceja a moderna formulação que tende a ser cada vez mais adotada, qual seja, a teoria constitucional do bem jurídico.

A teoria constitucional do bem jurídico tem por escopo formular critérios capazes de orientar e limitar a ação legiferante a partir da Constituição vigente. Em outras palavras, na perspectiva em comento, os bens jurídicos estão insertos na Constituição, sendo esse o único critério válido e seguro, ante os ditames do Estado Democrático de Direito.

A partir da Constituição é estabelecido o conceito de bem jurídico, funcionando como “uma espécie de normatização de diretivas político-criminais.” (PRADO, 2003, p. 62). No entanto, a doutrina se diverge quanto ao modo de vinculação do bem à norma constitucional, o que deu origem a uma bifurcação da teoria, dividindo-a em teoria de caráter geral e teoria de fundamento constitucional estrito.

#### **4.1 Teorias constitucionais de caráter geral**

A teoria constitucional geral<sup>25</sup> propõe que a criação dos tipos penais – consequência da seleção dos bens jurídicos penalmente relevantes – está vinculada tão somente aos princípios fundamentais na organização do Estado e que inspiraram a norma fundamental.

Os adeptos da teoria de caráter geral assinalam que “o tipo de Estado e seus fins é que determinam os fins do direito penal, o que significa que o direito penal deve se adequar aos princípios e características essenciais do modelo de Estado que se insere.” (COELHO, 2003, p. 79).

Prado (2003, p. 63) afirma que, para Roxin, o direito penal possui duas funções essenciais, sendo elas, proteger os bens jurídicos e garantir o cumprimento das prestações de caráter público, de modo a realizar

---

<sup>25</sup>Informa Prado (2003, p. 63) que, os principais defensores desta teoria são W. Sax, M. Marx, D. Pulitanò, G. Fiandaca, destacando-se C. Roxin e H. J. Rudolphi.

[...] uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, de que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna.

Roxin (2009, p. 16) desenvolve o seu conceito de bem jurídico partindo da formulação de que o Estado somente está autorizado a intervir penalmente em virtude de uma função social do direito penal e o que se encontra fora desse âmbito não deve ser objeto da ciência em análise. Destarte, a função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, desde que tais metas não possam ser alcançadas por meio de outras medidas menos gravosas para a liberdade do cidadão.

Para o autor (2009, p.17), a proposição acima encontra legitimação histórica desde a ilustração (base do Estado Democrático), quando os indivíduos, por meio do contrato social, transferiam para o soberano tão somente o poder de intervir penalmente na medida da necessidade para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica.

Com esse entendimento, o jurista alemão explica que os bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de uma na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2009, p.19).

Dessa forma, tem por escopo instituir o bem jurídico como instrumento de limitação ao legislador, no sentido de ter sempre claro que são inadmissíveis normas jurídico-penais que motivadas exclusivamente por uma ideologia ou que atinjam direitos fundamentais e humanos. A simples descrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico, bem como atentados contra a moral não se mostram suficientes para a existência de reprimenda penal.

Pensamento símile é exposto por Rudolphi, para o qual os valores fundamentais devem ter referência constitucional, estando o legislador obrigatoriamente vinculado à proteção dos bens jurídicos previamente determinados no ordenamento penal. Ainda, adverte que “o Estado de Direito é mais que um simples Estado de Legalidade, só encontrando sua verdadeira legitimação na ideia de justiça material” (PRADO, 2003, p. 64).

Sob o argumento de que o Estado de Direito deve ter como base a liberdade pessoal e a moderação no exercício do poder, como forma de alcançar a justiça material, Rudolphi aponta que o direito penal deve se atentar à proteção das condições de vida, desprezando princípios morais desprovidos de capacidade de provocar conseqüências sociais. A eleição dos bens jurídicos penalmente tutelados deve ser pautada em uma análise cautelosa e concreta da comunidade e da forma com que esta se desenvolve perante a Constituição. Ainda, sustenta a impossibilidade de uma visão estática dos bens jurídicos, os quais se mostram dinâmicos e funcionais (unidades funcionais orientadas constitucionalmente), em conformidade com a convivência humana (CUNHA, 1995, p. 146).

Sobre o tema, Cunha (1995, p. 129) afirma que a teoria constitucional geral

[...] vê na Constituição um quadro de referência a partir de princípios muito gerais englobantes de unidade de sentido constitucional, como é o princípio do Estado de direito material, democrático e social. Ora, embora a partir daqui se possam fazer derivar conseqüências concretas muito importantes, limitadoras da criminalização, estes conceitos são ainda vagos, sendo assim algo incerto a área em que o legislador está proibido de intervir. Ele está proibido de trair o espírito de um Estado de direito e está impedido de, com a criminalização, violar valores Constitucionais, mas fora desta área, fica-lhe uma ampla liberdade de decisão.

Crítica de mesmo teor é tecida por Coelho (2003, p. 81), que, apesar de vislumbrar no bem jurídico um excelente instrumento de limitação ao legislador, entende que a teoria constitucional geral peca ao autorizar que a seleção dos bens jurídicos penalmente tutelados seja extremamente ampliada.

Assim, o ponto nevrálgico dessa orientação constitucional, reside na imposição de critérios vagos e imprecisos, que não conseguem fornecer qualquer garantia concreta de legitimidade

#### **4.2 Teorias constitucionais de caráter restrito**

Almejando limitar de maneira mais rígida o campo de discricionariedade do legislador, a teoria de fundamento constitucional estrito<sup>26</sup> informa que, ao criar tipos penais, deve ser observado se estes violam valores constitucionais fundamentais à convivência em sociedade, “devendo ele pautar, no processo de valoração de

---

<sup>26</sup> Como expoentes da referida corrente, temos F. Bricola, E. Musgo, F. Angioni, J. J. Gonzalez Rus, entre outros.

condutas, se estas possuem o potencial de relativização do princípio da liberdade” (COELHO, 2003, p. 83).

Portanto, é construída uma barreira ao legislador, que não poderá infringir princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, bem assim, os princípios de direito penal constitucional, condicionando o processo de seleção dos bens jurídicos a uma valoração constitucional, realizada a partir do confronto entre necessidade da tutela penal *versus* relevância dos valores postos em conflito (especialmente, a liberdade).

Destarte, só poderá ser relativizado o princípio da liberdade quando o bem que se deseja proteger alcança valores constitucionais imprescindíveis, não encontrando amparo nos demais ramos do ordenamento legal, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade material.

Na compreensão restrita da teoria constitucional o legislador, além de respeitar todos os princípios do Estado Democrático de Direito e a Constituição como um todo, “estaria apenas autorizado a criminalizar a violação de bens com algum reflexo em valores constitucionais” (CUNHA, 1995, p. 129).

No rol dos doutrinadores adeptos à teoria constitucional restrita, Bricola apresenta uma tese fulcrada nos denominados princípios constitucionais penais. Tais princípios teriam o condão de limitar a ação legiferante não apenas no que tange ao seu aspecto formal, mas conteriam vinculações de conteúdo, representando a consagração do Estado de Direito material.

Na tese apresentada por Bricola, o princípio da reserva legal ocupa lugar de destaque, porquanto representa o primeiro indicativo do cuidado despendido pelo constituinte no tocante à criminalização e sua limitação ao máximo. Já o princípio da culpabilidade, indicaria que não é permitido utilizar o direito penal quando presentes outras formas de responsabilização, como a civil.

Ainda, o italiano defende que, considerando a gravidade da sanção penal por excelência, qual seja, a privação da liberdade, só restaria justificada uma criminalização quando a violação de um bem tenha idêntica dignidade com a liberdade sacrificada ou, ainda, tenha ao menos uma lesão constitucionalmente significativa (CUNHA, 1995, p. 173).

Melhor explicado por Cunha (1995, p. 175) citando Bricola: “não significa simplesmente não contrariedade do bem em relação à Constituição, mas assunção do mesmo pelos valores explícitos ou implicitamente contidos na Constituição”.

Angioni, igualmente adepto dessa teoria, propõe uma solução na qual o princípio da proporcionalidade indica que os bens (primários) merecedores de tutela penal seriam somente aqueles que se encontram no mesmo nível da liberdade. Logo, aqueles bens socialmente relevantes e inseridos na Constituição, mas sem correlação direta com a garantia de liberdade, deveriam ser enquadrados como bens secundários, para os quais a violação poderia ser cominada pena pecuniária. O valor da liberdade (indissociável da Constituição) torna-se o ponto referencial.

A justificativa dessa regra da proporcionalidade “resultaria da própria consagração constitucional da função reeducativa da pena” (CUNHA, 1995, p. 179).

Não obstante a máxima de que o fim do direito penal é a proteção dos bens jurídicos, ainda que incertos os métodos e parâmetros a serem observados na escolha destes. Nesse cenário, Figueiredo Dias sustenta uma correlação entre bens jurídicos penais e ordem axiológica constitucional, proposta que vem sendo trabalhada quando da discussão acerca dos mandados constitucionais de criminalização.

As proposições formuladas por Figueiredo Dias admitem que em um Estado Democrático de Direito, em que as garantias são protegidas materialmente, cabe ao direito penal atuar na exclusiva proteção dos bens jurídicos fundamentais na comunidade, essenciais à livre personalidade de cada homem, tendo em vista que o povo, como ente soberano, aliena tão somente a parte imprescindível ao aludido patamar de desenvolvimento de cada indivíduo.

Para tanto, Figueiredo Dias vai buscar na Constituição os fundamentos acerca dos fins do Estado e, por conseguinte, dos fins da tutela penal. O bem jurídico é vislumbrado não a partir de sua conceituação abstrata, mas por meio dos fins da pena, nos moldes do Estado constitucionalmente eleito e de seus princípios fundamentais.

Assim, conclui que a seleção dos bens jurídicos carentes de tutela penal se dá de maneira legítima quando encontra seus parâmetros na Constituição.

Outrossim, expõe três conseqüências advindas do raciocínio explanado: a necessidade de descriminalização (mormente no tocante aos crimes de nuance

moral); a consagração do direito penal como *ultima ratio*; e a necessidade penal, traduzida como a relevância social indispensável quando da criminalização de uma conduta.

Por certo, a evolução do instituto do bem jurídico se confunde com a sua própria conceituação, bem assim com os seus critérios de seleção. Em cada momento, direcionou-se o foco da discussão, seja no sentido da sua materialidade, seja no da sua legitimidade como limitador do poder punitivo estatal. O fato é que não se chegou a um conceito uníssono de bem jurídico-penal.

#### **4.3 Aproximações de um conceito de bem jurídico na atualidade: conceito dogmático v. conceito político-criminal**

Ao se admitir que o direito penal protege bens jurídicos, torna-se imprescindível ao menos tentar trazer uma definição do que seja o aludido instituto .

Segundo Welzel (1976, p. 15, tradução nossa<sup>27</sup>) “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente.” Acrescenta, ainda, que o “bem jurídico é todo estado social desejável que o Direito deseja resguardar de lesões”.

Para Jescheck (2002, p. 275), o bem jurídico deve ser compreendido como um valor abstrato inserido na ordem social, ao qual é conferido proteção jurídica, em virtude de um interesse da comunidade, sendo o seu titular o indivíduo ou a coletividade. Os bens jurídicos penais deverão necessariamente refletir as convicções valorativas da sociedade.

Ao tratar da questão, Bettiol (1977, p. 225) explica que o bem jurídico

[...] é o valor que a norma jurídica tutela, valor que não pode jamais ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência. [...] O bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e, portanto assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente.

Hassemer (2011, p. 21), fornecendo um conceito pessoal de bem jurídico, defende que “bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção

---

<sup>27</sup> Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido juridicamente. [...] bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. (WELZEL, 1976, p. 15).

penal” sendo que “a proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas”.

Toledo (1994, p. 16) afirma que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

Por seu turno, Zaffaroni (2006, p. 397) define bem jurídico como “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Prado (2010, p. 259) sustenta que

[...] o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito.

Contudo, conforme se depreende das abordagens dos capítulos 3 e 4, a busca por um conceito de bem jurídico penal vem se estendendo ao longo dos anos, sem sucesso em uma definição amplamente aceita. Por outro lado, mesmo correndo o risco de cair em um posicionamento simplista, urge destacar que os juristas não se entendem entre si no sentido de chegarem a um denominador comum acerca do bem jurídico.

Lado outro, todos parecem querer falar a mesma coisa, com expressões diferentes, para ao final concluir que o direito penal deve cuidar da proteção do bem, do valor, do interesse, do dado social, da relação de um indivíduo e um objeto. Tanto parece ser assim, que o cerne da discussão acerca do conceito de bem jurídico ao longo do seu percurso, pautou-se especialmente na sua materialidade/concretude ou na sua existência pré ou pós decisão legislativa, ou, ainda, na diferenciação técnica-filosófica do que é valor, interesse, etc.

De certo, não se apresenta imprescindível, neste trabalho, aderir a uma ou a outra acepção, mas reafirmar o que todas têm em comum, isto é, que o bem jurídico penal deve sempre consistir em algo de extrema relevância para a sociedade. Por isso, ao invés de alongar a respeito do tema, mais interessante se mostra a dicotomia realizada por alguns autores, que enxergam o princípio da proteção dos

bens jurídicos sob dois pontos de vista: de um conceito dogmático e de um conceito político criminal.

O conceito dogmático trata o bem jurídico como uma criação legislativa:

A tradição dogmática, que remonta a Binding, considera o bem jurídico uma criação legislativa, nada mais do que aquilo que a norma protege, algo implícito já, logicamente, em qualquer norma vigente. Se tivéssemos uma norma que punisse o homossexualismo, teríamos um correspondente bem jurídico, algo como "interesse social na normalidade da vida sexual" (GRECO, 2006, p. 404).

No entanto, o conceito político-criminal, em virtude de se propor a traçar uma diretriz ao legislador, mostra-se mais relevante no presente trabalho. Afinal, o conceito dogmático, como exposto acima, está à disposição do legislador. "Com base neste conceito, só se poderá dizer se algo é um bem jurídico se o legislador assim houver decidido." (GRECO, 2004, p. 93). Logo, para o presente trabalho, vale dar atenção ao conceito político-criminal.

Inicialmente, cumpre destacar que o fundamento do conceito político-criminal do bem jurídico não pode residir na própria lei penal, porquanto o conceito deva funcionar para criticá-la, razão pela qual, a sua base deve ser externa à lei penal. É por esse motivo que tal papel é conferido por diversos autores à Constituição.

Eleita a Constituição como alicerce do bem jurídico, urge realizar um exame a respeito da delimitação dos valores constitucionais aptos a galgar o *status* de bem jurídico-penal. Como bem lembrado por Greco (2006, p. 406), essa tarefa se apresenta como peculiar diante da diversidade da Constituição de 1988, que se atém, inclusive, ao fato de o Colégio Pedro II se encontrar na esfera federal. Assim, importante perquirir se o bem jurídico-penal deve derivar de um acolhimento expresso ou bastaria a sua compatibilidade com os valores constitucionais.

Conforme exposto nos itens acima, tem prevalecido na doutrina a ideia de que bastaria a compatibilidade com os valores constitucionais. Se bem que, tratando-se da Constituição brasileira, o tema reduz a importância, já que esta traz em seu bojo um sem número de valores expressos.

Quanto à natureza do bem jurídico, Greco (2006, p. 407) aduz que preferencialmente o bem jurídico deve ser compreendido como uma realidade ou um dado fenomênico, afastando a possibilidade de ser entendido como uma entidade ideal ou espiritualizada. Para tanto, é preciso ter em mente que o conceito realista

não se confunde com dados empíricos, isto é, não significa tão somente o que é concreto, deve ser admitido também na sua dimensão social, motivo pelo qual a honra, por exemplo, pode ser considerado um bem jurídico penal.

Com tais considerações, Greco (2006, p. 409) evidencia que, sob a perspectiva político-criminal, o bem jurídico penal consiste em “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”.

Para os que defendem o conceito político criminal de bem jurídico, a aceção tem o condão de limitar o legislador, enquanto condição necessária para a legitimidade de uma proibição.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup>Já aparecem autores que, apesar de defenderem a relevância do bem jurídico, admitem proibições que não estejam a ele vinculadas, que deve ocorrer excepcionalmente, como nos casos de proteção de animais, fauna, flora e interesses de gerações futuras.

## 5 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

*Toda manifestação irracionalista no campo do direito penal tem tentado arrasar com o conceito de bem jurídico. Não é raro que, de uma maneira geral, todas as manifestações do direito penal autoritário tenham desacreditado este conceito. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 402).*

Ao bem jurídico são atribuídas diversas funções, quase sempre ligadas à teoria a que se vincula. No Estado Democrático de Direito, especialmente sob a ótica material, o papel de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado é, sem sombra de dúvidas, a sua função mais relevante. Não sem razão, o tema é alvo de recentes discussões.

Segundo Prado (2009, p. 50), as funções tidas como mais expressivas seriam: a) função teleológica ou interpretativa; b) função individualizadora; c) função sistemática; d) função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado.

### 5.1 Função teleológica ou interpretativa

Partindo da premissa de que todo crime deve proteger um bem jurídico, uma das suas funções consiste na atuação como critério de interpretação dos tipos penais.

Para Prado (2009, p. 51), a utilização do bem jurídico como instrumento de interpretação dos tipos penais se mostra essencial, condicionando todo o sentido e alcance destes. Somente por meio do reconhecimento de cada bem jurídico protegido é possível delimitar o âmbito de incidência de um determinado tipo penal, excluindo as condutas que não afetem o bem concretamente tutelado.

Vale registrar que tal função é de grande valia ao direito penal, exercendo influência nos mais diversos âmbitos. Sales (2004, p. 112) identifica desmembramentos fundamentais da função em comento, pois, além de orientar o interprete do sentido de localizar o sujeito passivo, é um “critério determinante para a aplicação de causa não-codificada de exclusão da ilicitude o ‘consentimento do ofendido’”.

Ademais, o sopesamento de bens quando da aplicação do estado de necessidade (seja justificante, seja exculpante) é exame fundamental.

## 5.2 Função individualizadora

A função individualizadora do bem jurídico está relacionada à sua atuação como balizador da pena no momento da sua aplicação ao caso concreto, a partir da análise da intensidade da lesão àquele.

Como bem afirma Sales (2004, p.112), quando do exame e aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o julgador deve considerar a gravidade da lesão ao bem jurídico, a fim de estabelecer a dosimetria da pena.

## 5.3 Função sistemática

A classificação dos tipos penais obedece a uma ordem lógica, essencial ao caráter científico do direito penal. Não se trata, portanto, de mera diretriz legislativa. Uma ordenação racionalmente constituída foi buscada desde os tempos em que imperava o direito natural.

A função sistemática do bem jurídico consiste no seu papel de classificar os tipos penais elencados na parte especial do Código Penal, isto é, como critério de objetividade jurídica. Verifica-se que os títulos e capítulos espalhados ao longo da legislação penal são estruturados com base no bem jurídico tutelado.

Além de peça básica na estrutura do tipo, o bem jurídico constitui um ponto de vista decisivo para a classificação dos diversos grupos de tipo penal (v.g., crimes contra a vida, contra o patrimônio, crimes de trânsito). E mais além deste aspecto, a ordenação global das disposições penais na Parte Especial (ordem legal) segue a ideia básica de que, através do agrupamento e classificação dos bens jurídicos, deve ser alcançada uma ordem hierárquica dos valores protegidos. (JESCHECK, 2002, p. 277, tradução nossa).<sup>29</sup>

Ademais, a função sistemática permite outras classificações, como a partir da intensidade de ofensa dos bens jurídicos afetados por um tipo penal, dispondo-os

---

<sup>29</sup>Además de pieza básica en la estructura del tipo, el bien jurídico constituye un punto de vista decisivo para la clasificación de los distintos grupos de tipos penales (vgr., delitos contra la vida, contra el patrimonio, contra la seguridad del tráfico). Y más allá de este aspecto la ordenación global de las disposiciones penales en la Parte Especial (orden legal) sigue la idea básica de que, a través de la agrupación de los bienes jurídicos, debe ser alcanzado un orden jerárquico de los valores protegidos. (JESCHECK, 2002, p. 277).

como básico, qualificado ou privilegiado. Igualmente, pelo número de bens atingidos por um mesmo delito, distinguindo-os em tipos penais simples e complexos. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 403).

Essa função não pode ser percebida como mero instrumento de organização legislativa, pois, em certa medida, serve para delimitar o âmbito de incidência de uma norma penal, criando um núcleo comum em relação a todos os crimes previstos em um determinado título ou capítulo (PRADO, 2003, p.51). Dessa forma, ainda que uma conduta aparentemente se amolde a um tipo penal qualquer, imprescindível que tenha se dirigido contra o bem jurídico que norteia o pretense delito.

#### **5.4 Função de garantia**

Assevera Prado (2003, p. 50) que a função de garantia reside na limitação material da norma penal, por meio da máxima *nullum crimen sine injuria*, isto é, não há que se falar em incriminação de uma conduta que não lesione ou coloque em grave perigo um bem jurídico. Essa função tem nítido caráter político-criminal, uma vez que vincula diretamente o legislador no momento em que este irá produzir ou modificar as normas penais. Desse modo, é ineludável a importância da análise do bem jurídico que será tutelado pelo tipo penal que se pretende introduzir no ordenamento jurídico.

Verifica-se que a função de garantia do bem jurídico-penal decorre do princípio da lesividade, o qual admite como legítima a intervenção penal, tão-somente quando haja a presença da lesividade, advinda, segundo Batista (1990, p. 91), da relação entre sujeito autor do crime e o signo do outro sujeito, isto é, o bem jurídico. Desta relação, Batista elenca quatro funções, quais sejam: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Tais proibições impedem que a cogitação seja considerada uma conduta delituosa, enquanto restrita a uma atitude interna. O mesmo pode ser dito a respeito dos atos preparatórios. Ademais, consagra o direito penal como direito penal do fato, e não do autor.

Além de função de garantia, Gomes (2002, p. 138) denomina a mesma função, alternativamente, como função de política criminal. Nessa esteira de entendimento, assinala a importância do dinamismo que esta proporciona, à medida que permite a permanente revisão da legislação.

No mesmo sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 402) afirmam que

O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; b) uma função *teleológico-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada no tipo e a limita. Ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano (art. 1º. da CF).

Roxin (2009, p.20) defende um conceito de bem jurídico que vá além da sua função de interpretação teleológica. A proposta do autor consiste em um conceito crítico em relação à legislação, de modo a “mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”. Para tanto, assume diversos pontos de vista quanto aos limites impostos quando da ação legiferante. Nesse contexto, normas jurídico-penais motivadas pela ideologia, que atentem aos direitos fundamentais ou que tentem proteger a moral, estão completamente afastadas dos parâmetros de legitimidade apregoados pelo conceito de bem jurídico.

O mesmo se pode dizer quanto à proteção de um sentimento. Os únicos sentimentos passíveis de tutela penal, segundo Roxin, são aqueles provenientes de ameaças; do contrário, não pode o direito penal cuidar, “pois o homem moderno vive em uma sociedade multicultural na qual também a tolerância frente às concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência” (2009, p. 22).

A consciente autolesão igualmente não pode ser alvo de proteção estatal, uma vez que o ramo do direito em comento protege bens jurídicos de ataques de terceiros e não frente a si mesmo, só sendo possível quando se tratar de titular do bem jurídico com inviabilidade de autonomia (inimputáveis). Ainda, patente a ilegitimidade das normas penais simbólicas, que não protegem bem jurídico algum, consistindo em “leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do direito penal como o apaziguamento do eleitor” (2009, p. 24).

## 6 BEM JURÍDICO NA SOCIEDADE DO RISCO E SEUS REFLEXOS NA CRIMINALIDADE MODERNA

*[...] o maior perigo do delito nas sociedades modernas não é o delito em si mesmo, mas o perigo de que a luta contra este conduza tais sociedades ao totalitarismo. (KARAM, 2000, p. 348).*

A expressão “sociedade do risco” (*Risikogesellschaft*) foi cunhada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, como caracterização da sociedade pós-industrial ou modernidade reflexiva. Tal adjetivação se baseia no fenômeno econômico vivenciado na atualidade, que se desenvolve com grande variação em um curto espaço de tempo, bem assim no progresso tecnológico sem precedentes a que se assiste. “O conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial”. (BECK, 1997, p. 17).

Segundo Machado (2005, p.30), a modernidade reflexiva comporta o confronto entre o paradigma da modernidade e suas consequências, que representam uma ameaça de autodestruição, por não terem sido compreendidas na época industrial. Assim, a teoria acerca da sociedade do risco surge juntamente com a percepção social dos riscos tecnológicos globais.

Certo é que as novas técnicas e a dinâmica econômica influenciam a vida dos cidadãos rotineiramente e a teoria da sociedade do risco ocupa-se do diagnóstico de tal influência quando se operam de forma negativa. Sánchez (2011, p. 36) assinala que não se pode ignorar as consequências advindas desse modelo, especialmente pelo fato de que uma parte significativa dos riscos a que estamos submetidos são gerados a partir de decisões de outros concidadãos quando da aplicação ou desenvolvimento dos avanços técnicos nas mais variadas áreas, como indústria, genética, energia nuclear, informática, etc. Lado outro, a dinâmica do progresso tecnológico arrasta uma parcela dos cidadãos para a marginalidade, aumentando a percepção de risco entre os indivíduos.

Há o relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos por ela, que por seu lado excedem as bases das ideias sociais de segurança. Por essa razão, assim que as pessoas tomam consciência deles, são capazes de abalar as suposições fundamentais da ordem social convencional. Isto se aplica a componentes da sociedade, como os

negócios, o direito ou a ciência, mas se torna um problema particular na área da ação política e da tomada de decisões. (BECK, 1997, p. 18).

No contexto do direito penal, a sociedade do risco incrementa a sensação de insegurança da população, tema já abordado no item 2.3 deste trabalho. Como resultado do medo, cria-se um ambiente propício à atuação da política, ocasionado pela esperança de eliminação dos riscos e responsabilização dos geradores destes.

Esse panorama acarreta mutação do Estado para um “Estado de Prevenção”, que abandona o modelo liberal clássico e significa que

[...] a ‘segurança dos bens jurídicos’ tende a prevalecer (pelo menos do ponto de vista das suas funções declaradas) sobre a segurança ou a “certeza” do direito. No sentido da expressão utilizada por Hirsch, o Estado preventivo é, portanto, o “Estado da Segurança”. O “Estado de Segurança” seria então o resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que, num ritmo cada vez mais acelerado, conduz a situações de risco. (BARATTA, 1994, p. 13).

Da conjugação de todos esses fatores, eclode a tensão em relação ao direito penal e a inclinação para uma produção normativa constante como resposta às situações emergenciais. Em nome da aludida demanda, ocorre a dinamização do bem jurídico, conforme intitulado por Erhard Denninger, com dois desdobramentos.

O primeiro deles consiste na mudança da relação entre Estado, sociedade e bem jurídico. Inicialmente, no modelo de Estado liberal clássico, o conteúdo do bem jurídico residia na sociedade e estava, portanto, pré-constituído em relação à norma. No dito Estado de Prevenção, os bens jurídicos são cada vez mais produzidos pelo próprio Estado e referem-se às suas atividades e instituições, sendo que a administração dos riscos vinculados aos bens e dos conflitos também consiste em competência do Estado. (BARATTA, 1994).

O segundo desdobramento está inserido no campo da antecipação da responsabilidade penal em momento anterior ao da lesão efetiva ao bem jurídico penalmente tutelado. Essa prática cada vez mais adotada foi impulsionada pelas ações terroristas e pelas chamadas novas emergências, dando ensejo ao aumento dos crimes de perigo abstrato e de associação. (BARATTA, 1994).

Vislumbra-se uma expectativa de que o direito penal, como o mais grave instrumento de tutela jurídica, consiga alcançar os riscos tecnológicos, mediante uma ampliação do seu arcabouço incriminador, exigindo uma atuação não mais

minimalista, mas promocional de vida em comunidade, com fincas a assegurar e regulamentar uma infinidade de temas.

Como vimos no item 2.3, não raro esse perfil se apresenta frustrante, pois acaba por revelar um *déficit* de eficiência na garantia da tão almejada segurança (MACHADO, 2005, p. 95).

[...] a visão do direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao direito penal um fardo que ele não pode carregar. Isso mesmo se mantido, um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que desnaturalizem por completo. (SÁNCHEZ, 2011, p. 79).

Hassemer (1994, p. 43) admite haver uma criminalidade moderna, que se distingue claramente da criminalidade clássica. Os desvios que compõem a dita criminalidade moderna possuem características comuns. A primeira delas seria a ausência de vítimas individuais, concentrando esse papel no Estado. Ainda, não apresentam danos visíveis, sendo que o limite do que é permitido e do que é proibido ficam a cargo da autoridade administrativa por meio das chamadas normas penais em branco. Hassemer ilustra essa situação, por ele denominada “acessoriedade administrativa”, no âmbito do direito ambiental:

[...] no direito ecológico alemão, o Código de Direito Ambiental diz genericamente que quem polui a água será sancionado (eu estou simplificando). Mas para isso é necessário colocar limites de poluição, é preciso saber em que momento começa o ato criminoso, pois, logicamente quem coloca um quilo de sal no rio Reno não comete um delito ambiental, mas quem coloca uma tonelada sim, ou quem sabe cem toneladas, ou talvez não com sal, mas com outros gêneros mais poluentes. Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. (HASSEMER, 1994, p. 45).

Ademais, o *modus operandi* dos delitos da modernidade é desprovido de sangue, praticados, no mais das vezes, por meio de canetas, assinaturas, contratos, negociações. No tocante ao bem jurídico, cerne deste trabalho, a criminalidade moderna é marcada pela transcendência dos direitos individuais universais, aqueles consagrados pelo direito penal clássico: vida, liberdade, patrimônio, honra. Têm-se, dessa feita, bens jurídicos supraindividuais. Como exemplo de tais condutas,

Hassemer elenca a criminalidade econômica, organizada, ecológica, no comércio exterior e de contrabando internacional.

A consequência dessa criminalidade moderna reside no aumento da intervenção penal, inclusive com a descrição demasiada de hipóteses em um mesmo tipo penal, mudanças intensas na fase de investigação<sup>30</sup>, e o ponto que aqui nos interessa, a utilização de delitos de perigo abstrato, que no direito penal clássico se porta como exceção. (HASSEMER, 1994).

Não obstante a compreensível imperiosidade de prevenir condutas de risco, que podem até mesmo alcançar a destruição em massa, verifica-se que a aceitação do ramo penal como medida principal aos problemas inerentes à sociedade do risco conduz inexoravelmente à radical mudança da racionalidade penal liberal.

São vários os questionamentos acerca da adoção de um direito penal em conformidade com as exigências da sociedade do risco<sup>31</sup> e um dos mais preocupantes é a incompatibilidade deste com os princípios penais garantistas. Não é sem razão que os defensores da expansão do direito penal assumem como primordial a flexibilização das garantias individuais, isto é, sopesam “garantias de segurança em oposição a garantias de liberdade”. (Machado, 2005, p. 205).

O mais desalentador dessa perspectiva é que na legislação penal brasileira já foram introduzidos diversos tipos penais relacionados aos chamados riscos tecnológicos, na forma de crimes de perigo abstrato, com largo desrespeito ao princípio da ofensividade. No entanto, não é difícil constatar que a criação dos desses tipos penais não logrou êxito na solução do conflito social originário. Estamos, portanto, abrindo mão de garantias em nome de uma segurança que de fato jamais existiu.

---

<sup>30</sup> As mudanças na fase de investigação abordadas por Hassemer (1994, p. 46) estão relacionadas à utilização de dados informatizados, métodos técnicos audiovisuais, infiltração de agentes e invasão de privacidade por meio de escutas telefônicas.

<sup>31</sup> Analisando-se as conexões entre os fenômenos da sociedade de risco e o *modus operandi* do direito penal moderno, é possível destacar uma série de questionamentos e pontos de pressão. A começar pelo fato de que o caráter global dos riscos impõe sérias dificuldades à organização Estatal-nacional do aparato penal. Em seguida, vê-se a incompatibilidade havida entre riscos que ameaçam grupos indeterminados e o aparato penal que tutela bens jurídicos individuais e intangíveis. Também soa desconforme a existência, de um lado, de riscos que têm origem em agentes difusos e causas indeterminadas, originados de condutas massivamente praticadas ou decorrentes de acidentes em organizações complexas e, de outro, uma racionalidade calcada na individualização de responsabilidades e na autoria singular, com critérios rígidos de aferição da causalidade, do dolo, da negligência, do erro, da consciência do ilícito e dos demais elementos que antecedem a imputação. Saliente-se, ainda, que os pressupostos subjetivos do ilícito revelam-se inconciliáveis com a ideia de que os riscos teriam emergido como efeitos colaterais imprevisíveis de ações positivamente valoradas. (MACHADO, 2005, p. 96).

## 6.1 Bem jurídico penal supraindividual: da desmaterialização dos bens jurídicos

Como dito acima, um dos expoentes da expansão da intervenção penal é o aparecimento dos chamados bens jurídicos supraindividuais, responsáveis por parte da flexibilização ou mesmo do abandono da concepção iluminista, a qual toma o indivíduo realmente como elemento individual e não um ser social.

O capítulo 3 deste estudo apontou que a discussão acerca da noção de bem jurídico se estende desde 1834, com a formulação de Birnbaum, passando por diversas mudanças até os dias de hoje. Quando da abordagem do tema por Welzel, este defendeu que o bem jurídico supõe uma relação entre o sujeito e o objeto. Tal ligação exprime o valor do próprio bem. Assim, a variação dessa relação ao longo dos anos é responsável pela “cristalização de tipos penais de crimes bem diferenciados” (MACHADO, 2005, p. 105).

De acordo com essa proposta, só assume o papel de bem jurídico os objetos fundamentais ao desenvolvimento do homem em sociedade. Por outro lado, o que não lhe afeta individualmente não pode alcançar esse lugar de relevância.

Tudo isso pressupõe que o conceito de bem jurídico traduza um conteúdo material, uma certa corporização substanciável, e que, por isso, seja capaz de indicar o que pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal. Em outras palavras, entende-se que o bem jurídico tem sido o vínculo do direito penal com a realidade e vem desempenhando papel fundamental na construção do tipo de injusto e na delimitação da atuação do instrumento penal. (MACHADO, 2005, p. 106).

É essa a acepção colocada em xeque pelo alastramento dos bens jurídicos supraindividuais. Essa crise tem como origem o paradigma da sociedade do risco e com as pretensas necessidades de uma proteção, em dilatada escala, de um conteúdo cada vez mais amplo e abstrato, no lugar de uma intervenção penal pontual, voltadas para lesões concretas a bens jurídicos individuais.

Urge destacar que a categoria de bens jurídicos em comento recebeu da doutrina as mais diversas nomenclaturas. São denominados de bens supraindividuais, metaindividuais, transindividuais, universais, difusos ou macrossociais<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Embora não ignoremos a existência de discussão na doutrina a respeito das possíveis distinções destas denominações, o presente trabalho não se ocupará destas. Conforme adverte Noberto

Segundo Prado (2010, p. 263), os bens jurídicos supraindividuais são aqueles que residem em uma dimensão mais larga, em um grupo, cuja titularidade não é pessoal, mas coletiva, difusa ou universal. Trata-se de uma proteção que vai além do indivíduo, envolvendo-o, dessa feita, como um membro da comunidade. Prado aponta uma relação de complementaridade entre os bens individuais e os que transcendem ao indivíduo, sendo que o primeiro afeta o cidadão de forma direta e o segundo, de modo indireto, cada um com seu conteúdo material próprio.

Hefendehl (2011, p. 67) define os bens jurídicos supraindividuais a partir de critérios de não exclusividade, não rivalidade e não distributividade. Logo, ninguém fica impedido de gozar do bem caso outro indivíduo o faça, podendo, inclusive ser aproveitado no mesmo momento. Ademais, deve ser faticamente ou juridicamente impossível dividir o bem e conferir cada parte a um indivíduo.

Não são poucos os que defendem que a “nova” forma de proteção penal é um caminho imprescindível e sem volta. Não obstante, admitir tal perspectiva é reconhecer uma enorme mudança na noção de bem jurídico existente, e seu distanciamento de seu caráter material e aproximação de uma visão largamente abstrata. É assumir a desmaterialização do bem jurídico. Com isso, há o afastamento da exigência de uma efetiva lesão, “em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas” que “não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto”. (MACHADO, 2005, p. 107).

[...] se os bens jurídicos pertencem não ao mundo temporal-espacial em que se encontram as coisas, os seres humanos e suas ações, e sim a um mundo de valores espirituais que flutua acima dele, então os bens jurídicos não são mais lesionáveis. Esse eles não são lesionáveis, eles não precisam ser protegidos contra lesões. (AMELUNG, 2011, p. 145).

Filippo Sgubbi acrescenta que o rol de bens jurídicos alçados ao conjunto penal em virtude dessa estrutura tem como cerne dois processos de ampliação, quais sejam: a criação artificial e a nacionalização dos bens jurídicos. (MACHADO, 2005).

---

Mata Barranco (*apud* MACHADO, 2005, p. 102), ainda que se almeje uma conceituação própria para cada uma das expressões empregadas, há que se reconhecer que todas guardam, indistintamente, o sentido de bens que não se referem exclusivamente a um sujeito individual.

Diversos bens jurídicos são criados artificialmente pelo próprio Estado por se coadunarem com as suas intenções, justificados a partir de suas funções institucionais e de uma pretensa utilidade pública. É o que ocorreu com o direito penal econômico, cujos bens jurídicos tutelados não encontram amparo ontológico sedimentado, diverso daqueles definidos como bens jurídicos clássicos (vida, patrimônio, honra etc.).

Lado outro, motivado pelo clamor por uma proteção de direitos concernentes à qualidade de vida, o Estado passou a expropriar alguns bens de seus titulares, ocupando o lugar destes. Há o discurso de que não haveria melhor instituição para cuidar dos aludidos bens, que não o próprio Estado, o qual estaria apto a protegê-lo da “exposição de forças da sociedade civil” (MACHADO, 2005, p. 109). Tal fenômeno é facilmente verificado no âmbito do direito penal ambiental.

Muito embora desprovido das especificações de bens jurídicos penais, voltados ao desenvolvimento individual, o Estado confere ao direito penal a atuação como instrumento de organização artificial das finalidades do Estado, firmado em critérios de conveniência e oportunidade.

Portanto, no caso das normas de organização e das normas penais que sancionam a sua inobservância, está ausente um propósito de efetiva tutela. Tais normas traduzem-se em proibições com finalidade autônoma, que vedam ações humanas não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o atingimento de um determinado objetivo pelo Estado. (MACHADO, 2005, p. 110).

Em que pesem as críticas acima, parece-nos que a existência de uma categoria de bens jurídicos supraindividuais é amplamente reconhecida pela doutrina. Vale dizer que tais bens não são uma novidade no sistema penal moderno, porquanto os crimes de corrupção e falsificação de moeda estavam previstos nas mais diversas legislações dos tempos de outrora. A respeito do tema, tem-se na Alemanha ferrenho debate, que se resumem nas teorias monista-pessoal<sup>33</sup> e dualista.

Segundo a teoria monista-pessoal, cuja defesa é liderada por Hassemer, os bens supraindividuais só podem ser aceitos quando identificáveis indivíduos

---

<sup>33</sup>Há, ainda, a teoria monista-estatal ou monista-coletivista, que, no entanto, não é mais sustentada, em virtude do seu caráter notadamente autoritário. Para esta teoria, todos os bens jurídicos estão relacionados a um interesse da coletividade, razão pela qual um bem jurídico individual só é passível de proteção penal na medida em que representa um interesse ao Estado.

concretos afetados. “A coletividade por si só não é objeto de proteção do direito penal.” (GRECO, 2004, p. 103). Para Dias (2001a, p. 56):

[...] para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão crítico legitimador e de padrão crítico de incriminação que por força lhe tem de ser assinalada dentro do paradigma penal actual, se torna indispensável guardar um seu carácter extremamente antropocêntrico, que dele só permite que se fale quando estão em causa interesses reais, tangíveis e portanto também actuais do indivíduo. Um entendimento monista-pessoal do bem jurídico, este, que se reivindica como o único legítimo face a uma concepção liberal do Estado e se vem tornando, pelo menos até há bem pouco, cada vez mais insistente na literatura dogmática jurídico-penal, estando na raiz de alterações doutrinárias sensíveis a propósito dos mais diversos problemas dogmáticos.

Opostamente, os adeptos da teoria dualista, encabeçada por Schunemann e Hefendehl, existem bens jurídicos individuais e coletivos, sendo ambos igualmente legítimos, não podendo um transpor a dimensão do outro. Assim, não é necessário que um bem jurídico necessariamente esteja atrelado a indivíduos concretos. (GRECO, 2004, p. 103). Essa teoria parece ter alcançado posição dominante na doutrina.

Em um primeiro momento, a teoria dualista parece permissiva quanto à ampliação do rol dos bens jurídicos penais. No entanto, Greco (2004, p. 104-105) constata a existência de bens supraindividuais legítimos e bens que assim se denominam, mas que não são autênticos. Vislumbram-se pseudo bens jurídicos coletivos, que não passam da soma dos diversos bens individuais e antecipam a própria lesão.

Para ilustrar essa situação, Greco faz uso do crime de tráfico de entorpecentes, que, em nosso ordenamento, prevê pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa. Admite-se que o aludido tipo penal tem por escopo proteger o bem jurídico saúde pública, mas esta nada mais é que a soma das várias integridades físicas individuais, razão pela qual a criminalização com supedâneo na tutela da saúde pública não é dotada de legitimidade. Isso por que

A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem sua vida, a sua propriedade, independente das dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte

do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B. (GRECO, 2004, p. 115).

A desconstrução de bens jurídicos só aparentemente coletivos nos conduziria a um interessante caminho. Empregando novamente o exemplo proposto por Greco (2004, p. 124), o crime de envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal<sup>34</sup> possui a incolumidade pública como bem jurídico. Acaso fosse aceito como um delito que protege bens jurídicos individuais, como vida ou integridade física, estaríamos diante de um crime de perigo abstrato. Inicialmente, tal ideia causa estranheza, mas essa mudança oportunizaria uma interpretação restritiva do alcance da proibição destes tipos, por meio da autocolocação da vítima em risco.<sup>35</sup>

O grande problema dessa realidade é esconder um *déficit* de legitimidade na tutela penal, ao querer justificar na coletividade a necessidade da incriminação. Nesse sentido, o perigo abstrato nos parece mais honesto (não ideal), o qual antecipa a proibição, mas assume a inexistência de lesão ao bem jurídico. É o que trataremos a seguir.

### **6.1.1 Da antecipação da punição: crimes de perigo**

A dinamização do bem jurídico e o surgimento abundante dos bens supraindividuais ante a busca por uma proteção penal universal, de amplo conteúdo, deram origem a uma nova postura no âmbito da política criminal.

O exame dos bens jurídicos penais supraindividuais abrange a questão da desmaterialização dos bens, assim como os embaraços relativos à estrutura do delito nesse modelo de persecução penal, que foge ao molde tradicional. A adequação e viabilização dessa proteção ocorrem por meio de mecanismos de incriminação que antecipam a punição.

---

<sup>34</sup>Art. 270 - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. (BRASIL, 2007).

<sup>35</sup>Alessandra Greco (2004) assinala que a finalidade da autocolocação da vítima em risco é a adequada imputação do resultado ao agente, por meio da retirada de sobrecarga na culpabilidade do autor, tendo em vista que a conduta do ofendido igualmente forneceu elementos para a produção do resultado. Em 1983 o Supremo Tribunal da Alemanha deu o primeiro crédito ao critério, aplicando-o ao caso de um usuário que veio a falecer após o consumo em conjunto de substância entorpecente.

O objetivo dessa antecipação da norma à própria lesão é tentar direcionar comportamentos de tal forma que se garanta um patamar de segurança. O foco da norma incriminadora deixou de ser o fato concreto que viola efetivamente um bem jurídico e passou a cuidar da “violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem” (MACHADO, 2005, p. 113). Nessa estrutura, preocupa-se mais com o risco que uma conduta pode gerar para o padrão de segurança determinado, que a violação real que pudesse decorrer dessa conduta.

O delito passa a ser caracterizado como a mera transgressão de um dever, não necessariamente ligado a um bem de caráter material. Há uma vinculação hipotética entre a conduta e a produção de um perigo, no mais das vezes, remoto e contingente. Nesse cenário, o bem jurídico é reduzido à simples violação de um dever penalmente positivado, coadunando-se, portanto, com a ideia de reafirmação da vigência da norma, proposta por Jakobs, tendo em vista que a legitimação material do direito penal consiste na função da própria norma.

Pelo exposto, a antecipação da configuração do tipo penal caracteriza os crimes de perigo, tratando-se de uma opção em que o delito se dá por perfeito a partir do momento em que o bem sob proteção “se encontra em uma condição objetiva de provável lesão” (VARGAS, 2000, p. 125), sendo desnecessário o efetivo dano<sup>36</sup> e suficiente a potencialidade deste.

Prado (2010, p. 254) afirma que os delitos de perigo se contrapõem aos delitos de resultado, nos quais se exige um dano, bastando a existência de uma situação de lesão potencial. Insta assinalar que o perigo não se configura com a mera possibilidade de dano, sendo imprescindível a probabilidade do dano.

Cunha Luna (1976, p. 45) aduz que “o perigo, logicamente, é a possibilidade de dano”, mas nem todo perigo deve obter proteção jurídico-penal, somente aquele dotado de uma probabilidade jurídica, auferida pela análise do caso concreto pelo julgador.

No mesmo sentido, Lopes (1985, p. 122) afirma que “o crime é de perigo quando a ação cria a probabilidade de dano a um bem ou valor protegido pela norma”.

---

<sup>36</sup>Os crimes de dano ou de resultado são aqueles que tutelam um bem contra um dano efetivo, significando a sua destruição ou diminuição. (VARGAS, 2000, p. 125). Segundo Fragoso (2003, p. 206), o dano é a alteração prejudicial de um bem.

Não há um conceito de perigo sedimentado, mas atualmente tem prevalecido a concepção de que este é composto por dois elementos<sup>37</sup>: um de cunho objetivo e o outro de natureza subjetiva. Fragoso (2003, p. 207) orienta que o perigo é, ao mesmo tempo, uma realidade e uma abstração. Em termos objetivos o perigo é “o conjunto de circunstâncias e condições em que se verifica o fato de que pode surgir o dano”. Sob o ângulo subjetivo, “integra-o o juízo sobre o perigo, ou seja, o juízo que estabelece, com base na experiência, a probabilidade de superveniência de um dano. (FRAGOSO, 2003, p. 207).

O perigo é avaliado pelas possibilidades do resultado temido. É dessa análise que é traçada a distinção entre perigo concreto e perigo abstrato ou presumido, determinada pela proximidade de uma lesão. O perigo concreto carrega consigo a real probabilidade de um dano ao bem. Segundo Mir Puig (2004, p. 234, tradução nossa):<sup>38</sup>

Nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade uma concreta lesão (assim, a ação tem que estar na iminência de causar uma lesão a um bem jurídico determinado), enquanto nos delitos de perigo abstrato não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão de um concreto bem jurídico, senão que basta a perigosidade da conduta que se supõe inerente à ação.

A punição penal de uma conduta que não lesione de fato um bem jurídico, no contexto do Estado Democrático de Direito, o qual apregoa o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), é no mínimo questionável. A situação piora quando se trata dos crimes de perigo abstrato ou presumido. A ofensividade exige que a incriminação de condutas desviadas essencialmente afete um bem jurídico. (BATISTA, 1990, p. 94).

A necessidade da lesão ao bem jurídico atua como limite à racionalidade do direito penal, eis que não se pode admitir a intervenção penal sem a existência de um conflito ou quando o direito de pelo menos um cidadão não é afetado

---

<sup>37</sup> A discussão acerca do conceito de perigo era orientada pelas teorias subjetiva e objetiva. A primeira defende que o perigo não existe, consistindo apenas em representação mental do homem, sendo fruto da imaginação. Já a segunda, afirma que o perigo é real e objetivo, com capacidade para gerar a destruição ou diminuição de um bem. Tal debate hoje se apresenta ultrapassado, tendo prevalecido a concepção intermediária. (FRAGOSO, 2003, p. 207).

<sup>38</sup> En los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción. (MIR PUIG, 2004, p. 234).

(ZAFFARONI,1991, p. 255). Ultrapassar esse limite é abrir espaço para arbitrariedades no exercício do poder de punir.

Dessa forma, considerando que o direito penal só deve abranger as condutas que mais gravemente ofendam bens de basilar relevância para a manutenção da sociedade, “a punição a título de crime de perigo encontra-se ameaçada e, quando concreto, somente se justifica como recurso indispensável para salvaguardar bens de elevada dignidade” (BIANCHINI, 2002, p.68).

Não obstante, para não cairmos na radicalidade da recusa total dos crimes de perigo abstrato, reconhece-se que alguns danos podem alcançar patamares irreversíveis. Todavia, melhor seria que, em nome de garantias ligadas à liberdade, a sociedade assumisse pelo menos parte desses riscos, como propõe Joseyto Beriain (especialmente no tocante ao perigo abstrato). A segurança almejada poderia ser obtida mediante a sua estratégia da capacidade adaptativa, que trabalha com o princípio das tentativas e erros, ou seja, “um sistema atua primeiro e corrige seus erros conforme eles aparecem e, assim, acumula segurança mediante o aprendizado” (MACHADO, 2005, p. 128). Em contraposição, no direito penal, a prática da antecipação da punição é cada vez mais recorrente.

## 7 BEM JURÍDICO E PERSPECTIVAS DE DESCRIMINALIZAÇÃO

*Temos por várias vezes afirmado a imprescindibilidade do Direito penal para a protecção de valores fundamentais à vida do homem em sociedade. Mas, com tal afirmação, não pretendemos significar que ele seja sempre e em qualquer caso imprescindível, para defesa de todo e qualquer valor fundamental (de todo e qualquer valor constitucional), e em toda a sua extensão. (CUNHA, 1995, p. 289).*

Apesar dos posicionamentos contrários a uma teoria da exclusiva protecção dos bens jurídicos, grande parte da doutrina se empenha na manutenção desta como teoria central da dogmática penal moderna, especialmente pelo seu papel de legitimação da intervenção penal, e, ao mesmo tempo, limitadora do poder punitivo estatal.

Por certo, conforme já observado no presente estudo, um dos entraves encontrados pelos defensores da teoria do bem jurídico reside na dificuldade de se alcançar um conceito unívoco, tarefa que vem causando certa insegurança sobre o tema. Mas não se pode olvidar que o modelo de direito penal de protecção aos bens jurídicos se mostra comprometido com a preservação das liberdades individuais e a coexistência destas, motivo pelo qual esse instituto ainda exerce função irretocável na limitação do *ius puniendi*.

Todavia, parece-nos acertado, pelo menos até o presente momento, não haver posicionamento que melhor se amolde aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, senão o da teoria constitucional do bem jurídico (capítulo 4), mormente pela sua capacidade de oferecer critérios de seleção de bens jurídicos e determinar quais devem ser elevados à categoria penal.

Quando se pretende outorgar à Constituição o papel de mediadora da criminalização, sem dúvida está sendo considerado o seu carácter material, enquanto conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica. Talvez não tenha outra área do direito que sustente ligação tão próxima com a Constituição, quando avaliada pelo prisma dos valores mais essenciais do homem em comunidade. A relação se mostra ainda mais estreita quando se vislumbra a relevância do direito penal como instrumento de política e utilidade social.

A partir dessa correlação entre a forma do poder (instituição, limitação, divisão e controle) e os direitos fundamentais, passamos a compreender a Constituição como fonte, a um só tempo de legitimação e de limitação do

poder constituído; é dizer, de abertura e de contenção do poder estatal. (FELDENS, 2006, p. 375).

Dessa forma, tem-se a existência do direito penal diretamente subordinada à Constituição, que tem o condão de ditar quase que a totalidade da sua estruturação. Por outro lado, estabelece limites intransponíveis pelo legislador penal, estabelecidos com exclusividade pelo constituinte, o único apto a condicionar a atividade de um poder constituído, tal qual o Poder Legislativo (ROXIN, 1999, p. 12). Feldens (2006, p. 376) assevera que uma Constituição não é elaborada exclusivamente para oferecer ao legislador um rol de bens jurídicos, mas certamente seu texto reflete normativamente os valores propugnados nesta sociedade.

A influência da Constituição no direito penal é examinada por Palazzo (1989) a partir de uma distinção entre princípios de direito penal constitucional e princípios constitucionais influentes em matéria penal. Os primeiros são princípios efetivamente integrantes do sistema penal, em virtude do seu conteúdo tipicamente atinente ao ramo do direito em comento, como legalidade e individualização das penas. Contam, ainda, com características constitucionais, “enquanto se circunscrevam dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal” (PALAZZO, 1989, p. 23).

Em contrapartida, os princípios influentes em matéria penal tratam de matérias constitucionalmente relevantes, como a economia e a família, que possuem um conteúdo heterogêneo, com capacidade de vincular não só o legislador penal, como o civil ou o administrativo, conforme a necessidade de intervenção. Por isso, atuam diretamente na matéria a ser penalmente disciplinada.

Feldens (2006) chama esse cenário de Constituição Penal, isto é, um conjunto normativo direcionado à estrutura e funcionamento do sistema penal, do qual fazem parte os princípios e regras gerais atinentes à matéria penal, positivados na Constituição.

A infiltração dos valores constitucionais no sistema penal ocorre por duas vias, quais sejam: pela via legiferante, com a elaboração de leis que carregam conteúdo constitucional; e pela via jurisdicional, quando da atuação do magistrado, na adequação da lei e da Constituição aos casos concretos. Aqui, interessa-nos a primeira via.

### **7.1 A Constituição como instrumento normativo de vinculação do legislador – mandados constitucionais de criminalização**

No ordenamento jurídico brasileiro o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição<sup>39</sup>, corolário do princípio da legalidade na seara penal, deixou clara a intenção do Poder Constituinte de delegar ao legislador ordinário a função de tornar efetiva a mediação criminalizadora trazida no texto constitucional. Cabe a este definir as condutas consideradas delituosas, bem como a sanção penal correspondente. Mas o exercício dessa atividade encontra também na Constituição o seu limite.

Como visto, a Constituição exerce influência que vai muito além da estrutura e forma do sistema penal, mas que alcança o seu próprio conteúdo. O direito penal constitucional atual situa-se no cerne de uma relação de ambivalência entre Estado Liberal e Estado Social. Logo, se de um lado se vislumbra indicações constitucionais no sentido da descriminalização (talvez mais adequado dizer não-criminalização), existem outras indicações que informam a criminalização de novos setores que surgem no seio da sociedade.

No tocante à descriminalização, no mais das vezes está relacionada aos princípios preconizados desde o Estado Liberal, incorporados paulatinamente aos textos constitucionais modernos, que privilegiam a função clássica da Constituição como garantidora do indivíduo em detrimento da limitação do poder punitivo (PALAZZO, 1989, p. 77). Cunha (1995, p. 136) aduz que as ideias de máxima liberdade individual em consonância com a máxima liberdade alheia, conjugadas à máxima tolerância almejada na convivência em comunidade, excluem qualquer possibilidade do direito penal tutelar valores meramente morais, religiosos ou ideológicos.

Lado outro, as indicações constitucionais criminalizadoras revelam uma nova função da Constituição, como propulsora do direito penal relativamente às novas matérias reflexas do Estado Social, que passa a se ocupar de novos valores, que vão além de interesses individuais, os quais são colocados como metas a serem realizadas na maior medida possível.

---

<sup>39</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 2007).

Essa dupla dimensão da Constituição assoalha, como já dito, os princípios essenciais de proteção do cidadão contra o poder estatal, especialmente o poder penal, mas ocupa-se, igualmente, do amparo do indivíduo e da coletividade, porquanto tenha-se em conta que a tutela de alguns bens jurídicos não é alcançada com a mera omissão do Estado, sendo necessário coibir os ataques de terceiros. Segundo Cunha (1995, p. 273), deixa-se de “encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento”.

Enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da descriminalização) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e direito penal, as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social [...] (PALAZZO, 1989, p. 103).

Com essas considerações, deduz-se que o cerne dessa relação entre Constituição e direito penal está na tutela dos direitos fundamentais, razão pela qual se porventura a norma penal não está em consonância com essa função, significa que o legislador extrapolou o campo que lhe compete.

Tanto na criminalização, quanto na descriminalização, a atividade legislativa encontra vinculações normativas que afastam a liberdade plena do legislador, tornando-a relativa dentro do amplo espaço de atuação que lhe é conferido.

Cabe registrar, neste particular, que a democracia não se reduz a uma regra formal da maioria. Em uma democracia constitucional, a regra da maioria não há de prevalecer sempre e para tudo: 'há coisas que não pode decidir e algumas outras que não pode deixar de decidir'. Acaso assim não fosse, a Constituição, enquanto norma superior estaria franqueando o seu próprio suicídio. (FELDENS, 2006, p. 379).

Por certo, a limitação no campo material do direito penal é estabelecida pelas diretrizes de proteção exclusiva de bens jurídicos. Logo, o crime pressupõe uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico essencialmente relevante (ofensividade), de tal forma que represente um ataque à liberdade alheia. Destaca-se que esse

limite deriva “não de simples exigências doutrinárias (dogmático-penais), senão precisamente da Constituição” (FELDENS, 2006, p. 383). Nesse ponto, já se pode admitir que a exigência da ofensividade consista em um primeiro limite ao legislador, proibindo-o de criminalizar condutas preparatórias, de mera cogitação ou relacionadas à personalidade do agente.<sup>40</sup> Palazzo (1989, p.80) reforça que o princípio da lesividade representa uma nítida necessidade de delimitação do direito penal. Trata-se, sem margem à dúvida, de uma proibição de criminalização.

Outra criminalização indefensável é aquela relacionada a um direito expressamente reconhecido na Constituição. Seu exercício legítimo jamais poderá dar ensejo a uma conduta desviada. (FELDENS, 2006, p. 385).

[...] o poder discricionário do legislador ordinário na escolha dos bens a tutelar com a pena encontra um limite intransponível: não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios ou direitos de liberdade garantidos pela Constituição. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 164).

Além da limitação material, a Constituição atua como fonte valorativa do direito penal, determinando o espaço de legitimidade constitucional da penalização. Isso porque o Texto Maior atua como fiel no desenvolvimento da política criminal, indicando os comportamentos carecedores de pena, à medida que expressa inúmeros valores ou interesses da sociedade e, em uma análise lógica, em um primeiro momento há que se considerar que um bem jurídico só alcança esse patamar após ser identificado na consciência social como algo relevante. Posteriormente, temos a sua recepção normativa.

Essa evidente função é amplamente aceita, mas também questionada, especialmente enquanto fonte única de seleção de bens jurídicos. Cumpre lembrar as críticas tecidas no sentido de que a referência constitucional dos bens jurídicos penais revelaria uma dificuldade de concreção dos bens jurídicos e a submissão do legislador a um rol taxativo, iria de encontro ao pluralismo político e caráter dinâmico da sociedade. No entanto, as aludidas críticas foram chamadas de contraditórias, tendo em vista que a primeira recrimina a flexibilidade dessas formulações e a

---

<sup>40</sup> Nesse ponto emergem críticas acerca da real capacidade da teoria do bem jurídico na limitação do legislador, eis que não vincula o legislador no tocante à escolha dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, que pode eleger uma objetividade jurídica de conteúdo totalitário e criar condutas criminalizantes com base nesta. Parece-nos mais uma razão para se vislumbrar na teoria constitucional do bem jurídico o caminho mais adequado no Estado Democrático de Direito.

segunda argúi a falta de flexibilidade. A par disso, o texto constitucional consiste em uma via de incorporação constante dos valores da sociedade. (FELDENS, 2006, p. 387).

Ademais, tem prevalecido na doutrina a ideia de que a filtragem constitucional dos bens jurídicos deva ser realizada mediante a concreção de valores explícitos ou implícitos relacionados aos direitos fundamentais.

Não há o que objetar a essa constatação, senão a considerar que em face da amplitude ou abertura axiológica e cultural da Constituição, sempre haverá meios (*links* constitucionais) que permitam, de uma forma mais ou menos remota, conectar o bem jurídico penalmente protegido a algum valor constitucional. [...] Logicamente, essa busca pela referência constitucional há de exercer-se com razoável fundamentação, sob pena de violar-se, e por completo, a noção de Constituição como fonte (exclusiva) dos bens jurídicos (FELDENS, 2006, p. 387).

Por último, a Constituição atua como fundamento normativo do direito penal, estabelecendo áreas de intervenção obrigatória do legislador penal: são os mandados constitucionais de criminalização, advindos da relação entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos. Dito de outro modo, Constituição e direito penal devem estabelecer uma identidade material, estruturando-se de tal forma que caminhem para o mesmo fim.

Verifica-se que a legitimação da criminalização encontra amparo na correlação estabelecida entre o bem jurídico e sua referência constitucional, mas, em determinadas situações o texto constitucional exige que legislador tutele determinados bens de forma mais severa. Logo, há uma conexão entre o dever de “prestação normativa em matéria penal e o tema da prospecção objetiva dos direitos fundamentais” (FELDENS, 2006, p. 396).

Cunha (1995) afirma que a imposição de criminalização decorre do fato de a Constituição obrigar o Estado a proteger determinados bens, ordenando-o a uma posição ativa. Observa-se, nesse ponto, a relação da criminalização com a questão da efetividade dos direitos fundamentais, direcionando todo o esforço do Estado em dar vida aos preceitos constitucionais e afastar o seu sentido reduzido ao papel. Mas essa atuação deve ir além da organização dos poderes, oferta de prestações sociais ou políticas públicas; daí, o seu alcance penal.

A despeito desse dever de atuação do Estado, insta destacar que a Constituição não determina, no mais das vezes, a forma de proteção, que não

precisar ser necessariamente procedida pelo direito penal. Sob a ótica da *ultima ratio*, reconhece-se que a obrigação de criminalizar só pode ser admitida quando a conduta indiscutivelmente ofenda, no maior grau possível, um bem jurídico, mostrando-se, portanto, necessária.

No bojo da Constituição brasileira, é possível encontrar diversas imposições constitucionais expressas de criminalização, tais como: art. 5º, inciso XLII<sup>41</sup>, o qual determina que a prática do racismo consiste em crime inafiançável e imprescritível; art. 7º, inciso X<sup>42</sup>, que estabelece como crime a retenção dolosa do salário do trabalhador; art. 37, §2º<sup>43</sup>, que trata da responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade administrativa; e, ainda, art. 85<sup>44</sup>, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, entre outros.

O mesmo é percebido nas Constituições da Alemanha, Itália e Espanha (CUNHA, 1995, p. 310), todavia, com mais parcimônia. A Lei Fundamental da República Alemã carrega consigo somente uma indicação explícita de criminalização, em seu art. 26, inciso I, no qual resta estabelecido que deve ser apenado o atentado à convivência pacífica dos povos e a preparação de uma guerra de agressão. Na Itália, igualmente, verifica-se tão somente uma imposição à criminalização, referente à violência física ou moral daqueles que se encontram em restrição de liberdade. Na Espanha, por sua vez, são três determinações expressas:

---

<sup>41</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 2007).

<sup>42</sup>Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa. (BRASIL, 2007).

<sup>43</sup>Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período; [...]§ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (BRASIL, 2007).

<sup>44</sup>Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - a existência da União; II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do País; V - a probidade na administração; VI - a lei orçamentária; VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. (BRASIL, 2007).

ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural e artístico e as relacionadas aos abusos de prerrogativas realizados por órgãos do Estado com atribuição de suspensão de direitos individuais específicos (LUIZI, 2003, p. 58).

Essas normas de conteúdo impositivo são denominadas por Palazzo como “cláusulas expressas de penalização” e, nas constituições mais recentes, são fruto do ideal de tutela dos interesses difusos e sociais, de ordem supraindividual.

Cunha (1995, p. 299) concebe duas fases concêntricas do texto constitucional, diferenciando uma área de criminalização legítima e uma área de criminalização imposta, sendo esta última necessariamente núcleo da outra.

Se tentarmos visualizar dois círculos concêntricos, o mais amplo, já por nós estabelecido, será o da legitimidade, um hipotético círculo interior, a determinar, seria o das imposições, sendo certo que, quanto mais nos afastamos do centro, mais indefensável será a afirmação de imposições de criminalização. O espaço que medeia entre o círculo interior e o exterior seria o espaço de liberdade legislativa. (CUNHA, 1995, p. 299).

Paschoal (2003, p. 80) assinala que a doutrina tem concebido nova interpretação quanto às indicações e determinações expressas de criminalização, diferenciando-as da seguinte maneira: na primeira, o Poder Constituinte já teria realizado o juízo de seleção dos bens jurídicos considerados relevantes, restando ao legislador ordinário a tarefa de avaliar a necessidade de tutela penal; na segunda, o constituinte já teria realizado as duas análises, não havendo alternativa ao legislador, senão a criminalização.<sup>45</sup>

No mesmo sentido, Dolcini e Marinucci (1994, p. 172) afirmam que as obrigações expressas de tutela penal derivam da relevância conferida a um determinado bem e a necessidade de empregar o direito penal como instrumento de proteção do bem, vislumbradas desde já pelo constituinte em virtude da experiência histórica do país.

[...] eloquentes são muitas das normas da Constituição brasileira de 1988. Aquelas que impõem ao legislador a punição dos atentados às liberdades e aos direitos fundamentais, da prática da tortura e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e contra a democracia são claramente dirigidas a prevenir o retorno da ditadura militar ou a impedir que, mesmo após o advento do Estado democrático, permaneçam comportamentos típicos do regime militar. (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p.174).

---

<sup>45</sup> No mesmo sentido, Cunha (1995, p. 316).

Para Dias (1999, p. 80), diante de uma imposição explícita do constituinte no sentido da criminalização, o legislador está obrigado a seguir tal injunção, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.<sup>46</sup>

Em virtude dessas imposições explícitas, tem a doutrina questionado se haveria outras imposições (implícitas) de criminalização ou se o legislador está adstrito ao expressamente disposto na Constituição. Tem prevalecido o entendimento que existem outros mandados de criminalização, não sendo autorizado o emprego do argumento *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*<sup>47</sup>. Assim, extrai-se que qualquer valor constitucional poderá informar a criminalização, desde que respeitados os limites da legitimidade.

Para a autora (1995, p. 315), os mandados explícitos funcionam como ponto de apoio ao legislador, para orientação no sentido de manter a coerência do sistema penal em relação à ordem valorativa constitucional e ao próprio sistema penal, não podendo ser desprezadas as indicações implícitas. Ademais, tendo como base as constituições européias, vislumbra-se que o número de mandados de criminalização expressos são mínimos, motivo pelo qual resta fácil concluir que o sistema penal jamais poderia ser reduzido a esses mandados. Por óbvio, existem outros bens carecedores de tutela penal além daqueles previstos nas cláusulas de penalização, às vezes, em uma escala hierárquica, até mais importantes, como a vida e a integridade física.

Lado outro, Dolcini e Marinucci (1994, p. 188) assinalam que não existem mandados implícitos de criminalização, não podendo o legislador ordinário, ignorar a sua obrigação de examinar a necessidade da sanção criminal, ante a oportunidade de solucionar o conflito mediante outros ramos do direito. Assim, diferente do que ocorre nos mandados explícitos de incriminação, no qual o constituinte já teria realizado a análise acerca da seleção do bem e da necessidade penal, não se pode dizer o mesmo quanto aos mandados implícitos. Essa parece ser a postura mais adequada, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro

Nesse ponto, a crítica de Luisi (2003) se mostra pertinente em razão da farta quantidade de imposições expressas, caracterizadas não só pela imposição de penas, mas pela determinação de tratamento mais severo e extraordinário a alguns

---

<sup>46</sup> No mesmo sentido, Batista (1990, p.90) e Prado (2003, p. 72).

<sup>47</sup> Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio.

delitos. Há que se ver com cautela a existência de mandados implícitos, não podendo o legislador ordinário negligenciar os limites impostos à intervenção penal.

## **7.2 Aspectos formais da descriminalização**

A disparidade entre o discurso apregoado pela política criminal e a realidade do sistema penal, produz uma série de conseqüências negativas, propulsoras da crise da crise de legitimidade do direito penal. Além das implicações relacionadas aos custos individuais e sociais do delito, à sobrecarga dos órgãos julgadores, à ineficácia das penas, temos, ainda, a patológica inflação legislativa. Essa inserção demasiada de normas incriminadoras no ordenamento penal, muitas vezes, vai de encontro com a relação existente entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos, ora por não proteger um bem jurídico de alcance constitucional, ora por não atender ao critério da “necessidade” (ou da “carência”) de tutela penal.

Não é preciso fazer grande esforço para aduzir que a Constituição se encontra em patamar superior ao das demais leis. Todavia, o que se verifica é a inexistência de correspondência entre a legislação penal e a Lei Maior, contrariando as concepções liberais retomadas após a Segunda Guerra Mundial, na qual aquela é apontada como o único instrumento legítimo apto a moldar critérios fixos e eficientes de seleção de bens jurídicos- penais.

Em outras palavras, tão somente a norma constitucional é capaz de “circunscrever a área de criminalização e de descriminalização, na medida em que, para esta última, os bens protegidos pela tipificação não encontrem correspondência constitucional.” (PELARIN, 2002, p. 121).

Importante enxergar que ao bem jurídico penal deve ser atribuída relevância não só na fase pré-legislativa, mas, ainda, no momento em que a lei já se encontra inserida no ordenamento pátrio, tendo em vista que significativa parte das normas penais ora em vigência e aplicadas cotidianamente foram elaboradas anteriormente ao advento da Constituição de 1988, sendo certo que muitas delas não acompanham os novos interesses tutelados pela Lei Maior.

Assim, diante das garantias estabelecidas na Constituição, a teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos e o caráter subsidiário do direito penal deve

nortear toda a atividade legiferante de feição material penal. Mas, considerando que o Código Penal e diversas leis especiais foram elaboradas anteriormente ao advento da Constituição de 1988, qual medida é a mais acertada no que concerne aos tipos penais que não encontram o amparo acima? É nesse aspecto que o instituto da descriminalização pode contribuir sobremaneira para, ao menos, uma amenização da hipertrofia do direito penal.

Cervini (1995, p. 72) afirma que descriminalizar “é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do direito penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas.” Assumindo um sentido estrito, Dias (1997, p. 399) aduz que a descriminalização consiste na “desqualificação duma conduta como crime”. Em suma, são comportamentos que não mais se enquadram no campo do sistema penal, reduzindo, portanto, a sua incidência. A descriminalização<sup>48</sup> pode ocorrer de várias maneiras, quais sejam: descriminalização formal (em sentido estrito), descriminalização substitutiva e descriminalização de fato.

A descriminalização formal representa o reconhecimento da total licitude do comportamento até então considerado delituoso. Trata-se “duma redução formal – sc., legal – da competência do sistema penal em relação a determinadas expressões do comportamento humano” (DIAS, 1997, p. 399). Nesse caso, há a renúncia do Estado quanto ao controle de determinado comportamento, que deixa de ser tido como indesejável, culminando em um maior grau de tolerabilidade. Pode, ainda, decorrer de um reconhecimento de falta de legitimidade do Estado para intervir em certas situações (v.g. algumas práticas sexuais).

A descriminalização denominada por Cervini (1995, p. 73) como substitutiva é aquela decorrente de uma mudança na sanção estabelecida, desnaturando seu caráter penal e estabelecendo sanções de outra natureza, como no âmbito das infrações administrativas ou fiscais. Nessa feita, há uma reavaliação quanto aos benefícios do sistema penal, delegando a outro sistema jurídico o cuidado naquela matéria.

---

<sup>48</sup>Não se confunde descriminalização com despenalização, esta, segundo Cervini (1995, p. 75) inclui qualquer modo de diminuição da pena ou determinação de formas alternativas, tais como: prestação de serviço, multa reparatória, indenização à vítima, inabilitação, diminuição do salário, etc. “Às vezes considera-se mais conveniente manter a ilicitude do fato, eliminando-se somente a pena [...]. Por isso, a chamada descriminalização integral, ou desinteresse total do sistema por ações que antes eram puníveis, ocorre com pouca freqüência.” Da mesma forma, não se pode confundir descriminalização com diversificação, na qual o Estado, mesmo mantendo a sua competência criminal se abstém de atuar, delegando a resolução do conflito às próprias partes, fugindo do sistema penal tradicional.

Observa Cervini (1995, p. 73) que nas duas modalidades acima a conduta perde a característica de ilícito penal,

[...] mas na primeira variável a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que na última hipótese (a substituição), embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável.

As razões para uma descriminalização substitutiva geralmente estão relacionadas aos elevados custos da criminalização que não carregam consigo qualquer benefício ou porque o legislador está convicto de que em uma determinada situação uma resposta alternativa seja mais adequada.

A descriminalização de fato ocorre quando o sistema penal deixa de atuar, sem, no entanto, ocorrer qualquer retirada normativa formal, isto é, do ponto de vista técnico-jurídico não há qualquer modificação, suprimindo-se tão somente a aplicação da pena. Para Dias (1997, p. 401), a descriminalização de fato é vislumbrada especialmente nos casos em que a vítima renuncia à persecução penal ou é resultante da chamada “cifras negras da criminalidade”<sup>49</sup>.

O ato formal de descriminalização também pode ocorrer de várias formas. A mais comum delas seria mediante o instituto do *abolitio criminis*, isto é, pela lei posterior que revoga, expressa ou tacitamente, o tipo penal, ou, ainda que reduza o seu campo de alcance, mediante nova redação. Mas, poderia advir de uma interpretação restritiva judicial, por meio do controle de constitucionalidade, ou mesmo da aplicação judicial de entendimentos que afastam a norma incriminadora, como no caso do princípio da insignificância. (QUEIROZ, 2002, p. 112).

Condutas meramente imorais e comportamentos suficientemente reprimidos fora do âmbito do direito penal ou mesmo infrações de menor potencial ofensivo devem ser alvo do processo de descriminalização. Mas no presente trabalho, interessa-nos que a descriminalização atinja todas as condutas não lesivas a um bem jurídico alheio.

---

<sup>49</sup> O fenômeno da cifra negra da criminalidade, também denominado vitimização ou campo obscuro da violência, tem sido alvo de estudos há décadas e trabalha o sem número de casos que são simplesmente ignorados ou menosprezados.

### **7.3 Bem jurídico penal como orientador de um movimento de descriminalização – princípio da não intervenção moderada**

Como afirmado no intróito deste trabalho, não é recente a discussão acerca da descriminalização, iniciada desde a constatação de que o sistema penal, em virtude de uma enormidade de condutas típicas, havia colocado em risco a sua legitimidade e eficácia.

Os movimentos descriminalizadores (ou de descriminalização) têm por escopo oferecerem uma solução à expansão do direito penal, consubstanciando uma tendência político-criminal humanizadora. Além reduzir as mazelas trazidas pela pena criminal e reorganizar todo o sistema penal, em busca de maior coerência e eficácia, “como finalidade de fundo de todo movimento descriminalizador, e, por que não afirmar, de reforma penal, encontra-se a busca do equilíbrio entre bens e valores penalmente tutelados” (CORACINI, 2004, p. 252).

Ao mesmo tempo em que se mostra antagônico, o discurso da criminalização e descriminalização apresenta, sob o aspecto diacrônico, a mesma lógica. Ou seja, necessitam identificar condutas socialmente lesivas, após, questionam a necessidade da intervenção estatal e, por fim, investigam qual o benefício agregado caso seja realizada a interferência. (DIAS, 1997, p. 404).

O trajeto acima delineado adquire vital importância no presente estudo, especialmente quanto à identificação de condutas socialmente danosas, pois tais comportamentos necessariamente devem lesar bens jurídicos. Essa necessidade de lesão a um bem jurídico compõe a dignidade penal, formada, segundo Dias (1997, 406), por um princípio de imanência social e um princípio de consenso. O primeiro consiste na proibição da utilização do direito penal como instrumento de alcance de finalidades sociais deliberadamente morais ou ideológicas. O segundo princípio determina que o direito penal esteja restrito a um núcleo de valores e interesses que recebem aceitação generalizada da comunidade. (DIAS, 1997, p. 406).

A dignidade penal atua de forma negativa, impedindo uma criminalização ou impondo a descriminalização, não servindo de base para legitimar positivamente uma intervenção penal. Dito de outro modo, não é porque há a lesão a um bem jurídico que o conflito deva ser solucionado por meio do direito penal, motivo pelo qual urge examinar em um segundo momento a questão da carência de tutela criminal, aparecendo, mais uma vez, o caráter subsidiário do direito penal.

Retomando a questão da dignidade penal, verifica-se que a criminalização de condutas não lesivas a um bem jurídico alheio contraria diversos informes da política criminal:

A necessidade de se respeitar a vida privada e as implicações de sua violação; as medidas alternativas de controle social, que poderiam ser empregadas no lugar de métodos tradicionais de intervenção do sistema de justiça criminal; as conseqüências negativas da criminalização desse tipo de comportamento; os custos sociais que essa intervenção demanda; e a ineficácia desta, cuja vigência está condicionada à própria vontade das pessoas pretensamente beneficiadas. (QUEIROZ, 2002, p. 113).

Dias (2001b, p. 61) afirma que considerando a teoria da exclusiva proteção dos bens jurídico penais, aliada ao caráter subsidiário e necessário do direito penal, “um eficaz domínio do fenômeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o *menos possível*”. Ademais, o Estado deverá intervir tão somente no limite imprescindível à manutenção da coexistência na sociedade.

Com tais premissas, Dias inaugura o princípio da não intervenção moderada que, como o próprio jurista afirma, trata-se de uma releitura do princípio da não intervenção radical de Schur. O aludido princípio permite concluir que todo e qualquer comportamento que não gera lesão ou ao menos perigo de lesão a um bem jurídico claramente definido deve ser retirados da esfera de proteção do direito penal. Ainda, todas as condutas que possam ser “contidas ou controladas por meios não penais” (DIAS, 1999b, p. 61) devem, igualmente, ser extirpadas do ordenamento jurídico.

A bem ver, o princípio da não intervenção moderada é possivelmente vislumbrado nos princípios limitantes propostos por Bentham na sua obra publicada em 1789, intitulada “Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”. Os indigitados princípios estabeleciam que a norma não deve ser empregada para punir condutas que não tenham danosidade; não pode ser utilizada quando possível alcançar a mesma efetividade, com menor custo, por meio de outra lei que não a criminal; e, por fim, a lei penal não se presta aos casos em que a sanção se mostra mais gravosa que a conduta repreendida (CERVINI, 1995, p. 104).

A modalidade de descriminalização que talvez melhor atenda as perspectivas atuais seria a descriminalização substitutiva, tendo em vista que, no mais das vezes,

as condutas penalmente tuteladas podem não carecer de tamanha proteção, mas carregam alguma relevância social, a ponto de se manterem como bens jurídicos (não penais). “Trata-se, neste ponto, do reconhecimento da existência de diferentes graus de ilicitude a conformar o sistema sancionatório moderno, do qual o direito penal é o último recurso” (CORACINI, 2004, p. 254).

Nesse cenário, o direito administrativo aparece como área salutar na prevenção de condutas que, embora socialmente relevantes, não necessitam de proteção penal. Quando das primeiras leis descriminalizadoras da Itália, editou-se uma circular ministerial, na qual restava consignada o que o legislador deveria se pautar pelos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. Havia uma dicotomia entre bens primários e secundários e, conforme a classificação, estes receberiam amparo do direito penal ou do direito administrativo. Há quem sugira, ainda, um direito de intervenção, uma nova ramificação que se insira entre o direito penal e o direito administrativo. Mas o direito administrativo já se mostra plenamente capaz de abrigar os comportamentos que porventura deixem de ter alcance penal.

Nota-se, pois, a necessidade de reformulação genérica do sistema jurídico-punitivo brasileiro, devendo-se delimitar áreas de atuação para o direito civil, comercial, do trabalho, internacional, restringindo-as ao campo em que suas *sanções* (de diversas naturezas, mesmo políticas ou econômicas) ainda puderem ser eficazes. (CORACINI, 2004, p. 243).

A ideia de um direito administrativo sancionador<sup>50</sup> conduziria a um tratamento mais adequado a condutas que, por si só não danificam ou colocam em risco os bens jurídicos mais importantes em um Estado Democrático de Direito. É o que ocorreu na Itália, na década de 80, por meio da Lei nº. 689, de 24.11.1981. Esta lei determinou que as contravenções penais e delitos cuja pena cominada era exclusivamente de multa fossem convertidos em infrações administrativas. O mesmo foi realizado com os delitos que traziam sanção pecuniária e privativa de liberdade alternativamente.

No Brasil, a manifestação do movimento de descriminalização vem ocorrendo de forma tímida, em algumas legislações esparsas, como no Estatuto da Criança e

---

<sup>50</sup>O direito administrativo sancionador, também denominado direito penal administrativo consiste num novo ramo do direito, criado a partir do contexto pós-industrial e do aumento da criminalidade econômica. Sua atuação seria acessória ao direito penal, para sancionar condutas socialmente danosas que não chegam a merecer a tutela penal e encontra solução na sanção administrativa. Trata-se de um ramo autônomo que deve observar aos limites da intervenção penal.

do Adolescente e na Lei de Meio Ambiente, mas sempre acompanhadas de uma enxurrada de tipos penais. Não existe uma preocupação do legislador em elaborar um direito administrativo sancionador.

Todavia, negar a imperiosidade de um movimento de descriminalização no ordenamento penal vigente significa incentivar a insuficiência concreta do sistema penal como instrumento de resolução de conflitos, contribuindo para a manutenção da crise que o assola.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o empenho de uma parte da doutrina no sentido de oposição ao direito penal como protetor dos bens jurídicos mais caros à sociedade, não se pode admitir que indigitado ramo do direito se preste tão-somente à reafirmação da vigência da norma penal, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual inegavelmente se consolidou nos moldes do finalismo. A adoção das formulações de Jakobs pressupõe a aceitação do funcionalismo e de toda a estruturação da teoria da imputação, que possuem manifestações incipientes em nossa atividade jurídica.

Verifica-se que diversos dispositivos constitucionais enunciam a escolha pela forma do Estado Democrático de Direito e de um direito penal mínimo, enraizado em princípios constitucionais penais de garantia à liberdade. Nesse sentido, o direito deve existir sempre em função do homem, mais uma razão pela qual a proposta de Jakobs não deve prevalecer, tendo em vista que busca atender exclusivamente as necessidades do próprio direito. Ademais, o fato de sua teoria desprezar o conteúdo da norma, demonstra nítido caráter autoritário, pois reduz a norma à mera lesão à vontade estatal, violando, novamente, os valores constitucionais.

Conceder à sanção penal o papel de simples instrumento de reafirmação da vigência da norma penal também não se mostra adequado. Essa ideia, de caráter exclusivamente utilitarista, esquece por completo do ser humano que vai ser submetido à punição e dirige atenção à questão confiabilidade da população nas normas.

Lado outro, ter o direito penal como protetor dos bens jurídicos mais relevantes é assumir a necessidade de um critério de limitação do legislador ordinário e, ao mesmo tempo, significa fornecer um juízo crítico do que merece permanecer sob o pálio da tutela penal, respeitando o caráter dinâmico existente entre direito e tempo.

Observa-se que o direito penal tem sido alvo de constante descrença, causada, em última análise, pela inobservância ao princípio da intervenção mínima e consequente inserção no ordenamento jurídico de normas meramente simbólicas. O uso desmedido do direito penal, mormente em situações em que outros ramos do

direito são suficientes, dissemina a crise de legitimidade no próprio corpo social, que passa a desacreditar no seu potencial como instrumento de controle social.

O panorama é ainda mais afetado quando o direito penal é utilizado de forma simbólica pelo Estado, em uma tentativa equivocada de fornecer à população sensação de segurança, que alimenta a demanda punitiva que se alastra na sociedade.

No tocante à busca de um conceito de bem jurídico, observa-se um processo não linear, iniciado a partir do iluminismo e em desenvolvimento até os dias atuais. Nesta evolução, há uma preocupação em determinar um lugar de origem do bem, seja na própria realidade, seja a partir de uma escolha discricionária do legislador. Em dado momento, ora foco é direcionado para a sua função de limitador da atividade legiferente, ora se busca um papel na interpretação das normas.

No entanto, todos os conceitos elaborados até o pós-guerra não se apresentaram como satisfatórios, razão pela qual, atualmente, tem prevalecido a noção trazida pelas teorias constitucionais do bem jurídico, que possuem evidente intenção de oferecer critérios de legitimidade à intervenção penal, com base nos valores constitucionais e nas decorrentes garantias dos cidadãos.

Neste sentido, tem-se que a definição de bem jurídico deve necessariamente guardar referência constitucional material, sendo este vínculo o responsável por limitar o legislador, daí porque se falar em um conceito político-criminal. Ocorre que, a despeito desta máxima alcançar idealmente os fins pretendidos em diversos ordenamentos, não se pode dizer o mesmo acerca do ordenamento jurídico brasileiro, eis que, uma simples leitura da Constituição de 1988 é suficiente para indicar que uma infinidade de assuntos pode trazer em seu bojo bens jurídicos capazes de galgar um espaço na tutela penal (mais ainda diante do cenário simbólico já mencionado). Talvez, a teoria constitucional, seja ela geral ou restrita, melhor se adéque a lugares cuja Constituição seja mais enxuta.

As funções colecionadas pelo bem jurídico reforçam a relevância do lugar ocupado na estrutura do delito e, especialmente a sua função de garantia, decorrente do princípio da lesividade, impede que o legislador ordinário insira no ordenamento jurídico normas incriminadoras que tenham por escopo a proteção de um sentimento, de uma ideologia, de valores meramente morais, da autolesão

consciente e simbólicas. Esta barreira é extremamente salutar a um direito penal comprometido com uma intervenção penal de padrões garantistas.

No entanto, não obstante essa função de garantia, a sensação de insegurança incrementada pela sociedade do risco caminha no sentido oposto, reforçando a tendência à excessiva produção normativa no âmbito penal como solução para os problemas da criminalidade moderna. Sob o pretexto de maior segurança à coletividade, são criados bens jurídicos pelo Estado de forma artificial, sem que haja uma correspondência latente na sociedade. Ademais, igualmente em nome de uma suposta proteção, há muito vem ocorrendo a antecipação da punição em relação à lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, contrariando toda a proposta minimalista. O Estado, portanto, vem se utilizando do discurso da insegurança para alcançar objetivos inidôneos por meio do direito penal.

Reconhece-se a legitimidade dos bens jurídicos supraindividuais, também influenciados pelo apelo da sociedade do risco. No entanto, o uso desmesurado desta categoria de bens jurídicos gerou a existência de bens que se intitulam como sendo supraindividuais, mas que não passam da soma de bens individuais, como é o caso da incolumidade pública. Logo, para estes pseudo bens jurídicos não há se falar em legitimidade e justificação, motivo pelo qual estão inseridos na legislação penal de forma equivocada.

A respeito da antecipação da punição, os crimes de perigo representam uma afronta direta ao princípio da ofensividade, tendo em vista que, no mais das vezes, a relação hipotética entre a conduta e o perigo, representa um risco remoto de efetiva lesão. Não se trata aqui de assumir uma postura racial quanto ao crime de perigo (especialmente o abstrato), porquanto alguns comportamentos possam ensejar danos de caráter irreversível. Mas o fato é que a sociedade deve arcar com alguns riscos, pois são inerentes ao próprio convívio humano, razão pela qual, em virtude de não encontrar respaldo na ofensividade, os crimes de perigo devem ser empregados somente em último caso. O grande problema não é a existência de crimes de perigo, mas o seu uso desmedido e despreocupado com as garantias constitucionais afetas à liberdade. Se o direito penal é a *ultima ratio*, os crimes de perigo devem ser a *extrema ratio*.

Defender a retomada de um direito penal nos moldes liberais, no qual somente a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio eram tutelados, parece-nos um

tanto quanto inocente. Por mais garantista que se pretenda ser é preciso abandonar a concepção liberal-pura das relações entre Estado e sociedade. Não há como admitir na atualidade que a Constituição atue meramente como instrumento de proteção do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado. Até porque, o próprio conceito de liberdade, com a passagem da liberdade formal para a liberdade material depõe contra a concepção liberal pura de Estado.

Com o advento da Constituição de 1988, inaugurou-se um vasto elenco de garantias fundamentais, diretamente atrelado à esfera penal, que, no entanto, não se mostrou, até o momento, suficiente para frenar a desmesurada proliferação de leis de caráter penal.

Notadamente, indubitável a conquista alcançada com a promulgação da referida Constituição, de tal modo que não nos parece acertado o enaltecimento de uma falsa segurança coletiva ou moral, exercida simbolicamente por meio de legislações ocasionais, em detrimento dos direitos humanos.

Diante deste cenário, a teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos se apresenta como instrumento útil de limitação da atividade legiferante e legitimação da norma incriminadora, enquanto norteador das decisões do legislador. Todavia, depois de percorrer todo o percurso do instituto em comento, desde o seu surgimento, ainda hoje se depara com critérios vagos e imprecisos.

Ademais, o que se vislumbrou ao longo do presente trabalho é que, quando se trata de limitação do *ius puniendi*, o bem jurídico não alcança seu objetivo sozinho, fazendo-se acompanhar pelos critérios de dignidade e carência da tutela penal.

Observa-se que a Constituição atua diretamente na limitação do *ius puniendi* estatal, tendo em vista que impede a criminalização de certos comportamentos, quando age de forma negativa. Mas atua, igualmente, de forma positiva, quando impõe uma criminalização, funcionando como seu fundamento.

Quase a unanimidade dos doutrinadores admite a existência dos mandados de criminalização. De certo, esta imposição não poderá abranger a totalidade dos valores constitucionais e não poderá se sustentar sem observar uma inequívoca dignidade penal.

O grande problema é que a aceitação da Constituição como fundamento normativo do direito penal propicia o seu alargamento. Por óbvio, é possível

encontrar na Constituição Federal base para um sem número de criminalizações. Logo, este papel do texto constitucional não se mostra suficiente à limitação do *ius puniendi* estatal.

Admitir tal premissa é concordar com toda a criminalização existente até o presente momento, é concordar com um direito penal como *prima ratio*. Neste sentido, insta abrigar a idéia de que a teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos só alcança o fim que se pretende quando acompanhadas de outros institutos, relacionados à dignidade penal e carência da tutela penal, representas pelo principio da subsidiariedade e da intervenção mínima.

Verifica-se que a Constituição abarca duas faces concêntricas, uma relacionada à criminalização legítima, outra referente à criminalização imposta.

Ainda assim, infelizmente, constata-se que tomar a Constituição como fundamento do direito penal, por mais atraente que pareça num primeiro momento, representa um afastamento do seu ideal minimalista. Concordamos com Paschoal (2003) quando esta diz que falta à doutrina um posicionamento firme e coerente quando assunto é a atuação da Constituição ante o direito penal. Se se pretende defender um direito penal mínimo há que se considerar a Constituição tão somente como limitadora do *ius puniendi* e não como fundamento de todo o sistema penal.

É urgente que o ordenamento jurídico brasileiro seja submetido a uma reformulação do seu sistema punitivo, de tal forma que todas as condutas que podem ser prevenidas da forma adequada por outro ramo do direito, sejam extirpadas da seara penal.

Neste sentido, o bem jurídico se mostra como um critério valioso de orientação do legislador no sentido da descriminalização. Juntamente com a dignidade penal e a necessidade penal, formam um trinômio que vincula o legislador e que, acaso seguida, seguramente imporá a descriminalização.

No entanto, por mais que aos olhos daqueles que lidam com o direito penal rotineiramente a descriminalização seja o caminho mais acertado e, apesar da aludida vinculação obrigatória do legislador, os obstáculos parecem, até o presente momento, serem maiores que a vontade política de efetivamente buscarem uma solução para a crise do sistema penal. Situação agravada pelo crescimento do grupo dos que defendem uma expansão do direito penal e a antecipação da tutela penal sem parâmetros concretos, que, no fundo, acaba fornecendo fundamentos de

justificação para uma atividade pontual e desregrada do legislador, fomentando e perpetuando um direito penal simbólico.

## REFERÊNCIAS

- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ANDRADE, Manuel Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In Ciclo de Estudos de Direito Penal Econômico, Coimbra, 1984. **Direito Penal Econômico**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, 1994.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 136p.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 149p.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997. 264p.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Tradução Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v.1.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 163p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 807p.
- BRASIL. **Código Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2007.
- BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Rio, 1979. 434p.
- BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.14, n.62, p. 107-133, set./out. 2006.
- CALLEGARI, A. L.; WERMUTH, M.A.D. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. v. 1. 143 p.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 254p.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 144p.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.12, n.50, p.237-279, set./out. 2004.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 7-34, set./out. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 573p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.9, n.33, p.39-66, jan./mar.2001a.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001b.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Trad. José de Faria da Costa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa: Aequitas, ano 4, v. 2, p.151-198, Abr./Jun. 1994.

FELDENS, L.. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. (Org.). **Novos Rumos Do Direito penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1, p. 375-400.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien Jurídico y Sistema Del Delito**. Montevideo: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (Des) criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2008. 274p. Monografia - Instituto Brasileiro de Ciências Ambientais (IBCCRIM), São Paulo.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; FRAGOSO, Fernando. **Lições de direito penal: parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 585p.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 668p.

GODOI, Antonio Januzzi Marchi de; BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Do bem jurídico-penal**. 2006. 267f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 175p.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 189p.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato -uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.12, n.49, p.89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do Direito Penal contemporâneo: livro em homenagem ao prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 401/426.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de política criminal e sistema jurídico-penal de Roxin**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo n. 32, out./dez. 2000, p. 120 -163.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.18, n.82, p. 165-186, jan./fev. 2010.

HASSEMER, W. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Wilfried. Traduzido por Cezar Roberto Bitencourt. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 2, n.8 out./dez. 1994.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a Pedra Angular da Norma Penal. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HULSMAN, L. H. C; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Niterói: LUAM, 1993. 180p

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 94p.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 81p.

JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general.** 5. ed. compl. corr. e ampl. Granada: Comares, 2002. 1066p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos: texto integral.** São Paulo: Martin Claret, 2005. 141p.

KARAM, Maria Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno de delitos e de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.8, n.29 , p.331-350, jan/mar.2000.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica.** Rio de Janeiro: 1976. 375p

KIST, Dario José. Bem jurídico-penal: evolução histórica, conceituação e funções. Direito e democracia: **Revista de Ciências Jurídicas**, Canoas, v.4, n.1, p.145-179, jan./jun 2003.

LIMA, José Wilson Ferreira. **Limites constitucionais à produção legislativa do direito penal.** Porto Alegre: Núria Fabris., 2011. v.1. 126 p.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal.** 2.ed. Madrid: Reus, 1914. 571p. (Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros; 11, 26-27).

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** Brasília: Senado Federal, 2006. 2v. (História do direito brasileiro. Direito penal; 9).

LOPES, Jair Leonardo. **Nova Parte Geral do Código penal. Inovações comentadas.** Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983-1v. (Biblioteca tempo universitário ;75/80 )

LUISI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. **Revista CEJ**, número 04. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo13.htm>. Acesso em: 10.jan.2012.

LUISI, Luiz. **Os Princípios constitucionais penais.** 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. 327 p.

LUNA, Everardo da Cunha. **O Resultado no Direito Penal**, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma evolução de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general.7. ed. Barcelona: Reppertor, 2004. 781p.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. 120p.

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

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 25 set. 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 120p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 149 p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2005. 143 p.

RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: N. Fabris, 2011. 207p.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: volume 2 : do humanismo a Kant. 6. ed. São Paulo: Paulus , 2003.

Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ROXIN, C. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, L.; TÓRTIMA, F.L. (Org.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria del delito.** Madrid: Civitas, 1997. 1071p. v. 1.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002a.383p.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Estudos de direito penal.** 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, [2004].

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Política criminal: realidade e ilusões do discurso penal.** Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <[http://www.cirino.com.br/artigos\\_politicacriminal.htm](http://www.cirino.com.br/artigos_politicacriminal.htm)>. Acesso em: 10 Jan. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n.53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. **Ciências Penais**, v. 10, p. 190-210, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 240p. (Ciência do Direito penal Contemporâneo; 3)

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Excessiva produção legislativa de matéria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 26, 1 set. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/935>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal.**

TAVARES, Juarez. Bem jurídico e função em direito penal. **Revista IOB Direito penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.8, n.46, p. 104-108, out./nov. 2007.

TAVARES, Juarez. **Bien jurídico y función en Derecho penal.** Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. xvi, 362 p.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 144p.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1976. 403p.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.19, n.90, p. 97-107, maio 2011.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. 228p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. 281p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.