

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Regina Maria Bueno de Godoy

**A proteção dos bens jurídicos como fundamento do
direito penal**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Regina Maria Bueno de Godoy

**A proteção dos bens jurídicos como fundamento do
direito penal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Dirceu de Mello.

SÃO PAULO

2010

BANCA EXAMINADORA

*Aos meus pais e a toda a minha
família, pelo auxílio, apoio e carinho.
Aos meus amigos, pelo incentivo,
compreensão e paciência.*

AGRADECIMENTOS

Ao estimadíssimo Professor Doutor Dirceu de Mello, fonte de admiração e inspiração de todos os aprendizes do direito penal, meus sinceros agradecimentos pelo apoio, confiança depositada e conhecimentos transmitidos.

Ao meu pai Carlos Aloysio Canellas de Godoy e à minha querida Maria Teresa Penteado de Moraes, por terem me iniciado e me colocado nos trilhos do direito penal.

RESUMO

GODOY, Regina Maria Bueno de. *Bem jurídico penal*. 2010. 122 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O presente trabalho ressalta a importância e a necessária aplicação da teoria do bem jurídico no ordenamento penal brasileiro. A noção desse valor fundamental e a sua forma de proteção são fontes nas quais o direito penal necessita obrigatoriamente repousar seu fundamento, ainda que não exclusivamente. A atuação subsidiária e de *ultima ratio* desse ramo do direito confirma que sua intervenção só pode ocorrer nas hipóteses de graves lesões a esses bens vitais para a convivência pacífica da sociedade. Possui também a teoria, ao lado de vários outros princípios constitucionais ou penais, a função de limitar a interferência do *ius puniendi* do Estado e orientá-lo no momento da atividade incriminalizadora. A ausência de conceito material de bem jurídico, o novo panorama trazido pela atual concepção da tipicidade, os bens jurídicos supraindividuais, bem como as críticas à adoção da teoria não possuem o condão de afastar a sua observância obrigatória no ordenamento pátrio.

Palavras-chaves: Direito penal – Bem jurídico penal – Princípios constitucionais – Bens supraindividuais.

ABSTRACT

GODOY, Regina Maria Bueno de. *Criminal juridical good*. 2010. 122 p. Dissertation (Master Degree in Law) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

The present work points out the importance and the necessary application of the theory of the juridical good in the Brazilian criminal legal system. The notion of that fundamental value and its protection form are sources in which the criminal law needs obligatorily rests its basis, although not exclusively. The subsidiary performance and the ultima ratio of that branch of the law confirms that its intervention can only happens in the hypotheses of serious lesions to those vital goods for the peaceful coexistence of the society. The theory also possesses, beside several other constitutional or criminal principles, the function of limiting the interference of the ius puniendi of the State and to guide it in the moment of the incriminating activity. The absence of the material concept of juridical good, the new panorama brought by the current conception of vagueness, the supraindividual juridical goods, as well as the critics to the adoption of the theory do not possess the privilege of moving away its obligatory observance in the national legal system.

Keywords: Criminal legal system – Criminal juridical good – Constitutional principles – Supraindividual goods.

“O valor é dimensão do espírito humano, enquanto este se projeta sobre a natureza e a integra em seu processo, segundo direções inéditas que a liberdade propicia e atualiza.”

Miguel Reale

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO E O BEM JURÍDICO PENAL.....	15
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM JURÍDICO	20
3.1 Período pré-iluminista e iluminista.....	20
3.2 Feuerbach e Birnbaum	21
3.3 Positivismo: Binding e von Liszt	24
3.4 Concepção neokantiana.....	26
3.5 Teorias sociológicas ou funcionalistas	28
3.6 Teorias constitucionais	30
4 BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO	33
4.1 Princípios que limitam atividade incriminadora.....	36
4.1.1 Princípio da culpabilidade.....	40
4.1.2 Princípio da legalidade (reserva legal)	41
4.1.3 Princípio da lesividade.....	42
4.1.4 Princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou <i>ultima ratio</i>	44
4.1.5 Princípio da fragmentariedade	46
4.1.6 Princípio da humanidade.....	48

5 CONCEITO DE BEM JURÍDICO.....	49
5.1 Alguns critérios que auxiliam na delimitação do bem jurídico	59
5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático Social de Direito	60
5.1.2 Critério da relevância social e da necessidade	64
5.1.3 Critério da danosidade social	66
5.1.4 Princípio da ofensividade ou levisidade.....	67
6 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO.....	70
6.1 Função teleológica, interpretativa ou exegética	70
6.2 Função sistemática	71
6.3 Função individualizadora ou de critério de medição de pena.....	72
6.4 Função crítica.....	73
7 DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS: BEM JURÍDICO, OBJETO DO DELITO E <i>RATIO LEGIS</i>	75
8 A NOVA REALIDADE DA TIPICIDADE.....	80
9 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	84
10 UM NOVO PANORAMA: BENS JURÍDICOS METAINDIVIDUAIS	89
11 CRÍTICAS À ADOÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	99
11.1 Ausência de definição	99

11.2 Aplicação para os casos de bens jurídicos metaindividuais.....	102
11.3 Incriminações sem bem jurídico	104
11.4 Críticas da doutrina alemã.....	106
12 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

A noção de bem jurídico penal é de suma importância para todo o ordenamento jurídico penal e processual penal e deve necessariamente estar arraigada em todos os doutrinadores e operadores desse ramo do direito, independentemente das teorias que adotam, das filosofias que utilizam e das lições que pregam.

No início da elaboração deste trabalho, o tema parecia antigo e esgotado, mas, na medida que o estudo foi aprofundado, e principalmente considerando-se o panorama atual do direito penal e como ele vem sendo utilizado, o assunto certamente voltou a ganhar brilho e força, exigindo a necessidade de revisitações periódicas.

Não há como se pensar em um bom funcionamento de um direito penal próprio de um Estado Democrático de Direito sem esteja baseado numa estrutura, ao menos em sede de política criminal, que considere a importância e a função do bem jurídico penal.

As Constituições dos Estados, além de oferecerem as formas de estrutura de governo e as normas políticas administrativas de organização, elegem e garantem os mais preciosos valores de uma sociedade: os direitos fundamentais.

Levando-se em conta a função do direito penal nos Estados Democráticos de Direito, principalmente como protetor de direitos individuais atacados mais

violentamente, e o seu caráter subsidiário de atuação nesses casos extremos, a questão dos bens jurídicos e o seu estudo (a eleição de quais são, a forma de proteção, de correspondência constitucional ou não) apresentam-se indispensável.

Esses são os motivos pelos quais este trabalho pretende iniciar a análise do tema a partir da preliminar verificação da importância do bem jurídico penal para o ordenamento jurídico, como pressuposto de necessidade de aprofundamento do estudo. Em um segundo passo, e como não poderia deixar de ocorrer, faz uma visita à evolução histórica do bem jurídico, intrinsecamente ligada à história do próprio conceito de crime.

Após, e já adentrando propriamente ao tema, a primeira questão que se coloca é a ligação do bem jurídico com a Constituição, ou seja, a relação que se estabelece entre esses institutos, já que tudo o que for considerado em um ordenamento político-jurídico de um Estado deve estar respaldado e em consonância com a ordem constitucional. Nesse tópico, indiscutível a exigência de análise de princípios implícitos e explícitos na Carta Magna que orientam a atividade penalizadora do Estado.

A partir desse momento, em que o tema já se encontra situado, enfrenta-se a grande controvérsia relacionada à matéria: o conceito de bem jurídico, sobre o qual, desde já, pode-se afirmar não haver unanimidade. Justamente em virtude dessa divergência, passam a ser estudados alguns critérios que auxiliam a busca pelo conceito mais adequado.

A matéria que se coloca na sequência trata das funções exercidas pelo bem jurídico, ressaltando a principal delas, a de limitar o poder punitivo do Estado (função garantia).

O tópico seguinte se propõe a diferenciar conceitos que comumente são confundidos, tais como bem jurídico, objeto do crime e *ratio legis*. São observados também pontos de convergência e fusão dos institutos em alguns casos.

Passa-se então a estudar a tipicidade, que, inserida nesse panorama trazido pela concepção do bem jurídico, não pode mais ser admitida apenas na sua acepção lógica-formal, mas deve ser entendida também em seu aspecto material, acrescentando-se um conteúdo valorativo.

Dentro desse contexto de direito penal mais moderno, o tema que se coloca subsequentemente é o dos bens jurídicos supraindividuais, além da sua forma de proteção pelo ordenamento jurídico penal.

O último tópico expõe as críticas à adoção da teoria da proteção dos bens jurídicos, concluindo o trabalho, ao seu final, pelo afastamento dessas críticas e a devida e correta aplicação da teoria.

2 A IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO E O BEM JURÍDICO PENAL

Apesar da grande controvérsia doutrinária existente acerca da adoção da teoria do bem jurídico, há grande consenso na afirmação de que o crime consiste em uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico. O conteúdo material do injusto típico se consubstancia na lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos penalmente relevantes.

A definição do termo “bem”, na língua portuguesa, é “proveito, utilidade, propriedade, domínio”¹. Mais concisa para este estudo a definição de Mário Ferreira dos Santos, no sentido de que bem significa tudo que tem valor para o ser humano:

O que possui valor sob qualquer aspecto; o que é objecto de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade; o que é perfeito em seu gênero, bem sucedido, favorável, útil: é o termo laudativo universal dos juízos de apreciação; aplica-se ao voluntário ou ao involuntário.²

Conforme explicita a lição de Luiz Regis Prado, a noção de utilidade é inseparável da de bem, na medida que este se traduz como uma condição para satisfazer uma necessidade do homem.³

Aristóteles já concebia as várias acepções do termo, destacando justamente a busca da finalidade inerente ao conceito: “Bem é aquilo a que todas as coisas visam.

¹ MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. Editor: Walter Weiszflog. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

² SANTOS, Mário Ferreira dos. *Dicionário de filosofia e de ciências sociais*. São Paulo: Maltese, 1963. v. 1, p. 199.

³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 20.

(...) o bem supremo é evidentemente final (...) e chamamos de absolutamente final aquilo que é sempre desejável em si (...). Concluiu o filósofo que o bem supremo é a felicidade.⁴

Assim, os valores mais importantes e fundamentais identificados por uma sociedade expressam-se através da eleição pelo legislador dos bens jurídicos dignos de proteção. Entretanto, nem todos os bens jurídicos justificam a tutela penal.

A atuação do direito penal no Estado Democrático de Direito deve ser subsidiária e fragmentária, ou seja, atua apenas na proteção dos bens jurídicos quando os demais ramos do direito não foram suficientes para tanto. Assim, para a imposição do mal maior da pena – característica do direito penal –, que restringe o principal bem do cidadão (liberdade), indispensável se faz a verificação de uma agressão violenta ao bem jurídico que justifique a intervenção desse ramo do direito.

Assim é que Mir Puig preleciona que para o bem jurídico poder ser considerado bem jurídico penal, são necessárias duas condicionantes: importância social e necessidade de proteção pelo direito penal.⁵

Nesse sentido, também a lição de Francisco de Assis Toledo⁶, asseverando que nem todo bem jurídico é acobertado pelo direito penal, que se destina a tutelar os bens que os outros ramos do direito não foram suficientes para garantir. Ademais,

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999. p. 23.

⁵ MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 97.

⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 17.

nem todas as formas de agressão a bens jurídicos são protegidas, e o Direito penal seleciona as situações que pretende evitar, através da criação do tipo penal incriminador.

Reforçando essa orientação, Polaino Navarrete afirma que o âmbito do bem jurídico se estende não sobre todos os objetos merecedores de proteção jurídica, mas só aos que requerem um maior asseguramento normativo, em vista da maior relevância axiológica e em atenção à gravidade do ataque típico a eles realizado.⁷

Neste ponto, importante ressaltar outro aspecto da principal função do bem jurídico: ele possui uma função de limitar o direito de punir do Estado.

O legislador não deve tipificar condutas que, na sua forma mais grave, não afetem ou coloquem em perigo bens jurídicos. Não cabe ao direito penal, por exemplo, sancionar condutas exclusivamente amorais, antiéticas, convicções religiosas ou posturas ideológicas.

Essa função limitadora ao legislador e ao *ius puniendi* está compreendida e atua conjuntamente com uma gama de princípios que impõem as barreiras de contenção do poder punitivo do Estado, limites do próprio direito penal.

Nesse sentido, Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya⁸ afirmam sobre os princípios que limitam o *ius puniendi* estatal:

7 POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, 2000. t. 2, v. 1, p. 604.

⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 121.

A doutrina majoritária costuma enunciar uma série de princípios tanto penais como processuais. Garantias como o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da intervenção mínima, o princípio de necessidade e utilidade da intervenção, o princípio da culpabilidade, o princípio da responsabilidade subjetiva, de proibição das penas desumanas e degradantes, da orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, o princípio da presunção da inocência, o princípio da legalidade, o princípio da igualdade perante a lei, o direito da pessoa a não declarar contra si mesma, etc., garantem uma menor violência, deslegitimando o exercício absoluto da potestade punitiva exercida pelo Estado.

Não se pode deixar de ressaltar, sobre o assunto, a posição de Luiz Flávio Gomes⁹, para quem uma das finalidades do direito penal, *a latere* de configurar um sistema de tutela do indivíduo diante de agressões de outrem e da intervenção estatal, é a proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da pessoa para o desenvolvimento de sua personalidade e sua vida em sociedade. Assim, essa missão de tutela de bens jurídicos, além de constituir garantia essencial do direito penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Social e Democrático de Direito, fundado na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, mas em função da pessoa humana, em várias dimensões:

(a) que está obrigado a assegurar as condições essenciais, seja para o desenvolvimento de sua personalidade, seja para a vida em sociedade; (b) que não pode promover, defender ou impor qualquer ideologia ou qualquer ordem moral ou religiosa (secularização do Direito penal); (c) que deve tolerar e incentivar o modelo pluralista e democrático de convivência, o que significa que deve intervir o

⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 46.

menos possível na liberdade humana (intervenção mínima) e jamais castigar “meras imoralidades”. O que acaba de ser mencionado, como não poderia ser de outra forma, revela o núcleo essencial do denominado princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos que, ao lado de tantos outros princípios fundamentais (da materialidade do fato, da ofensividade, da legalidade, da culpabilidade, etc.) tem (também) a função de delimitar o *ius puniendi* estatal.

René Ariel Dotti afirma ser o bem jurídico um dos pontos cardeais do direito penal: “É certo que o conceito de crime não se esgota no bem jurídico, porém não é possível a compreensão do crime sem a lesão de um bem da vida social, assim reconhecida através do juízo da antijuridicidade.”¹⁰

Verifica-se, pois, que a missão do direito penal é a de garantir a paz social entre os indivíduos, através da proteção de bens jurídicos fundamentais à sua vida particular e social¹¹ e da conseqüente criminalização de condutas que afetem gravemente esses bens. Reside aí, portanto, a importância do estudo e aplicação das questões ligadas ao bem jurídico.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 55.

¹¹ Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete, “a tarefa imediata do Direito Penal é de natureza eminentemente jurídica e, como tal, primordialmente destinada à proteção dos bens jurídicos” (*Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 23). Mais robustas as considerações de Miguel Polaino Navarrete, apontando a transcendência do bem jurídico, donde depende a própria existência do ordenamento punitivo: “*Destacar el valor del bien jurídico en el Derecho penal constituye tarea tan superflua como innecesaria: el reconocimiento del bien jurídico es un presupuesto básico para la justificación del Ordenamiento penal. Y ello porque un Derecho penal que desde su inicio no se propusiera finalmente en esencia garantizar la protección de los valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad mediante el ejercicio de las sanciones penales en los límites social y jurídicamente tolerables, sería un Derecho penal carente de base substancial y no inspirado en los principios de Justicia sobre los que debe asentarse todo Ordenamiento jurídico y, en cuanto tal, inservible para regular la vida humana en sociedad.*” (*Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v.1, p. 557).

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO BEM JURÍDICO

O aspecto histórico envolvendo o bem jurídico passa necessariamente pela análise do delito no tempo, tendo em vista a consideração de que o crime é uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico.

Adota-se neste estudo um critério de importância para os itens seguintes, sem olvidar que a evolução histórica do conceito certamente acompanha uma ordem cronológica.

3.1 Período pré-iluminista e iluminista

Como é sabido, em épocas pretéritas, o crime era considerado como pecado divino, atentado e desobediência à vontade divina, passando a seguir para o direito baseado na vontade do soberano. A associação com as instituições religiosas permitia ao soberano que o povo reconhecesse seu direito divino de impor sua vontade como se fosse a vontade de Deus.

Em período posterior, com a vinda do iluminismo da Revolução Francesa, pretendeu-se favorecer ou garantir os bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas. A concepção de crime se baseava na violação do contrato

social e a pena era concebida como medida preventiva, totalmente desvinculada das questões religiosas.¹²

Os ideais liberais próprios da época das luzes fizeram com que autores como Beccaria, Montesquieu e Voltaire fundamentassem a existência da pena na desvalorização de uma prévia lesão jurídica.

Nessa época, o bem tutelado era o direito subjetivo do indivíduo, exatamente de acordo com os ideais iluministas do momento.

3.2 Feuerbach e Birnbaum

A visibilidade da doutrina da lesão a um direito subjetivo, de Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, de fins do século XVIII, é inquestionável.

Sua teoria, fundada no contrato social, previa que os homens decidem se organizar em sociedade e confiar a conservação da nova ordem criada ao Estado, que somente poderia intervir penalmente na ocorrência de um delito que lesionasse algum direito dos cidadãos. Assim, considerava-se como o núcleo de cada crime a lesão a direitos subjetivos dos membros da sociedade¹³, e o direito penal se apresentava como protetor dos direitos dos indivíduos e do Estado. O conceito de delito estava subordinado a um princípio material, a preservação da liberdade

¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v.1, p. 563.

¹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

individual, e o Estado só podia incriminar condutas que violassem direitos subjetivos e implicassem em dano social.

Houve algumas críticas à sua teoria, entre elas a de que algumas ações que não ofendiam direitos subjetivos também eram punidas, como ocorria com os crimes contra a honestidade. Polêmica havia também quanto às infrações policiais e à falta de previsão de direitos coletivos.

As suas ideias político-criminais estiveram inseridas no Código Penal da Baviera de 1813, em que é marcante a falta de incriminalização de condutas contra a religião ou a moral.¹⁴

Surgiu também nesse contexto liberal iluminista o conceito de danosidade social, exigida para a caracterização do delito, que foi enaltecida não só por Feuerbach, como por Carrara e Beccaria.¹⁵

Nas palavras de Luiz Régis Prado:

Contratualismo (o contrato social como fundamento do direito de punir), utilitarismo (a pena como meio de defesa da sociedade), legalismo (que os delitos e as penas sejam descritos na lei e que o juiz esteja a ela vinculado de maneira rígida) e secularização (autonomia do direito penal diante das leis divinas e poder religioso), ao lado da lesão a direitos subjetivos, danosidade social e necessidade da pena, configuram a maior parte dos enunciados básicos da política criminal clássica e liberal, que historicamente

¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 39.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, cit., p. 72.

surge como reação à arbitrariedade da justiça (do *Ancien Régime*, do absolutismo), à instrumentalização política do *ius puniendi*, à carência de garantias (substanciais e processuais), ao casuísmo e à crueldade das penas.¹⁶

A época subsequente à derrota de Napoleão foi denominada na Europa de Restauração, quando o poder foi deslocado das mãos do povo para a soberania do príncipe. Os ideais liberais racionais de Feuerbach não eram mais aceitos.

Foi nesse contexto que, em 1834, Johann Michael Franz Birnbaum publicou na Alemanha seu famoso estudo sobre a tutela da honra, modificando completamente o direito penal da época.

A doutrina parece unânime em atribuir a Birnbaum a origem da expressão “bem jurídico”, introduzindo um bem material no lugar do direito subjetivo anteriormente protegido, não obstante a ausência de referência expressa ao termo “bem jurídico”. Necessária, conforme sua lição, a existência de um objeto material, importante para a pessoa ou para a coletividade, que pudesse ser atacado.

Para Birnbaum, os direitos não podiam ser lesionados nem postos em perigo; somente o bem, em sua realidade existencial, poderia. No crime de homicídio, por exemplo, “o que resulta lesionado não é o direito subjetivo à vida (posição Iluminista), senão a própria vida (segundo Birnbaum), que conta com ‘realidade existencial’”.¹⁷

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, cit., p. 74.

¹⁷ *Ibidem*, p. 75.

A transcendência do caráter individual para a consideração do sistema social também foi uma característica marcante de seu pensamento, tendo distinguido, inclusive, bens individuais de coletivos.

A crítica à teoria de Birnbaum consiste em saber se ela realmente teria se afastado dos ideais iluministas, abandonando a função garantista limitadora do *ius puniendi*, ou teria mantido a mesma linha liberal iluminista.

A melhor conclusão é a de Costa Andrade no sentido de que a obra de Birnbaum:

(...) revela aquela imprecisão que marca todo o pensamento situado em períodos de transição: antecipa e anuncia uma nova realidade ao mesmo tempo que apresenta os estigmas do ambiente de seu tempo. A concepção de Birnbaum, em suma, certamente poderia ser sintetizada como uma concepção de compromisso, influenciada ainda pelo iluminismo, mas também já pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado de Mittermayer. Não abandonando completamente o individualismo, o iusracionalismo e a vertente crítica, abre as portas ao positivismo.¹⁸

3.3 Positivismo: Binding e von Liszt

Com o advento do positivismo, Karl Binding inaugurou o pensamento de que a norma define quais os bens jurídicos relevantes e protegidos, ou seja, bem jurídico é tudo o que, na opinião do legislador, é importante para a vida coletiva.

¹⁸ COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 52-53.

Essa visão positivista iniciou uma nova fase do direito penal, baseado em um racionalismo sem qualquer capacidade crítica, tomando a norma como fonte exclusiva do bem jurídico e exigindo absoluta coerência entre ambos.

O Estado e o direito deixaram de ser instrumentos de tutela da pessoa e da liberdade (como era no iluminismo), para se transformarem em um fim em si mesmos. Havia claro desprezo aos referenciais individuais e conseqüente exaltação da referência sistêmico-social.

Assim, cresceu a intervenção do Estado e a possibilidade de arbitrariedade pelo legislador, que poderia criminalizar tudo o que entendesse relevante.

Franz von Liszt, apesar de positivista, reagiu contrariamente ao tratamento científico formal da norma, afirmando que o interesse juridicamente protegido nasce antes da norma. Para ele, a ordem jurídica não cria o interesse, que é criado pela vida. É a proteção do direito, entretanto, que eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico.

Justamente por ter sido uma visão naturalística-sociológica, considerava que os bens jurídicos são interesses concebidos a partir da realidade social e não, como entendia Binding, decorrentes da norma jurídica, que se presta tão somente para eleger esses interesses como bens jurídicos e protegê-los das lesões.

Nas palavras de von Liszt:

(...) é a vida, e não o direito, quem produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos, quanto ao número e quanto ao gênero (...).¹⁹

O bem jurídico assumia, nesse contexto, uma postura crítica e um limite verificado entre a ciência jurídica e a política, abandonando-se o tratamento exclusivamente formal-jurídico do direito.

Por essas pequenas diferenças, Binding foi considerado um positivista formal-normológico (positivismo jurídico) e von Liszt naturalístico-sociológico (positivismo sociológico ou naturalista) e, apesar de suas posturas político-metodológicas diversas, ambos se aproximavam nos resultados práticos de suas doutrinas, na medida que é o legislador quem dá a palavra final sobre quais os bens dignos de tutela.²⁰

3.4 Concepção neokantiana

O neokantismo (que compreende o direito como intermédio entre os mundos do ser e do dever ser) inaugura uma fase em que a medida individual cede lugar a

¹⁹ LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-similar. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1, p. 94.

²⁰ Miguel Polaino Navarrete classifica didaticamente os dois autores de acordo com os seguintes critérios: Binding (1872) – dimensão formal: teoria das normas; e Liszt (1883) – dimensão material: teoria da nocividade social (*Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 566).

uma noção de totalidade, substituindo-se o bem material pelo hipotético valor cultural.

O bem jurídico, nesse contexto, é expresso através de um valor que se identifica com a própria finalidade da norma, dela retirando sua condição de existência.²¹

Essa fase foi marcada pelo desenvolvimento da concepção metodológica ou teológico-metodológica do bem jurídico. Na lição de Jorge de Figueiredo Dias, essa concepção transformou os bens jurídicos em “meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime”, e essa atribuição “ao bem jurídico de uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma”.²²

Segundo a doutrina, houve momentos históricos, como esse, em que o conceito de bem jurídico foi totalmente menosprezado. O delito foi concebido, já pela escola positivista (anteriormente mencionada), como desobediência à norma e sintoma de periculosidade individual, e o bem jurídico, na fase neokantista, como valor cultural, de cunho ético-social.

²¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 189. Acrescenta o autor, inclusive, que essa ideia de fazer derivar o bem jurídico da própria elaboração normativa coincide com a proposta do positivismo jurídico de fazê-lo apenas um pressuposto formal de incriminação.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64.

Restou a noção de bem jurídico, subjetivada e volatizada ou espiritualizada, como ligada diretamente (confundindo-se, inclusive) com a *ratio* da norma. Assim, como criação discricionária do legislador, perdeu todo seu caráter essencial limitador do *ius puniendi* estatal, prestando serviço aos ideais totalitários da época.

Indispensável o comentário de Luiz Flávio Gomes: “O núcleo do delito se afasta do conceito de bem jurídico e passa a ser constituído (a) pela violação de um dever, ou (b) pelo desvalor de uma intenção interior, ou (c) pelo rompimento da fidelidade do sujeito ou, ainda, (d) pela violação de um valor cultural.”²³

A recuperação do conceito de bem jurídico só teve início após a Segunda Guerra Mundial, como pretendeu o Projeto Alternativo de Código Penal de 1966, apresentado por um grupo de penalistas alemães e suíços, contemplando o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos: “§ 2º - As penas e as medidas de segurança servem para a tutela de bens jurídicos (...).”²⁴

3.5 Teorias sociológicas ou funcionalistas

Os maiores representantes dessas teorias foram Knut Amelung, Günther Jakobs, Harro Otto, J. Habermas, Winfried Hassemer, R.P.Calliess e Mir Puig, entre outros.

²³ GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, cit., p. 80.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio, ob. cit., p. 81. Foram descriminalizados comportamentos meramente contrários a certa concepção moral e as legislações que se seguiram não incriminaram condutas que deixassem de afetar direito alheio ou que se desenvolvessem entre pessoas adultas em ambiente privado (homossexualidade, por exemplo).

A maioria deles compreende a noção de bem jurídico inserida em uma funcionalidade sistêmica do ordenamento, situada diretamente na realidade social, com acréscimo da integração das demais ciências sociais. Significa a absolutização do sistema social em detrimento do indivíduo.

Segundo a ótica dessa teoria, o fim do direito penal está na estabilidade da norma penal, como instrumento adequado à manutenção do sistema.

Knut Amelung propôs a substituição do conceito de bem jurídico pelo de danosidade social, motivo pelo qual concebeu o delito como um comportamento socialmente danoso²⁵. Diante da dificuldade de definição do que se poderia considerar socialmente danoso, socorreu-se ao conceito positivista de bem jurídico (de Binding), afirmando que seria tudo aquilo que, aos olhos do legislador, constituísse as condições de uma vida saudável da comunidade jurídica²⁶. Considerou o delito como uma disfuncionalidade do sistema.

Luiz Flávio Gomes ressalta o posicionamento de Winfried Hassemer, de que a seleção dos bens jurídicos deve fundar-se em uma hierarquia de valores e nas concretas necessidades da coletividade. O autor assinala três fatores sociais indispensáveis para a existência de um bem jurídico: frequência da conduta, intensidade da necessidade de preservar o objeto merecedor de tutela e intensidade da ameaça contra tal objeto.²⁷

²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 597. Também nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, cit., p. 82.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 49.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Por Luiz Flávio Gomes; Antonio García-Pablos de Molina; Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 415.

Não obstante às críticas a esses posicionamentos, principalmente a de perda do significado próprio do bem jurídico, ambos os autores tiveram o mérito de reintroduzir os postulados de von Liszt.

Günther Jakobs, assumindo o papel de maior representante da teoria funcionalista sistêmica, entendeu que a missão do direito penal não era a proteção de bens jurídicos, mas sim assegurar a validade e vigência das normas jurídicas. O delito seria a transgressão da norma penal e a sanção o restabelecimento da obediência ao direito.

As teorias sociológicas afastaram-se da preocupação de formular um conceito material de bem jurídico, demonstrando certa fragilidade em se impedir o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela.

A adoção de uma perspectiva puramente funcionalista revela grande ineficácia delimitadora, uma vez que ao Estado estaria permitida a incriminação de valores morais, por exemplo, diante da alegação de disfuncionalidade do sistema.

3.6 Teorias constitucionais

Enquanto as teorias sociológicas situavam o bem jurídico no plano da realidade social e ressaltavam a necessidade da vinculação do direito penal com as demais ciências sociais, as teorias constitucionais do bem jurídico procuram formular

critérios capazes de se impor ao legislador ordinário, limitando-o no momento de criação do ilícito penal.²⁸

De acordo com o pensamento dessa corrente, o conceito de bem jurídico deve ser extraído da Constituição, que é o documento responsável pela determinação das diretivas político-administrativas de cada Estado e pelas garantias fundamentais do cidadão.

O maior expoente dessa vertente foi Claus Roxin, que defendeu a ideia de que a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos reside nos princípios da Constituição.²⁹

Para ele, no Estado Democrático e Social de Direito, o direito penal exerce dupla função: proteção dos bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantia das prestações públicas necessárias para a existência digna do cidadão, sempre tendo em vista a garantia de uma vida de paz em sociedade.³⁰

Ressalta ainda Luiz Régis Prado que Hans-Joachim Rudolphi, outro grande defensor dessa teoria, entendia que a caracterização do bem jurídico como juízo de valor deve necessariamente considerar três condicionantes: primeiro, que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que, para o direito penal, são deduzidas da Constituição; segundo, que o anterior somente assinalou o ponto de vista

²⁸ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 62.

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1. p. 55.

³⁰ *Ibidem*, p. 58.

valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia essa sociedade dentro do marco constitucional; e terceiro, que um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já sua legitimação, mas é necessário ainda que só seja protegido diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.³¹

Apesar de fundamentalmente constitucionalistas, esses autores não abandonaram o perfil funcionalista, como se depreende do posicionamento de Juarez Tavares, na medida que, no fundo, segundo sua conclusão, o bem jurídico, na visão desses doutrinadores, serve para a manutenção do sistema.³²

³¹ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 64.

³² TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 197.

4 BEM JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO

Ainda que não se adote a teoria constitucionalista estrita, ou seja, a de que todos os bens jurídicos penais devem necessariamente ser valores constitucionais, não se pode afastar da concepção de que a eleição dos bens jurídicos objeto de tutela penal deve ser buscada considerando-se valores constitucionais.

Como é sabido, a Constituição é o documento supremo que possuem os Estados, sendo ali prevista toda sua identificação, como se fosse seu currículo. Assim, além de conter as diretrizes essenciais de formas de organização do Estado, de governo e de exercício de poder, abarca os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Define-se Constituição como o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.³³

Não se pode deixar de levar em conta, como explica José Afonso da Silva, que a esse conceito de Constituição deve ser agregada uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores relevantes para a coletividade, em determinado momento histórico.³⁴

Correto dizer, portanto, que os valores mais importantes considerados e eleitos por uma determinada sociedade, em determinado momento histórico, devem

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

estar resguardados pela Constituição, que irá nortear a convivência pacífica dos indivíduos.

Imperioso destacar a precisa doutrina de Ferrajoli:

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de tipologia criminal.³⁵

Acrescente-se que a apreciação dos bens jurídicos há de ser uma tendência dinâmica, abstrata e generalizada, partindo das reais exigências da vida social.³⁶

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes:

O sistema axiológico subscrito pela norma fundamental do Estado supõe uma verdadeira “referência material” para qualquer norma integrante do ordenamento jurídico. A construção e a interpretação de todos e de cada um dos componentes normativos do sistema devem ser orientados pela exigência indiscutível de que o conteúdo de ditas normas, incluindo as penais, evidentemente, se ajuste, para que conte com validade material, ao predicado no sistema de valores que, definitivamente, determina o verdadeiro alcance e significado do texto constitucional.³⁷

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372.

³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v.1, p. 604.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, cit., p. 88.

Esses bens jurídicos relevantes para a coletividade são tutelados por todo o ordenamento jurídico, cuidando o direito penal de situações em que eles são lesados mais drasticamente e quando os demais ramos do direito não foram suficientes para protegê-los.

A doutrina parece uníssona em afirmar que nem todos os bens jurídicos são objeto de tutela penal, sendo assim considerados apenas quando agredidos mais violentamente, como acima mencionado. Uniforme também o entendimento de que esses bens jurídicos penais não necessitam estar expressamente previstos na Constituição, mas devem estar de acordo (não ir de encontro) com o espírito expresso na Lei Magna.

A proteção penal em um Estado Democrático de Direito está diretamente associada ao bem jurídico, sob o ponto de vista constitucional, sendo considerada legítima quando “socialmente necessária”. Como assevera Luiz Regis Prado, equivale dizer quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoal humana.³⁸

Neste ponto, mister lembrar que sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, e se considerando que o direito penal interfere no bem mais precioso do ser humano (a liberdade), só haverá atuação da seara penal quando a lesão ao bem jurídico justificar.

³⁸ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 70. O princípio da dignidade da pessoa humana será tratado em item específico.

De qualquer forma, não se pode perder de vista, portanto, que a restrição imposta ao legislador ordinário é encontrada na Constituição, dela derivando diretamente os bens jurídicos, como ressalta Roxin:

O ponto de partida correto consiste em reconhecer que a única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios da Constituição. Portanto, um conceito material de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode derivar do contido, plasmado na Lei Fundamental, do nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo, através dos quais se marcam seus limites ao poder punitivo do Estado.³⁹

A principal questão que se desenvolve neste ponto é saber quais são, efetivamente, os bens jurídicos que merecem a proteção penal.

Para que seja possível a maior proximidade de uma solução, em um passo anterior, é preciso se levar em conta alguns princípios penais, no momento da atividade criminalizadora do Estado, que encontram respaldo explícito e implícito no texto constitucional, como se verá no tópico seguinte.

4.1 Princípios que limitam atividade incriminadora

Convém, neste ponto, ressaltar a importância dos princípios para um ordenamento constitucional jurídico.

³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., v. 1, p. 55.

Princípios são diretrizes, mandamentos, verdades ou juízos fundamentadores de uma ordem jurídica. Como o próprio termo já diz, princípio significa início, começo, origem, donde partem orientações de caráter geral e mandamentos nucleares de alto grau na hierarquia do sistema jurídico. São reconhecidos por vigas mestras providas de alto grau de generalidade e abstração, ou seja, valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Justamente em virtude desse grau de generalidade e abstração, os princípios, segundo Karl Larenz, não possuem o caráter de regras, exigindo, para tanto, um processo de concretização.⁴⁰

Seguindo a mesma orientação desse autor, Humberto Ávila propõe a definição de princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.”⁴¹

A importante doutrina que se debruçou sobre o tema, demonstrando a relevância dos princípios, distinguiu-os das regras.

⁴⁰ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. Na mesma esteira, Claus-Wilhelm Canaris, de quem foi discípulo, afirmou: “(...) os princípios necessitam, para sua realização, da concretização através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio. De facto, eles não são normas, e, por isso, não são capazes de aplicação imediata, antes devendo primeiro ser normativamente consolidados ou normativizados.” (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 96).

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-36.

Ronald Dworkin argumentou que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso e isso se demonstra na medida que, quando há colisão entre regras, uma delas é considerada inválida, enquanto no caso de colisão entre princípios, aquele que tem peso relativamente maior se sobrepõe ao outro.⁴²

Robert Alexy, precisando ainda mais o conceito, afirmou que os princípios consistem em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, sendo que eles não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras.⁴³

Nessa mesma esteira, Willis Santiago Guerra Filho pontua:

As regras trazem a descrição de estados-de-coisa formado por um fato ou um certo número deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (...) e abstração (...) do que a mais geral e abstrata das regras.⁴⁴

⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 102.

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 56.

Assim, não resta qualquer dúvida quanto à importância dos princípios no ordenamento jurídico, bem como a sua função de ideia norteadora, interpretativa e de delimitação da intervenção do Estado.

Como visto, a relação entre o direito penal e a Constituição é inquestionável, baseada na necessidade de se instituir penas para a salvaguarda da ordem social, colocando em seus devidos lugares a escala de valores e direitos dos cidadãos e do próprio Estado.

Tendo em vista essa indicação de atividade criminalizadora sob a ótica de proteção de liberdades individuais, a Constituição estabelece princípios que devem orientar o ordenamento infraconstitucional em suas respectivas missões.

Luiz Luisi estabeleceu uma divisão entre princípios de direito penal constitucional (implícitos e explícitos) e princípios constitucionais influentes em matéria penal, sendo estes últimos considerados como orientações ao legislador infraconstitucional, não só penal, como civil, tributário, etc.⁴⁵

Os princípios exclusivamente penais interferem diretamente na formação do ilícito penal, limitando a atividade incriminadora do Estado. Na expressão de Francesco Palazzo, “enquanto se circunscrevam dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida,

⁴⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 13.

vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do Direito Penal”.⁴⁶

Assim, ao se definir quais bens jurídicos serão tutelados pelo direito penal, através do tipo penal incriminalizador, o legislador deve levar em consideração os princípios que serão vistos a seguir.

4.1.1 Princípio da culpabilidade

Culpabilidade corresponde a reprovabilidade. É a exigência da responsabilidade subjetiva. Significa dizer que não há crime nem pena sem culpabilidade. Só haverá responsabilização criminal quando houver conduta típica e antijurídica, sendo vedada a imputação penal caso não haja dolo ou culpa (vedação à responsabilidade objetiva, ao contrário do que ocorria em tempos primitivos).

Esses postulados decorrentes do princípio da culpabilidade traduzem as máximas *nullum crimen sine culpa* e *nulla poena sine culpa* e, na medida que exigem a culpa para a existência de crime e pena, tornam o princípio fundamento e limite do poder punitivo do Estado. Acrescente-se que não se pune exclusivamente a culpabilidade, uma vez que uma das finalidades da pena é evitar lesões a bens jurídicos.

⁴⁶ PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 66. Claus Roxin sustenta que os limites à faculdade de punir devem ser deduzidos da finalidade do direito penal: garantir convivência social pacífica (*Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32).

O princípio é considerado também como limite da pena, atribuindo o *quantum* correto a ser imposto, nem aquém nem além da medida da culpabilidade.

Constitui-se em um princípio constitucional implícito, baseado nos artigos 1º, III, 4º, II, e 5º, *caput*, e XLVI, da Constituição Federal.

4.1.2 Princípio da legalidade (reserva legal)

Segundo Luisi, a doutrina contemporânea desdobra o princípio da legalidade em três postulados: um quanto às fontes das normas penais incriminadoras (reserva legal), outro concernente à enunciação dessas normas (determinação taxativa) e um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo (irretroatividade)⁴⁷. Para fins deste trabalho, considerar-se-á apenas o primeiro.

O princípio da reserva legal enuncia a premissa de que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, ou seja, nenhum fato pode ser tipificado como crime e nenhuma sanção criminal aplicada se não houver previsão legislativa expressa antes da ocorrência desse fato.

Está previsto expressamente no texto constitucional (art. 5º, XXXIX) e possui a clara função de evitar o arbítrio do poder estatal de punir, garantindo com isso maior liberdade pessoal do cidadão.

⁴⁷ LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 17.

Importante ressaltar neste ponto que este princípio esteve previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a nossa primeira Constituição, de 1824 (art. 179, XII), mantendo-se nos textos constitucionais subsequentes, até o atual.

4.1.3 Princípio da lesividade

Segundo este princípio, é indispensável a comprovação de lesão ao bem jurídico para que haja tutela do direito penal.

Para Nilo Batista, o princípio da lesividade comporta quatro funções: (a) proibição de conduta interna, no sentido de que ideias, convicções e afins não podem constituir fundamento de um tipo penal; (b) proibição de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, consagrando a máxima de que não podem ser punidos os atos preparatórios; (c) proibição da incriminação de simples estados e condições existenciais, exigindo-se a punição do fazer e não do ser; e (d) proibição de incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁴⁸

Conforme a lição do italiano Francesco Palazzo, o princípio da lesividade, pelo qual o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo ao bem jurídico tutelado, responde a uma clara exigência de delimitação do direito penal em dois níveis: legislativo e jurisdicional:

⁴⁸ BATISTA Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 96-97.

A nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatos *indiferentes* e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e do interesses sociais, já foram consagrados como *inofensivos*. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do *princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.⁴⁹

O princípio da lesividade no ordenamento jurídico brasileiro é um princípio implícito da nossa Constituição Federal, mas pode-se dizer que ele encontra fundamento na legislação ordinária, mais precisamente nos artigos 13 e 17 do Código Penal.

O artigo 13 prevê que não há crime sem resultado, entendendo-se como resultado não o naturalístico, já que esse não pode ser verificado nos crimes formais e de mera conduta, mas sim o jurídico. O resultado jurídico deve estar presente em todos os crimes e corresponde exatamente à lesão a bens jurídicos.

A fundamentação também está presente no artigo 17 do Código Penal, que dispõe sobre a tentativa impunível, uma vez que se não existe nenhuma afetação ao bem jurídico, não se caracteriza o crime.

⁴⁹ PALAZZO, Francesco Carlo, *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*, cit., p. 80.

Nelson Hungria, manifestando-se sobre a tentativa, afirma que não se concebe o crime sem que haja uma atuação voluntária, acarretando, pelo menos, uma situação de perigo, uma probabilidade de dano a um bem jurídico penalmente protegido.⁵⁰

Diante da importância do princípio e seu envolvimento direto com o tema, ele será abordado novamente em outro item.

4.1.4 Princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou *ultima ratio*

Atribui-se, neste trabalho, equivalência entre intervenção mínima, subsidiariedade e *ultima ratio*, muitas vezes tratados separadamente ou como subprincípios um do outro.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deve intervir na esfera da liberdade individual do cidadão (na imposição de pena) quando os demais ramos do direito não foram suficientes para proteção adequada e suficiente dos bens jurídicos protegidos. Atesta que o direito penal só deve atuar na proteção de bens imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, sendo considerado, assim, como *ultima ratio*.

⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2, p. 75.

Em outras palavras: tendo em vista que a pena atua diretamente na esfera da liberdade individual do cidadão, revelando a intervenção mais grave do Estado na vida do indivíduo, só lhe é lícito intervir quando outros meios menos gravosos não foram capazes de proteger os bens indispensáveis à convivência social pacífica.

A tese de que o direito penal deve assegurar a coexistência livre e pacífica da sociedade tem suas raízes no iluminismo, na medida que os cidadãos transferem ao Estado, por meio do acordo decorrente do contrato social, as medidas necessárias à garantia de sua boa convivência, condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter essa finalidade através de outros meios menos gravosos.⁵¹

Nas palavras de Luiz Regis Prado, “aparece ele como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito”.⁵²

Segundo a doutrina, a origem mais próxima e expressa do princípio remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, em seu artigo 8º, determina que “a lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias*”. Para Luisi, ainda por este princípio, desde seu surgimento, “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma não constitui meio necessário para

⁵¹ ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 33.

⁵² PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 68.

a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta.”⁵³

É também um princípio implícito, uma vez que, como dito, não encontra previsão expressa no texto constitucional. Ele pode ser inferido de outros princípios constitucionais decorrentes de um Estado Democrático de Direito e possui a mesma função limitadora do poder punitivo do Estado.

4.1.5 Princípio da fragmentariedade

Alguns autores consideram este princípio, ao lado do da subsidiariedade, subprincípios do tratado no tópico anterior⁵⁴. Entretanto, parece merecer uma referência expressa e separada, não obstante a íntima relação com a intervenção mínima.

Dizer que o direito penal possui um caráter fragmentário significa afirmar que a tutela penal só se justifica quando a agressão ao bem jurídico for socialmente intolerável, ou seja, possui uma função seletiva de proteção aos bens jurídicos. Nas palavras literais de Luiz Regis Prado, “a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. (...) Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.⁵⁵

⁵³ LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 39.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 69.

Na concepção da doutrina majoritária, foi Binding o primeiro a perceber, em 1896, o caráter fragmentário do direito penal, ao afirmar que o esse ramo do direito não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser esse o meio indispensável de tutela jurídica.⁵⁶

Diz-se, resumidamente, que nem todas as ações que lesionam bens jurídicos nem todos os bens jurídicos são protegidos pelo direito penal, que se limita a punir ações mais graves e perigosas praticadas contra bens jurídicos mais importantes.

Muñoz Conde propõe uma tríplice forma de aparição do princípio nas atuais legislações penais: a primeira, ao defender o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade (exigindo determinadas intenções e tendências e excluindo a punibilidade da comissão imprudente em alguns casos); a segunda, ao tipificar apenas uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico; a terceira, ao deixar sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais.⁵⁷

Assim como os princípios anteriores, também não está previsto expressamente na Constituição Federal, mas dela se pode inferir, levando-se em conta os postulados do Estado Democrático de Direito.

⁵⁶ LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 40

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 80.

4.1.6 Princípio da humanidade

A origem deste princípio remonta ao iluminismo dos séculos XVII e XVIII, que advogava a ideia de direitos e liberdades individuais como inerentes à condição humana, limitando a atividade do Estado a leis certas e prévias.

Este princípio exige que o condenado seja tratado como pessoa humana, vedando a imposição de penas de morte, cruéis ou degradantes.

Além da sua previsão constitucional desde a Declaração dos Direitos do Homem, a Constituição da Filadélfia de 1787, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis, a Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou este princípio em diversos dispositivos.

Assim, no entender de Luiz Luisi⁵⁸, este princípio foi consagrado nos incisos XLIX e XLV⁵⁹, mas principalmente no inciso XLVII, todos do artigo 5º: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.”

Há ainda outros princípios, tais como os da pessoalidade, proporcionalidade e da individualização da pena, todos possuindo a mesma função orientadora e limitadora do poder punitivo do Estado, principalmente levados em conta no momento de criminalizar condutas.

⁵⁸ LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, cit., p. 48.

⁵⁹ “Artigo 5º - (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...).”

5 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O aspecto deste tema que mais padece de controvérsia doutrinária é o seu conceito, havendo concordância apenas na alegação de que não existe um conceito material preciso.

Não obstante a premissa quase unânime de que o crime necessariamente lesa ou ameaça lesar bens jurídicos, alguns entendem que eles seriam valores culturais, outros valores ético-culturais, bens vitais, interesses, entre outras definições, como será demonstrado a seguir.

Conforme visto no tópico dedicado à evolução histórica, o conceito de bem jurídico caminhou desde uma concepção de direito subjetivo violado (Feuerbach), transformando-se em bem radicado no mundo da realidade (Birnbaum), chegando até aquilo que fosse eleito e protegido pela norma (concepção positivista), pouco se concluindo definitivamente na procura de um conceito único adequado.

Não se pode desconsiderar neste ponto a importância da orientação de von Liszt⁶⁰, bem como a concepção posterior neokantiana, na medida que a primeira, refutando as correntes exclusivamente positivistas, reconheceu que o interesse a ser

⁶⁰ Como visto, para Franz von Liszt, o bem jurídico é definido como o interesse juridicamente protegido (*Tratado de direito penal alemão*, cit., v. 1, p. 93).

protegido decorria da vida (dado social preexistente), e não da norma, e a segunda, por ter atribuído uma nova função ao bem jurídico (teleológica-metodológica).⁶¹

Juarez Tavares, aglutinando alguns posicionamentos de acordo com o momento histórico, propõe a classificação de quatro vertentes conceituais: positivista, neokantiana, ontológica e funcionalista.⁶²

Neste tópico, serão colocadas várias definições de diferentes e renomados juristas, a fim de se perquirir se é possível a existência de uma definição do conceito material de bem jurídico. Importante ressaltar que os conceitos normalmente variaram de acordo com as filosofias ou posicionamentos adotados, além da época em que estiveram inseridos.

Hans Welzel, o primeiro representante do finalismo penal, partindo da premissa do bem jurídico como mínimo ético, considerou-o como valor ético-social possuidor de sentido positivo, ou seja, um “bem vital da comunidade ou do indivíduo,

⁶¹ Ao contrário de von Liszt, a doutrina costuma diferenciar bem de interesse, definindo este último como a valoração, por parte do sujeito, da aptidão da coisa, para satisfazer a uma necessidade, revelando um aspecto subjetivo do bem. Bem é o objeto do interesse e é ele que se tutela (Nelson Hungria, René Ariel Dotti, Heleno Cláudio Fragoso e Eugenio Raúl Zaffaroni). Miguel Polaino Navarrete chega a afirmar que a noção de interesse não se identifica com o conceito de bem e menos ainda com o de bem jurídico, já que o interesse não reflete a condição ou propriedade da utilidade de um objeto para satisfação da necessidade humana: “*El interes es simple expoente de una singular situación subjetivo-objetiva: la que media entre una persona y un bien, y que possibilita a aquélla ya el dominio y ala expectativa de disponibilidad sobre este. (...) Nunca el interés puede ser confundido, lógica ni jurídicamente, com el objeto sobre o que recae. El concepto de interes es necesariamente um cocepto de referencia que presupone la existencia de bien jurídico (...).* (Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito, cit., t. 2, v. 1, p. 558).

⁶² TAVARES, Juarez, *Teoría do injusto penal*, cit., p. 181. A subdivisão feita pelo autor equivale à ordem cronológica do conceito de bem jurídico estudada no Capítulo 3.

que por sua significação social é protegido juridicamente.” Afirmou também que bem jurídico é “todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”.⁶³

Na concepção de Jescheck, são os “bens indispensáveis para a convivência humana em comunidade, devendo ser protegidos, conseqüentemente, pelo poder de coação do Estado através da pena pública”.⁶⁴

Francisco Muñoz Conde, por sua vez, aduz que “bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”.⁶⁵

Em amplo e profundo estudo sobre o tema, Miguel Polaino Navarrete preleciona que bem jurídico é:

(...) todo bem ou valor, de titularidade pessoal ou coletiva, normativamente avaliado e estimado como digno, merecedor e necessitado da máxima proteção jurídica, representada pela cominação penal, que corresponde impor ao comportamento lesivo do bem jurídico, de conformidade com a concreta descrição típica.⁶⁶

⁶³ WEZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 5.

⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte geral*. Tradução de José Luis Manzanares Samiego. Granada: Comares, 1993. p. 6.

⁶⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002. p. 59.

⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 603.

Luiz Régis Prado apresenta o conceito oferecido pelo funcionalista Rudolphi, no sentido de que os bens jurídicos são conjuntos funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade, na sua forma concreta de organização.⁶⁷

Também funcionalista, Günther Jakobs assevera:

Um bem é uma situação ou fato valorado positivamente. O conceito de situação se entende, neste contexto, em sentido amplo, compreendendo não só objetos (corporais e outros), mas também estados e processos. Um bem chega a ser bem jurídico pelo fato de gozar de proteção jurídica.

E resume: “O bem jurídico há de entender-se então como sentido e finalidade das proposições jurídicas singulares ou como abreviatura da ideia de fim.”⁶⁸

Giuseppe Bettiol afirma que bem jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”.⁶⁹

Claus Roxin, consoante sua concepção constitucionalista, define os bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 46.

⁶⁸ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Traducción de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.p. 50.

⁶⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970. v. 1, p. 324.

sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.⁷⁰

Eugenio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierangeli aduzem que “bem jurídico penalmente tutelado é 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”.⁷¹

Com a costumeira e acertada precisão, Nelson Hungria aponta que “bem é tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade da existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do homem em estado de sociedade)”.⁷²

Aníbal Bruno entende bem jurídico como:

(...) tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse sentido, é tutelado pelo Direito. São interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes elevam à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores da tutela do Direito, ou, em particular, da tutela mais severa do Direito Penal. Interesses de valor permanente, como a vida, a liberdade, a honra;

⁷⁰ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p. 18. E ainda: “(...) *son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.*” (ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., v. 1, p. 56).

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006. v. 1, p. 397.

⁷² HUNGRIA, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 1, t. 2, p. 10.

ou variável, segundo a estrutura da sociedade ou as concepções de vida de determinado momento.⁷³

Heleno Cláudio Fragoso bem define que:

(...) é o bem humano ou da vida que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma *realidade* contemplada pelo direito. Bem jurídico é um *bem* protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.⁷⁴

Magalhães Noronha fala em bens-interesses, “entendendo-se como *bem* o que satisfaz às necessidades da existência do indivíduo na vida em sociedade, e como *interesse* a representação psicológica desse bem, a sua estima”.⁷⁵

Luiz Regis Prado entende que bem jurídico “é um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”.⁷⁶

⁷³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1. p. 5-6.

⁷⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 330.

⁷⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 97.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 274.

Para Francisco de Assis Toledo, 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”.⁷⁷

Cezar Roberto Bitencourt conceitua bem jurídico como “como todo o valor da vida humana protegido pelo Direito”.⁷⁸

Juarez Tavares, negando a equivalência de bem jurídico com interesse, estado social e relação sistêmica, e clamando por uma visão crítica, preleciona que bem jurídico é um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.⁷⁹

Poder-se-ia condensar todas as posições acima, afirmando-se que bens jurídicos são valores que a sociedade elege como fundamentais para sua coexistência pacífica protegidos pelo direito.

Apesar dessa diversidade de tentativas de conceituação, outra parte da doutrina entende que o correto não seria a busca – já que impossível, diante das constantes modificações sociais e culturais – de um conceito material positivo, mas sim a eleição de critérios negativos de deslegitimação. Em outras palavras,

⁷⁷ TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos do direito penal*, cit., p. 16.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 202.

⁷⁹ TAVARES, Juarez, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 198.

impossível a busca por um critério positivo, que indicasse, como *numerus clausus*, os bens jurídicos merecedores de tutela.

Assim, pode-se afirmar que não devem receber proteção penal, por exemplo, as questões que contrariem tão somente a moral ou a ética, os sentimentos religiosos ou ideológicos e valores culturais.

Nesse sentido é a opinião de Claus Roxin, ao afirmar que a proteção de normas morais, religiosas ou ideológicas cuja vulneração não tenha repercussões sociais não pertence, em absoluto, aos postulados do Estado Democrático de Direito, que deve proteger as concepções discrepantes das maiorias.⁸⁰

O mesmo autor, ainda sobre condutas imorais ou reprováveis eticamente, atesta: “A imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados.”⁸¹

Acrescente-se, neste passo, que a vedação do direito penal tutelar ações imorais, antiéticas ou religiosas foi uma evolução que ocorreu ao longo da história, uma vez que as Ordenações portuguesas do Reino, mais especificamente as Filipinas, que vigoraram no Brasil por muito tempo, puniam expressamente condutas que violavam a ética e a religião. O mesmo ocorreu com a nossa primeira legislação penal, o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830.

⁸⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., v. 1, p. 63.

⁸¹ ROXIN, Claus, *Estudios de derecho penal*, cit., p. 37.

Exemplos⁸² dessas punições são facilmente encontrados nessas legislações. Assim é que as Ordenações Filipinas dedicaram títulos exclusivos à punição dos hereges, feiticeiros e alcoviteiros:

Qualquer pessoa, assi homem, como mulher, que alcovitar mulher casada, ou consentir que em sua caza faça maldade de seu corpo, morra por ello, e perca todos os seus bens. (Título XXXII)

O mesmo se pode dizer do Código Criminal do Império, conforme se verifica da Parte IV (Dos Crimes Policiaes), Capítulo I (Offensa da religião, da moral e bons costumes):

Artigo 276 - Celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma fôrma exterior de templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião que não seja a do Estado.

As legislações posteriores dos países mantiveram em seus ordenamentos tipos penais dessas espécies, os tendo abolido apenas em períodos recentes, como ocorreu a partir de 1969, na Alemanha, com os delitos sexuais (era severamente punido o homossexualismo entre adultos) e, bem recentemente, por exemplo, com o adultério, no Brasil, em 2005.

Em relação à proteção de valores morais ou ideologias, correto afirmar-se que o direito penal não pode ter uma função eminentemente simbólica. Sem olvidar a prevenção geral positiva, capaz de reforçar a intenção da população de não cometer

⁸² PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 118 e 266.

crimes, não se pode permitir a intervenção penal somente para servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos, através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas, sem qualquer efeito protetivo concreto para a convivência pacífica.

O exemplo fornecido pela doutrina alemã⁸³ é o tipo da incitação contra um povo (§ 130 do Código Penal alemão). A alínea I prevê a punição da perturbação da paz pública, da incitação ao ódio ou atos de violência; arbítrio contra partes da população ou atacar a dignidade dos outros. Apesar do conceito vago de paz pública, as críticas recaem exclusivamente na alínea III, que pune com privação de liberdade de até cinco anos aquele que, além de perturbar a paz pública, faça apologia, negue a ocorrência ou caráter lesivo de um fato de genocídio cometido sob o domínio do nacional-socialismo. Fala-se da punibilidade da “mentira de Auschwitz”.

Segundo Roxin, por mais abjeta e reprovável que seja a mentirosa negação da ocorrência ou do caráter lesivo dos assassinatos nazistas, não há legitimidade na cominação penal, não só porque já há punição na primeira alínea, mas também porque a negação de um fato histórico e legítimo não tem força para prejudicar a convivência pacífica das pessoas. Trata-se de lei preponderantemente simbólica, não aceita pelo direito penal.⁸⁴

Apesar de nem todos os valores previstos na Constituição serem considerados bem jurídicos dignos de tutela penal, a Lei Maior de cada Estado deve

⁸³ ROXIN, Claus, *Estudos de direito penal*, cit., p. 49.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 49.

servir de marco de referência no momento de incriminação de condutas e consequente eleição dos bens jurídicos penais que reflitam os valores fundamentais da sociedade.

Justamente em virtude das constantes mudanças sociais, políticas e econômicas de um Estado, que classifica a ciência do direito como dinâmica, torna-se dificultosa a tarefa de precisar um conceito fechado de bem jurídico. Tudo indica também que a definição esteja mais vinculada a questões de política criminal do que propriamente à dogmática jurídica.⁸⁵

Há consenso, ainda, na já mencionada e indiscutível constatação de que a teoria da proteção dos bens jurídicos possui a primordial função de limitar o poder punitivo do Estado, justamente porque lhe é vedada a criminalização de condutas antiéticas, imorais ou qualquer outra que não afete gravemente um bem jurídico indispensável à convivência pacífica da sociedade.

5.1 Alguns critérios que auxiliam na delimitação do bem jurídico

Tendo em vista a inconciliável determinação de um conceito material único de bem jurídico e a necessidade de uma delimitação desses valores, própria do direito

⁸⁵ Desde a época de von Liszt, essa conclusão já era conhecida, conforme ressalta Miguel Polaino Navarrete: *“Para esta tesis, el bien jurídico es un concepto substantivo que establece limites al legislador, pero es a la vez factor político-criminal de relevante significación en el sistema penal, al representar un concepto-límite entre el Derecho penal y la Política criminal.”* (*Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 567).

penal dos Estados Democráticos de Direito (*ultima ratio*), buscam-se alguns critérios, além das exigências já mencionadas⁸⁶, que auxiliam essa delimitação.

Apesar dos critérios que serão estudados estarem separados em subitens autônomos, trata-se, tão somente, de questão didática, uma vez que todos fazem parte de um mesmo contexto: a verificação desses princípios e critérios conjuntamente é indissociável da boa e correta aplicação do direito penal.

5.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático Social de Direito

O artigo 1º da Constituição Federativa Brasileira enuncia:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a *dignidade da pessoa humana*;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (grifamos)

Da simples leitura do exposto texto constitucional, verifica-se, logo no artigo inaugural da Constituição, que o Estado brasileiro se constitui em um Estado

⁸⁶ Como já aludido: fundamento constitucional, princípios (intervenção mínima, subsidiaridade, fragmentariedade, humanidade, culpabilidade), etc.

Democrático de Direito e possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Por Estado de Direito, entende-se um Estado que transforma o indivíduo em cidadão e o coloca no centro de proteção do sistema jurídico, tutelando seus direitos e garantias fundamentais (principalmente vida e liberdade). Além disso, garante-se a pluralidade de órgãos governativos, independentes e interdependentes entre si.

Estado Democrático, na medida que os governos possuem legitimação democrática, estruturada através das eleições por sufrágio universal, ou seja, participação do povo nas decisões do Estado.

Quanto ao caráter de Estado Social, os constitucionalistas não hesitam em afirmar que uma análise sistemática do texto constitucional brasileiro permite a conclusão dessa condição, tendo em vista o grande número de dispositivos constitucionais preocupados com o bem-estar social.⁸⁷

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “segundo essa ótica, a Constituição identificou como objetivos fundamentais da República, dentre outros, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais”⁸⁸. Em outras palavras, uma característica do Estado que procura garantir e melhorar as condições materiais e espirituais da vida das pessoas.

⁸⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 93.

Nesse contexto, como visto, a República Federativa brasileira elegeu como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Esse princípio identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, e a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e os valores do espírito, como com as condições materiais de subsistência.⁸⁹

Desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da dignidade da pessoa humana foi valorizado. Ele visa não só a proteger a vida humana, mas principalmente a assegurar a existência com dignidade. Esse conjunto de valores derivado do princípio da dignidade da pessoa humana está incorporado ao patrimônio da humanidade.

O princípio fundamento deve ser observado em todos os setores do Estado Democrático e justamente em virtude de sua magnitude é que o “Estado deseja vê-lo implementado não apenas em relação às potenciais vítimas, senão que, inclusive, aos autores de delitos, uma vez que tem-no como limite até mesmo quando da imposição de sanções penais(...)”.⁹⁰

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva, ao atribuir vários significados à dignidade da pessoa humana, e nesse ponto, referindo-se à acepção de dignidade que se liga à forma de comportamento, afirma: “(...) nem mesmo um comportamento

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 38.

⁹⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 146.

indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas.”⁹¹

Além de ser uma garantia e um princípio orientador de todo o sistema político e do ordenamento jurídico, constitui um limite infranqueável do Estado, uma vez que lhe é vetado penetrar na liberdade, igualdade e fraternidade do ser humano.

Considerando-se esses postulados, bem como as características do direito penal constitucional já mencionadas (*ultima ratio*, subsidiário e fragmentário), mister se ter em vista que tanto nos mandados de criminalização, quanto na proteção de direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar presente. Proíbe-se qualquer norma infraconstitucional ou qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária a valores fundamentais, principalmente à dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, ilustrativa a lição de Luiz Regis Prado quanto à primordial referência constitucional do bem jurídico:

Tem-se, por assim dizer, a virtude de demarcar com parâmetros mais precisos a atividade do legislador penal, funcionando como limite – *relativo* –, à escolha dos bens jurídicos suscetíveis de tutela, a espécie e a medida da sanção disposta para a sua proteção. O critério indicado para isso foi, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana, reconhecido como fundamento da ordem política e da paz social.⁹²

⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 38.

⁹² PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 100.

5.1.2 Critério da relevância social e da necessidade

Não há exigência, como visto, de que o bem jurídico penal tenha obrigatoriamente *status* constitucional. Outros bens e valores que não estejam na Constituição podem ser objetos de tutela penal, desde que sejam socialmente relevantes (e compatíveis com o sistema constitucional).

Para que mereçam tutela penal, portanto, exige-se que os bem jurídicos tenham relevância social, e ainda que haja necessidade da interferência desse ramo extremo do direito como atuação imprescindível para assegurar as condições de vida do indivíduo, o seu desenvolvimento e a paz social.

Importante destacar, neste tópico, a teoria da adequação social, concebida por Welzel, que significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social.⁹³

Segundo Welzel, o direito penal tipifica somente condutas que tenham alguma relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Afirma-se, assim, que algumas condutas não são consideradas criminosas em virtude de sua adequação social.⁹⁴

⁹³ WEZEL, Hans, *Derecho penal alemán: parte general*, cit., p. 83.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 81.

Quanto à necessidade, Ferrajoli, trazendo à baila enunciados de *utilidade penal* e postulados de *nulla lex poenalis sine necessitate*, *nulla poena sine necessitate* e *nullum crimen sine necessitate*, já concebidos por Grocio, Hobbes, Bentham e Beccaria, afirma que “uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa”. E ainda, citando Hobbes e Montesquieu, “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo”.⁹⁵

Santiago Mir Puig não divergiu desse entendimento, afirmando exatamente que para que um bem jurídico possa ser considerado bem jurídico penal, são necessárias duas condicionantes: importância social e necessidade de proteção pelo direito penal, como já visto.⁹⁶

Verifica-se assim que, desde tempos longínquos, a interferência das penas do direito penal justifica-se somente, ao lado de outras exigências, se houver reconhecida *necessidade* de atuação, constituindo-se, assim, seu limite e fundamento. Ademais, bens jurídicos dignos dessa proteção são apenas aqueles possuidores de relevância social.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 372. Nas palavras de Cesare Beccaria: “Todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico.” (*Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 28).

⁹⁶ MIR PUIG, Santiago, *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, cit., p. 92. Miguel Polaino Navarrete também afirma que “*es especialmente importante que la previsión legal de protección estea justificada por la necesidad y el merecimiento de este tipo de tutela*”. (*Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 556).

5.1.3 Critério da danosidade social

Este critério está bastante atrelado ao da relevância social, uma vez que o bem jurídico deve contar com repercussão social, ou seja, que se produza, uma vez violado, danosidade social.

O critério da danosidade social está presente na construção do conceito de bem jurídico e da estrutura do conteúdo material do ilícito desde Feuerbach, como visto, e, atualmente, na teoria funcionalista, representada principalmente por Jakobs, que o aponta como fundamento para a caracterização penal da conduta.

Nas palavras de Luiz Regis Prado, pode-se dizer que “dano social – consequências negativas e indesejáveis socialmente –, na sua dimensão macrossocial, está vinculada à eventual repetição e difusão do comportamento desviante, em que pese não haver uma identificação pura e simples”.⁹⁷

A jurisprudência firmada pela alta Corte do país já incorporou o critério da danosidade da conduta em seus julgados, como asseverou o Ministro Cezar Peluso, ao concluir que a identificação do bem jurídico fundamental não basta à satisfação da proporcionalidade que deve existir entre a imposição de sanção e o fato criminoso: “É preciso mais, é necessário que a conduta seja idônea a lesar ou pôr em perigo o mesmo bem, o que se traduz, para empregar termos contemporâneos, na *danosidade da conduta*.”⁹⁸

⁹⁷ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 102.

⁹⁸ STF – HC n. 81.057/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.05.2004.

5.1.4 Princípio da ofensividade ou levisidade

A questão de ordem que se coloca é terminológica.

Há três segmentos doutrinários, no que se refere às terminologias do princípio: um que considera ofensividade, lesividade e exclusiva proteção dos bens jurídicos princípios diversos; outro, que os considera sinônimos; e um terceiro, que equipara lesividade e ofensividade, diferindo-as de exclusiva proteção de bens jurídicos.

Para fins deste trabalho, consideram-se equívocas apenas as expressões ofensividade e lesividade, uma vez que a teoria da exclusiva proteção dos bens jurídicos trata dos interesses que devem ser protegidos, enquanto a ofensividade/lesividade se ocupa das questões concretas de seu ataque e atingimento (o interesse já foi selecionado). Não há dúvida, entretanto, que ambas se interrelacionam diretamente e se complementam, inclusive podendo-se concluir que a ofensividade está inserida no campo de abrangência do princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Segundo este princípio, o fato não pode constituir ilícito se não for lesivo ao bem jurídico tutelado. Não há controle penal se a conduta ativa ou omissiva de alguém não causar qualquer lesividade, ou, em outras palavras, não se concebe a existência de um crime sem ofensa a um bem jurídico.

Conforme o estudo de Ferrajoli⁹⁹, o princípio, além de já ter sido concebido por Aristóteles e Epicuro, teve muita grande difusão no iluminismo, quando Hobbes, Locke, Beccaria, Bentham e outros anunciavam que os danos causados a terceiros justificam as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas.

Até os dias atuais, além de permanecer necessariamente presente na análise de afetação dos bens jurídicos, constitui inquestionável limite ao *ius puniendi* estatal.

Cezar Roberto Bitencourt chega a afirmar que todos os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, tendo em vista que, no âmbito do direito penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real ou concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.¹⁰⁰

Não obstante não se tratar de princípio constitucional explícito, indiscutível sua natureza implícita na ordem social e democrática de direito.

Ilustra-se essa assertiva com a lição de Luiz Flávio Gomes:

Se é certo que o princípio da ofensividade em sua máxima expressão garantista e material (...), até o momento, ainda não encontrou a ressonância efetiva e devida em todas as incriminações existentes no sistema jurídico (e tampouco conta com reconhecimento explícito nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais), não parece incorreto afirmar que, como princípio de garantia, com claro sentido político e limitador, reúne força suficiente inclusive para constituir um “ponto de ruptura” no *circulus vitiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está obrigado a

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 373.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 22.

“sacrificar” a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância (pessoal) indiscutível.¹⁰¹

Correto afirmar-se ainda que o postulado deve estar presente no plano legislativo, impedindo o legislador de tipificar valores já consagrados como indiferentes ou inofensivos, bem como no campo jurisdicional, considerado na análise judicial de existência de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado (por vezes até afastando e excluindo a tipicidade).

Nesse sentido, o princípio da ofensividade exerce dupla função no direito penal: político-criminal, diante do caráter preventivo-informativo no momento que antecede a elaboração da norma, e interpretativa-dogmática, no momento da aplicação da norma em concreto, sendo ambas as funções complementares.¹⁰²

Este princípio, tido como corolário do princípio da proporcionalidade, já foi absorvido pelos Tribunais Superiores, conforme se verifica do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluzo, no acórdão já mencionado e, ao lado do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, compõe o arcabouço que sustenta o atual direito penal:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é uma concreção do princípio da necessidade e, por isso, se deriva do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (...). Ao ser a função do Direito penal a proteção de bens jurídicos (penais), tão só será necessário e proporcional quando exista um bem jurídico (penal) a proteger frente a comportamentos que o coloquem em perigo ou que o lesionem.¹⁰³

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio (Coord.), *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, cit., v. 1, p. 465.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 22.

¹⁰³ STF – RHC 81.057/SP, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.05.2004.

6 FUNÇÕES DO BEM JURÍDICO

A função de limitar o *ius puniendi* estatal, considerada a *função* de garantia, significa, conforme verificado, que só haverá tipificação penal de condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo bens jurídicos. Essa função, de caráter político-criminal, claramente se mostra a mais relevante, mas há outras identificadas pela doutrina penal.

6.1 Função teleológica, interpretativa ou exegética

Só é possível interpretar determinada norma penal conhecendo-se e levando-se em conta o bem jurídico por ela protegido. Em outras palavras, é inegável que o bem jurídico, como elemento central do preceito, constitui importante instrumento de interpretação da norma jurídico-penal.

Wilson Donizeti Liberati, apoiado na lição de Mir Puig, afirma que essa função faz com que o bem jurídico seja o motivo e fundamento do tipo penal que, através de sua análise, indica a norma punitiva concreta, dirigida em sua *ultima ratio* a proteger a sociedade.¹⁰⁴

Para Polaino Navarrete, a função exegética do bem jurídico se concretiza no caracterizar e delimitar o alcance e sentido do atuar penalmente sancionado. Explica

¹⁰⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LIBERATI, Wilson Donizeti; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Orgs.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 175.

ainda o autor que a relevância exegética do bem jurídico transcende o plano da interpretação das normas jurídicas e se aloja no âmbito da consideração das exigências político-criminais. E arremata: “Verificar a exegese do bem jurídico não é (só) interpretá-lo: é mergulhar, no plano da política criminal, nas exigências que determinam sua tutela.”¹⁰⁵

A concepção trazida por esta função pode acarretar a confusão que se faz entre bem jurídico e *ratio legis*, entretanto, como se verá no próximo capítulo, os conceitos são distintos.

6.2 Função sistemática

A função sistemática refere-se ao critério que orienta a classificação dos tipos penais na Parte Especial do Código Penal. Trata-se, para parte da doutrina, de uma técnica de organização sistemática, que facilita a estruturação do sistema punitivo.¹⁰⁶

Polaino Navarrete afirma nesse contexto que o bem jurídico condiciona o sistema jurídico penal. Ensina ele que a função sistemática se manifesta realmente na classificação dos tipos de delito da Parte Especial do Código Penal, mas a tarefa não é fácil, uma vez que a classificação se apoia na variedade e amplitude de

¹⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 609.

¹⁰⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti, *Bem jurídico-penal e constituição*, cit., p. 174.

comportamentos puníveis, assim como na pluralidade dos critérios do respectivo enquadramento.¹⁰⁷

Segundo esse critério de classificação, conforme ensina Muñoz Conde, distingue-se entre bens jurídicos individuais (vida, liberdade, honra) e comunitários (saúde pública, seguridade do Estado, ordem pública). Entretanto, essa distinção não possui valor absoluto, já que para o indivíduo é importante que se respeitem tanto os bens jurídicos que o afetem diretamente, como os que afetam a ordem social em que o indivíduo tem que viver e se realizar.¹⁰⁸

De todo modo, trata-se de importante critério para classificação e agrupamento de crimes no mesmo capítulo.

6.3 Função individualizadora ou de critério de medição de pena

Como o próprio nome já diz, o grau de ataque ao bem jurídico protegido é levado em conta no momento da fixação da pena.

Para Mir Puig:

¹⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 607-608. Acrescenta o autor que os critérios de classificação típica podem ser vários (não obstante o do bem jurídico ser o mais relevante): gravidade das infrações, motivações determinantes da conduta delitativa, meios comissivos do delito, objeto material ou sua ausência (delito de resultado material e de mera atividade), formas de ação (ação ativa ou omissiva), peculiaridades do sujeito ativo ou da ação típica, entre outros (Ibidem, p. 608-609).

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 264.

A maior ou menor gravidade da lesão do bem jurídico, ou a maior ou menor periculosidade do seu ataque, influem decisivamente na gravidade do fato. Dentro da margem de arbítrio judicial que a lei concede, isso pode servir de base à concreta determinação da pena (especialmente quando não haja circunstâncias agravantes nem atenuantes ou existam ambas ao mesmo tempo, hipótese na qual o art. 66, I, do CP permite ao Juiz ou ao Tribunal impor a pena “na medida adequada às circunstâncias pessoais e a maior ou menor gravidade do fato”).¹⁰⁹

Assim, correto afirmar que a sanção deve ser aplicada proporcionalmente ao ilícito cometido, cominando-se o mínimo quando o caso demonstrar menor lesividade ao bem jurídico, ou o máximo quando o afetar mais gravemente, além da análise das outras circunstâncias de aplicação da pena contidas no artigo 59 do Código Penal.

Sob outro ângulo, Muñoz Conde assevera que a intervenção do direito penal na proteção dos bens jurídicos depende de um critério de merecimento de pena, ou seja, do juízo de se um comportamento concreto que afeta um determinado bem jurídico deve, pela gravidade do ataque, pela própria importância do bem jurídico, etc., ser sancionado penalmente.¹¹⁰

6.4 Função crítica

De acordo com a doutrina que admite esta função, significa que a indicação dos bens jurídicos protegidos feita pelo legislador permite conclusões quanto à sua finalidade no momento da produção da norma.

¹⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*, cit., p. 141.

¹¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*, cit., p. 80.

Para Muñoz Conde, essa função não deve se limitar somente aos bens jurídicos protegidos pelo legislador, mas também ao modo de protegê-los, para desembocar finalmente em uma função político-criminal.¹¹¹

Já na lição de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, esta função determina o que o legislador estima que deva ser protegido pelo direito penal e exige uma interação com a função hermenêutica para possibilitar o exame correto do conteúdo da norma incriminadora.¹¹²

O trabalho de Wilson Donizeti Liberati bem ilustra outras funções classificadas pela doutrina, tais como dogmática e humanizadora, que corretamente assevera que todas as funções atribuídas ao bem jurídico buscam fixar o elemento limitador da atividade do legislador ou da intervenção estatal.¹¹³

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 60.

¹¹² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Críterios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 383-387.

¹¹³ LIBERATI, Wilson Donizeti, *Bem jurídico-penal e constituição*, cit., p. 175.

7 DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS: BEM JURÍDICO, OBJETO DO DELITO E *RATIO LEGIS*

Os conceitos de bem jurídico, objeto do delito (ou da ação) e *ratio legis* são inconfundíveis, apesar de, em certas situações, poder aparentar alguma semelhança.

O bem jurídico corresponde à soma de um bem existencial útil ou necessário ao ser humano e o respectivo interesse sobre esse bem protegido pelo direito. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes: “*Bem jurídico*, por conseguinte, é o reconhecimento pelo Direito desse interesse do ser humano por um bem existencial. (...) (bem jurídico = um bem existencial útil, válido ou necessário ao ser humano + uma valoração positiva desse bem feita pelo legislador).”¹¹⁴

Para que o bem jurídico seja classificado como bem jurídico penal, conforme verificado, além dele ter dignificação essencial ao ser humano, necessária a comprovação de que outros ramos do direito não são capazes de tutelá-lo adequadamente, exigindo a intervenção subsidiária e fragmentária da medida extrema. Mister ainda que ele seja tutelado por uma norma penal, no contexto de uma relação conflitiva.

Bem jurídico corresponde a objeto jurídico ou objeto de proteção, mas não a objeto material.

¹¹⁴ GOMES, Luiz Flávio (Coord.), *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, cit., v. 1, p. 383.

Não se pode confundir, assim, o bem jurídico com o objeto material do delito (ou objeto da ação), já que este é o ente físico sobre o qual recai diretamente a conduta do sujeito.

Nas palavras de Polaino Navarrete, é a pessoa ou ente inanimado sobre o qual se realiza o movimento corporal, que é próprio da conduta típica dos delitos de resultado material.¹¹⁵

A doutrina menciona duas linhas de pensamento quanto ao objeto da conduta: a primeira, com origem em von Liszt, distingue os dois conceitos, afirmando que o objeto material pertence ao mundo biofísico, enquanto a ideia de bem jurídico ao mundo normativo. A segunda considera o aspecto normativo do objeto material: o objeto da conduta é o referido pela ação típica e o bem jurídico decorre de interpretação da norma penal.¹¹⁶

Não obstante a frequente alegação de que o bem jurídico é um conceito jurídico e o objeto material é um conceito naturalístico, valorosa a contribuição de Luiz Regis Prado, no sentido de que os dois conceitos pertencem tanto ao mundo da norma como ao da realidade, sendo que a distinção entre eles reside na diversa função exercida. São conceitos que devem se relacionar e interagir.¹¹⁷

¹¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 559.

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, cit., p. 50.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 51.

O objeto material corresponde à realidade concreta atingida pelo agente com o seu comportamento típico e o objeto real é aquele sobre o qual incide a conduta punível, que pode ser corpórea ou incorpórea. Polaino Navarrete afirma que enquanto o objeto da ação pertence substancialmente à consideração naturalista da realidade, o de bem jurídico corresponde à consideração valorativa sintética.¹¹⁸

O objeto material pode ou não coincidir com o bem jurídico, uma vez que se o crime for de mera atividade, não existe objeto da ação, enquanto não há, nesse caso, alteração da realidade fática, do mundo exterior.¹¹⁹

Claus Roxin ressalta uma aparente coincidência entre bem jurídico e objeto da ação, como, por exemplo, poderia acontecer nos delitos de homicídio. No entanto, trata-se de mera aparência, uma vez que o objeto da ação é a pessoa concreta cuja vida individual é agredida e o bem jurídico protegido é a vida humana como tal. Bem jurídico, portanto, é o bem ideal que se incorpora no concreto objeto de ataque e é lesionado só danificando os respectivos objetos individuais da ação.¹²⁰

¹¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 560.

¹¹⁹ Bons exemplos que diferenciam o bem jurídico do objeto da ação são fornecidos por Luiz Flávio Gomes: “No delito de furto, por exemplo, o objeto da ação é a coisa subtraída, o bem jurídico é a propriedade enfocada dentro de uma determinada relação social (valorada positivamente). O que importa, portanto, para o bem jurídico, é a função que desempenha a coisa em relação ao seu dono ou possuidor. (...) No homicídio o bem jurídico protegido é a vida (enquanto valorada positivamente dentro do contexto de uma relação social); o objeto material desse delito é o ente físico sobre o qual recai a conduta do agente (no caso, o corpo físico da pessoa humana atingida).” (*Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, cit., v. 1, p. 384).

¹²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., v. 1, p. 63.

O bem jurídico não se confunde também com a *ratio legis*. Segundo a lição de Heleno Claudio Fragoso, fim e objeto são categorias distintas, embora não haja escopo sem objeto. Explica o autor:

O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: o desvalor da conduta delituosa não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico. Quanto mais não fosse, bastaria isto para excluir que escopo da norma e bem jurídico possam ser a mesma coisa.¹²¹

Bem jurídico é objeto de proteção da norma, enquanto a *ratio legis* é a descrição do fim da norma. Finalidade não pode ser confundida com tutela, embora haja entendimento diverso, da doutrina que se afilia ao conceito metodológico do bem jurídico, no sentido de que os conceitos se equivalem.¹²²

O bem jurídico deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal, não sendo possível simplesmente identificá-lo com a *ratio legis*.

Ademais, o fim da norma transcende o âmbito de proteção de bens jurídicos, pois abarca outras questões, como a prevenção geral e especial, a reparação ou ressarcimento à vítima, os fins acessórios das sanções penais, questões de política criminal, de socialização, entre outras.¹²³

¹²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte geral*, cit., p. 331.

¹²² Claus Roxin cita autores alemães, como Honig, Grünhut e Schwinge. (*Estudos de direito penal*, cit., p. 37). Miguel Polaino Navarrete sustenta: “*Las teorías teleológicas del bien jurídico sostienen, como postulado fundamental, que la esencia del bien jurídico es la ratio legis: los fines de la descripción legal y no los bienes o valores que ésta tutela.*” (*Derecho penal: parte general: teoría jurídica del delito*, cit., t. 2, v. 1, p. 574).

¹²³ *Ibidem*, p. 610.

Não obstante, pode-se dizer que os dois conceitos se fundem, como já visto, na medida que o bem jurídico constitui importante elemento de interpretação da norma e vice-versa, ou seja, o escopo da norma é também relevante critério de identificação do bem jurídico. Em outras palavras, a busca, a verificação da *ratio legis* é uma forma de interpretação da norma, assim como a identificação do bem jurídico.

8 A NOVA REALIDADE DA TIPICIDADE

A clássica doutrina penal, a partir de 1906 – época em que a teoria do tipo foi inaugurada¹²⁴ –, ensina que tipicidade significa adequação do fato ao modelo previsto no tipo penal. O fato, para ser típico, deve se encaixar exatamente na moldura descrita na lei.

Essa subsunção da conduta humana à descrição da norma penal constitui o que se denomina tipicidade lógico-formal. Trata-se de um simples mecanismo de amoldar o fato à previsão legal que, não obstante os esforços de Mayer, Mezger e Welzel, continuou a representar “um juízo formal de adequação de fatos reais a modelos abstratos”.¹²⁵

¹²⁴ A doutrina afirma que a moderna concepção do tipo foi criada por Beling, em 1906. Antes disso, vigia o conceito do Tatbestand (tipo legal), que compreendia o delito na sua integralidade, com todos os seus elementos (materialidade, antijuridicidade e culpabilidade). Era o conjunto das circunstâncias que fazem seguro ou de máxima probabilidade que um delito foi cometido, correspondendo ao nosso *corpus delicti*. Beling teve o mérito de conceber a tipicidade independente da antijuridicidade e culpabilidade, dando à tipicidade uma função meramente descritiva, afastando de seu conteúdo qualquer análise valorativa. Segundo sua lição, a função do tipo é definir delitos. Adequado o fato à norma incriminadora, passa-se a um segundo momento: de análise valorativa da antijuridicidade, verificando-se presença ou não de causa excludente, como legítima defesa. O tipo apenas descreve e a norma valora. Num segundo momento, em 1915, Max Ernst Mayer atribuiu à tipicidade um indício de antijuridicidade, aduzindo que se o fato se amolda à norma incriminadora já há indício de ilicitude, que pode ser afastada ante a existência de causa de justificação. Para Mayer, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade. Inseriu também os elementos normativos do tipo, fazendo com que ele passasse a ser o resultado de juízos de valor. Em 1931, Edmund Mezger estreitou ainda mais a conexão entre tipicidade e antijuridicidade, publicando, em seu *Tratado de direito penal*, a estrutura bipartida do delito. O crime foi concebido como ação tipicamente antijurídica e culpável. Na sua concepção, a tipicidade é muito mais do que indício, constituindo a base dela, a sua *ratio essendi*. Sua teoria foi alvo de muitas críticas, uma vez que não distinguia tipicidade de antijuridicidade, sendo de Mayer a concepção que mais se adapta ao direito penal. Por fim, H. Welzel, ao inaugurar a teoria finalista da ação, incluiu no tipo a vontade humana dirigida a um fim, ou seja, dolo e culpa passando a integrar a tipicidade. Nesse sentido: JESUS, Damásio Evangelista. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16-17; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 254-257; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95, Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110-111.

¹²⁵ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, op. cit., p. 113.

Atualmente, com o fortalecimento da teoria da proteção dos bens jurídicos, não se pode olvidar que a tipicidade passou a exigir um algo a mais, ou seja, o requisito da concreta e efetiva lesão a bens jurídicos penalmente relevantes.

A tipicidade penal, portanto, passou a ser constituída pela tipicidade formal somada à tipicidade material, assim considerada como afetação ao bem jurídico penal.

A mera subsunção do fato à norma – que configura a tipicidade formal –, além de se revelar insuficiente, não se amolda à moderna tendência de reduzir a área de interferência do direito penal subsidiário, fragmentário e de *ultima ratio*.

Como afirma Luiz Flavio Gomes, “do método subsuntivo passa-se ao ponderativo. Do mero legalismo passa-se para a concepção constitucionalista”.¹²⁶

Ilustrativas, também, as palavras de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes:

O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob o aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo.¹²⁷

¹²⁶ GOMES, Luiz Flávio (Coord.), *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*, cit., v. 1, p. 468.

¹²⁷ LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro, *Princípio da insignificância no direito penal...*, cit., p. 117.

O mesmo autor, na mesma obra, propõe inclusive que sejam consideradas atípicas as condutas que não violem gravemente bens jurídicos penais protegidos, com fundamento no princípio da insignificância.

Zaffaroni¹²⁸ sugere ainda a exigência da tipicidade conglobante, como a comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pela norma, o que se obtém analisando o alcance da norma proibitiva conglobada com as demais normas da ordem normativa.

O exemplo ilustrativo fornecido pelo autor é o caso da atuação de um oficial de justiça que recebe e efetiva ordem de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de devedor executado. Neste caso, o fato é atípico, uma vez que a conduta enquadra-se nas previsões do artigo 23, III, do Código Penal (não há crime quando o agente pratica o fato em estrito cumprimento do dever legal) e não pode ser tipificado como crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal. Aduz que parte da doutrina entende que a conduta seria típica, mas não antijurídica, com o que não concorda.

Justifica o autor que não há possibilidade da existência, dentro de uma mesma ordem jurídica, de uma norma que ordene e outra que proíba, não podendo, portanto, o tipo proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Exige-se, assim, a tipicidade legal somada à tipicidade conglobante, para se chegar no resultado final da tipicidade penal. Nas suas palavras:

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 393.

(...) o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa. A *tipicidade conglobante* é um corretivo da *tipicidade legal*, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça (...).¹²⁹

De qualquer forma, ainda que não se admita a noção da tipicidade conglobante, não há dúvida que a moderna e democrática noção de tipicidade deve ser assimilada na sua concepção material, não apenas como simples subsunção do fato à norma, mas como verificação de concreta e efetiva lesão a bens jurídicos.

¹²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 394.

9 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Ao contrário do crime de dano, que exige efetiva lesão ao bem jurídico para consumação, os delitos de perigo caracterizam-se pela simples criação do perigo para o bem protegido, sem produção de dano efetivo.

Os crimes de perigo pressupõem uma ponderável ameaça ou turbação dos valores tutelados, considerando relevante probabilidade de dano, sem que ainda esses bens jurídicos tenham sofrido qualquer lesão.

Renato de Mello Jorge Silveira, em detalhado estudo sobre o tema, afirma que, desde o final do século XIX, o perigo já era alvo de estudos na seara penal. Ressaltando alguma polêmica quanto às noções de probabilidade e possibilidade de dano, aponta a existência de duas teorias explicativas que se ocuparam do assunto, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira, baseada num conceito positivista-naturalístico, entende que o perigo nada mais é do que uma representação mental, não presente no plano concreto, de uma probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo. Não possui existência real, caracterizando-se por uma expectativa subjetiva, baseada na experiência, de um evento que não se deseja. A segunda (objetiva) parte do pressuposto de que determinadas condutas têm a propriedade de ser genericamente perigosas. Esse caráter perigoso não seria decorrente de abstração, mas sim de que, atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, estaria verificada a probabilidade de lesão. Finaliza o autor, resumindo que a definição do crime de perigo resulta de uma mescla, devendo ser considerado

com cautela e subsidiariamente aos crimes de dano, já que para a sua consumação, basta um risco (efetivo ou presumido) de lesão a um bem jurídico.¹³⁰

Entre os crimes de perigo, distinguem-se duas categorias: crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Os primeiros são aqueles em que o perigo precisa ser comprovado, ou seja, exige-se demonstração da situação de risco em que se coloca o bem jurídico. A situação de perigo, nessas hipóteses, forma parte integrante do tipo, devendo ele ser verificado no caso concreto.

Já os de perigo abstrato não exigem qualquer verificação de perigo; não há necessidade de confirmação do perigo, que é presumido *iuris et de iure*. Nesse caso, a lei contenta-se com a simples prática da ação que se pressupõe perigosa, ou seja, há danosidade presumida.¹³¹

Afirma ainda a doutrina penal clássica que os crimes de perigo são subsidiários aos de dano, sendo que nessa espécie pune-se a prática de comportamento contrário, apenas formalmente, a uma lei. De qualquer forma, além

¹³⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 93.

¹³¹ Renato de Mello Jorge Silveira afirma que Binding e Antolisei desconsideravam essa categoria de delito, uma vez que nela não há constatação de material lesão ou perigo a um dado bem jurídico. Aprofunda ainda mais o estudo trazendo orientações mais recentes (a partir de 1969) de estudiosos como Horst Schröder, Marcello Gallo, Wilhelm Gallas, Francesco Angioni e Bernd Schunemann, que conseguiram avançar para a criação de um tipo intermediário entre os crimes de perigo abstrato e concreto, fazendo com o que juiz tornasse o abstrato em concreto, após verificação dos fatos, bem como numa outra classificação decorrente de diferenciações entre desvalor da ação e desvalor do resultado (crimes de mera conduta perigosa e crimes de resultado de perigo). Aduz ainda que alguns doutrinadores entendem que os crimes de perigo abstrato não teriam espaço na proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, sendo outra a condição para os supraindividuais. (*Direito penal supra-individual: interesses difusos*, cit., p. 95-96.

de não haver uniformidade quanto ao conceito, há muita polêmica sobre a sua aplicação, cujo aprofundamento foge ao escopo deste estudo.

De tudo o que já foi até aqui analisado e ressaltado, principalmente frente aos postulados do Estado Democrático de Direito, parece indiscutível que a existência dessa espécie de classificação delitiva não merece prosperar no atual ordenamento jurídico, pelo menos em relação aos bens jurídicos individuais.

Conforme aduz o princípio da ofensividade, não há crime sem ofensa a bem jurídico penal protegido, constituindo o delito de perigo abstrato, nesse aspecto, verdadeira afronta ao enunciado do *nullum crimen sine injuria*.

Ademais, a viga mestra do direito penal e da Constituição da República, o princípio da legalidade, na sua subespécie da taxatividade, resta totalmente violado, na medida que não há, nessa categoria delitiva, definição precisa e cristalina da conduta proibida.

Princípios constitucionais como o da culpabilidade, da presunção da inocência e da proporcionalidade também são infringidos, uma vez que se pune o agente sem que tenha havido qualquer ofensa efetiva a bens jurídicos protegidos.

Pode-se dizer ainda que os crimes de perigo abstrato afrontam diretamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da

Constituição, assim enunciado e na seguinte medida: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito.*”

Assim, verifica-se que os fatos que são submetidos à apreciação judicial caracterizam-se necessariamente por uma lesão efetiva a um bem ou por uma ameaça a um direito.¹³²

Apesar da constatação do aumento dessa espécie delitiva na conhecida inflação penal legislativa, decorrente da sociedade contemporânea globalizada, como se verá no item seguinte, algum passo no sentido de se expurgarem os crimes de perigo abstrato do ordenamento jurídico já foi dado.

Assim é que previa o derogado (não obstante a polêmica existente quanto à derrogação ou não do dispositivo) artigo 32 da Lei de Contravenções Penais (Dec.-Lei n. 3.668/41): “Dirigir, sem habilitação, veículo automotor na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas: (...)”

O novo artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), vigente no lugar da antiga contravenção de dirigir sem habilitação, dispõe:

Artigo 309 - Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, *gerando perigo de dano*: (...). (grifou-se)

¹³² OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista Jurídica*, São Paulo, 52, n. 325, p. 102, nov. 2004.

Constata-se, portanto, que o texto de lei derogado previa a punição da simples condução de veículo automotor sem a devida habilitação, sem necessidade de causação de qualquer lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, ou seja, bastava o ato de dirigir sem habilitação para que o delito estivesse consumado.

O atual artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, ao contrário e corrigindo a anomalia, deixou de prever a punição penal pelo simples descumprimento de norma administrativa, exigindo expressamente no corpo do texto o perigo de dano aos bens jurídicos protegidos.¹³³

Não pode o ordenamento jurídico penal admitir a permanência e o aumento expressivo dessa categoria delitiva, que certamente vai de encontro aos princípios constitucionais e penais vigentes, tendo-se em vista bens jurídicos individuais. Diferente é a situação prevista para os bens jurídicos supraindividuais.

¹³³ Esse já era o entendimento, em 1999, do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Vicente Cernicchiaro, no sentido de que a contravenção havia sido revogada: “A doutrina penal moderna repudia o denominado crime de perigo abstrato. O crime é fenômeno socialmente negativo. Daí, o resultado evidenciar dano, ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Perigo, por sua vez, entendido como probabilidade (não mera possibilidade) de dano. Cumpre, por isso, afastar o mero perigo abstrato que traduz ideia de somente em tese o objeto jurídico ser afetado.” (STJ – RHC n. 8.151/SP, 6ª Turma, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *DJU*, de 15.03.1999).

10 UM NOVO PANORAMA: BENS JURÍDICOS METAINDIVIDUAIS

A sociedade moderna, principalmente após a Revolução Industrial, passou a experimentar uma realidade bastante diferenciada da vivida até então, com novas relações conflitivas decorrentes dessa nova realidade que clamavam por proteção específica do ordenamento jurídico.

A partir do nascimento das sociedades pós-industriais, passando pelo capitalismo, novas relações socioeconômicas, avanço tecnológico e globalização, começaram a surgir novos valores e interesses a serem protegidos, que as instituições do direito penal clássico ainda não podiam prever e garantir.

Com a evolução econômica, política e social dos Estados, a proteção de bens jurídicos individuais mostrou-se insuficiente para acobertar essas situações que colocam em risco interesses e bens jurídicos da coletividade, ou seja, supraindividuais.

O reconhecimento da existência desses bens jurídicos metaindividuais demonstra ainda a impossibilidade de manutenção da antiga e tradicional classificação entre interesse público e privado, bem como interesses exclusivamente individuais e coletivos.¹³⁴

¹³⁴ Nesse sentido é a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso que, inclusive, afirma, quanto à separação entre individual e coletivo: “Interesse ‘individual’ e interesse ‘coletivo’ não podem ser considerados em termos absolutos, e sim tendo presente o caráter que neles é predominante: interesse individual é o que, precipuamente, surge e existe em função das necessidades do indivíduo (...); interesse coletivo é o que surge e existe em função de certas instâncias sociais de natureza corporativa, organizadas precipuamente para o atendimento dos interesses de massa nele aglutinados (...).” (*Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 292).

Várias questões inquietantes e problemáticas decorrentes desse novo enfoque de proteção de bens transindividuais surgiram, considerando-se a clássica doutrina penal dos bens e interesses individuais protegidos.

Uma das principais, que prontamente se colocou, foi a de se indagar se essa nova modalidade de bens constituía interesses autônomos ou se estava direta ou indiretamente ligada aos valores individuais protegidos.

Não se pretende, neste ponto, afastar a existência dessa categoria de bens, na medida que interesses coletivos inquestionavelmente existem enquanto valores pertencentes à coletividade, mas sim considerá-los ou não de forma autônoma ou dependente dos bens individuais, já que a conclusão possui reflexos diretos em várias questões ligadas à possibilidade de tutela pelo direito penal clássico.

Antes, aliás, mister ressaltar-se que, para fins deste trabalho, a terminologia empregada na menção dos bens jurídicos supraindividuais considera indistintas as expressões bens difusos, coletivos, metaindividuais e supraindividuais, entre outras. Não obstante a clara distinção trazida no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro¹³⁵, o enfoque presente neste tópico é o da proteção penal de valores não individuais.

¹³⁵ O artigo 81 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe, no parágrafo único: “São interesses ou direitos difusos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. São interesses ou direitos coletivos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”

Assim, a maior parte da doutrina penal que se ocupa do tema garante a existência de autonomia dos bens jurídicos difusos enquanto objeto de proteção penal.

Consoante o estudo de Guilherme Gouvêa de Figueiredo, o jurista alemão Klaus Tiedemann afirma que tais bens são merecedores de punição autônoma independentemente dos interesses jurídicos individuais, uma vez que eles constituem fins em si mesmos, propondo dualidade entre o direito penal clássico e o direito penal secundário. Ressalta o autor, ainda, que em Portugal, o jurista Figueiredo Dias também é adepto desse posicionamento. Trata-se da teoria dualista.¹³⁶

O mesmo autor expõe que, em sentido contrário, orientados pela noção liberal iluminista do bem jurídico, juristas como Michael Marx e Hassemer entendem que só podem ser bens do direito penal objetos que o ser humano precisa para sua livre autorrealização, sendo o indivíduo o eixo ao redor do qual a ordem jurídico-penal deve gravitar¹³⁷. Essa é a chamada concepção monista-individualista ou personalista, que baseia todo o ordenamento jurídico penal no ser humano, para avaliação do merecimento de pena.

De qualquer forma, mesmo essa vertente tradicional liberal aceita que os valores individuais do ser humano são realizáveis para além do indivíduo singular, considerando-se o social em que ele está inserido.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008. p. 128.

¹³⁷ Ibidem, mesma página.

Nesse sentido, autores como Hassemer e Silva Sánchez afirmam que os bens jurídicos supraindividuais podem ser construídos como autônomos objetos de tutela, desde que se refiram às condições de autorrealização da pessoa.¹³⁸

Parece inconteste que a nova realidade passou a conceber uma mudança de enfoque de proteção jurídica: da perspectiva individual para o coletiva, sobressaltando valores relativos a uma pluralidade de pessoas, à coletividade. De qualquer forma, ainda que os ataques a bens jurídicos difusos e coletivos, em última análise, acabem por afetar o bem individual de cada cidadão, não se pode negar a existência de uma categoria não individual.

Mesmo não se levando em conta neste trabalho as distinções trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor de interesses difusos e coletivos, importante conhecer algumas classificações concebidas por autores penalistas.

Luiz Regis Prado classifica os bens jurídicos como individuais e metaindividuais e subdivide esses últimos em institucionais (públicos ou estatais), coletivos e difusos.¹³⁹

Gianpaolo Poggio Smanio propõe divisão bastante didática do que hoje se compreende como classificação dos bens jurídicos penais:

¹³⁸ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade, cit., p. 129.

¹³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 67-68.

a) os bens jurídicos penais de natureza individual, referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos. São, portanto, bens jurídicos divisíveis em relação ao titular. Citamos, como exemplo, a vida, a integridade física, a propriedade, a honra etc.; b) os bens jurídicos penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc.; c) os bens jurídicos penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, no que referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.¹⁴⁰

Independentemente da classificação adotada, importa ressaltar que esses bens jurídicos metaindividuais devem receber uma forma adequada de tutela, quando atingidos. O ordenamento jurídico penal tradicional não dispõe de meios eficientes de tutela desses bens jurídicos.

Com o surgimento das legislações atinentes aos chamados direito ambiental e direito penal econômico, algum passo nesse sentido foi dado, como, por exemplo,

¹⁴⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Doutrina Adcoas*, v. 7, n. 20, 2. quinz. out. 2004, p. 394.

a discussão quanto à responsabilização da pessoa jurídica prevista na lei ambiental (não obstante a larga discussão quanto à sua constitucionalidade). Mas a principal possibilidade aventada é a utilização de delitos de perigo.

Como já aludido, pretende-se a maior aplicação dos crimes de perigo abstrato quando se está diante de bens jurídicos supraindividuais, o que causa grande polêmica e desconforto aos postulados do direito penal clássico.

Os bens coletivos possuem particularidades bastante diversas dos interesses individuais, tornando difícil a aplicação das regras penais tradicionais à tutela dos interesses difusos. A primeira das dificuldades encontrada é a delimitação de seu conceito. Bens como o meio ambiente ou o sistema financeiro nacional são de difícil delimitação. Além do conteúdo aberto, vago, impreciso, as formas de ataque podem ocorrer de diversas maneiras.¹⁴¹

Outras questões problemáticas que se colocam: dificuldade de comprovação da causalidade entre conduta e resultado; difícil coleta de provas; impossibilidade de

¹⁴¹ Importante ressaltar, neste ponto e mais uma vez, a utilização do direito penal simbólico. Winfried Hassemer afirma que a intervenção penal em matéria ambiental demonstra um direito penal simbólico, na medida que não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos e obedece a propósitos de pura jactância da classe política: “Esta suposta forma de garantir a proteção do ambiente, para além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver. Por outro lado, enquanto se quer fazer com que os cidadãos acreditem num direito penal do ambiente pronto para realizar milagres, espera-se também que outras preocupações, tais como o preço da gasolina, se lhes desvançam da ideia.” (A preservação do ambiente através do direito penal, Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 6, n. 22, p. 33, abr./jun. 1998).

previsão exaustiva de todas as condutas lesivas; distância temporal entre a realização da conduta e a verificação do resultado.

Diante dessas argumentações, inconcebível uma tutela adequada dos bens transindividuais nos moldes do ordenamento jurídico penal clássico, obediente aos princípios da taxatividade, da culpabilidade, da ofensividade e relação de causalidade, razão pela qual se verificou o expressivo aumento da tipificação dessas condutas em crimes de perigo, principalmente abstrato.

Assim, como se pune, nos crimes de perigo, simplesmente a realização da conduta descrita no tipo, essa seria a forma de tutela mais eficaz de proteção a esses bens metaindividuais. Ademais, nessa categoria, o dano/lesão pode não ser tão evidente, o que também justificaria a aceitação dos delitos de perigo, sob pena de várias condutas permanecerem descobertas da proteção penal, antecipando-se a tutela penal para que o bem jurídico ameaçado não sofra lesão.

De qualquer forma, ainda que se admita o crime de perigo como uma das soluções de tutela eficaz dos bens jurídicos coletivos, não se pode olvidar que se deve aceitá-lo com parcimônia e que os postulados de liberdade conquistados pelo direito penal clássico devem ser considerados em primeiro plano, principalmente o da *ultima ratio* e da intervenção mínima.

Concorde com esse posicionamento e ressaltando que os delitos de perigo necessitam de especial legitimação, Schünemann afirma que “a restrição da liberdade geral de ação especialmente intensa que decorre de crimes de perigo

abstrato deve ser ponderada cuidadosamente em face do respectivo direito fundamental dos cidadãos”.¹⁴²

Outras possibilidades de tutela foram sugeridas.

A teoria de um direito penal funcionalizado, ou seja, tendente a proteger o sistema de normas, como enunciou Jakobs, objetivando a tutela de antecipação de grandes riscos da sociedade contemporânea, além de causar hipertrofia legislativa, deve ser descartada em um Estado Democrático de Direito que concebe o direito penal antropocêntrico e garantista como *ultima ratio*.

Outra teoria proposta pela doutrina, baseada em experiências internacionais como as alemã e espanhola, propugna a fragmentação do poder punitivo do direito penal, transferindo o poder sancionador ao direito administrativo. Denomina-se direito administrativo sancionador, colocado como uma terceira via entre os direitos penal e administrativo, com características preventivas, repressoras e pedagógicas, sem necessidade de intervenção da medida extrema da seara penal.¹⁴³

Miguel Reale Junior, baseado nas ponderações do *Direito de intervenção* de Hassemer, propôs a terminologia “direito administrativo-penal”, considerando-o como a terceira via a se percorrer entre a trilha rígida do direito penal e a maior fluidez do

¹⁴² 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. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 13, n. 53, p. 32, mar./abr. 2005.p. 32.

¹⁴³ FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 277.

direito administrativo, reservando-se ao primeiro tão somente a proteção de bens individuais.¹⁴⁴

Como corretamente afirma essa teoria, se há defesa do bem jurídico fundamental, pouco importa se ela é feita através da via administrativa ou penal, tendo em vista que o que se visa a proteger, em última análise, é a sociedade, a existência social. A proposta se baseia num sistema dotado de obediência às garantias fundamentais (como contraditório, devido processo legal, fundamentação de decisões, *non bis in idem*) estendidas ao âmbito administrativo, as quais, ressalte-se, já estão previstas na Constituição. Da mesma forma, exige-se ainda respeito aos princípios da legalidade, irretroatividade maléfica, proporcionalidade, impessoalidade sancionatória, a serem observados por órgãos administrativos estruturados e capacitados.¹⁴⁵

Considerando-se a realidade brasileira, conclui-se que é patente a necessidade de nova mentalidade e novos mecanismos de tutela desses novos bens jurídicos supraindividuais decorrentes principalmente de uma sociedade pós-moderna, ainda que se socorrendo do emprego cauteloso de crimes de perigo. Entretanto, não se deve ignorar que alguns postulados clássicos do direito penal, tais como legalidade e intervenção mínima, merecem, sempre que possível, ser observados.

¹⁴⁴ REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCrim, v. 7, n. 28, p. 128, out./dez. 1999.

¹⁴⁵ FERRARI, Eduardo Reale, Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional, cit., p. 290.

A fórmula ideal hodierna é, baseando-se no princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio* do direito penal, garantir que a tutela penal esteja reservada aos ataques mais graves aos bens jurídicos tutelados, deslocando-se as questões menos reprováveis aos demais ramos do direito.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Indispensável colacionar a crítica de Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán: “Actualmente se advierte una tendencia a ampliar el ámbito de intervención de Derecho penal a la protección de bienes jurídicos universales cada vez más inaprensibles y, por eso mismo, difíciles de delimitar. (...) parece inevitable recurrir también al Derecho penal para su protección. Pero ello en ningún caso debería significar la pérdida de identidad del Derecho penal y su conversión en una soft law haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho civil o administrativo o utilizándolo simplemente como tapadera de los déficits de funcionamiento de otras ramas del Derecho. El concepto de bien jurídico concebido originariamente como límite del poder punitivo del Estado, se convierte en una legitimación de la ampliación del Derecho penal a la prevención de riesgos difícilmente identificables como bienes jurídicos”. E acertadamente conclui: “Frente a ello, sólo cabe recordar el carácter de *ultima ratio* que tiene el Derecho penal y la insuficiencia protectora y motivadora de sus instrumentos, cuando no van acompañadas por otros de carácter preventivo o reparador o estos no emplean adecuadamente.” (*Derecho penal: parte general*, cit., p. 83).

11 CRÍTICAS À ADOÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Apesar das diversas críticas que sofre a doutrina do bem jurídico, nenhuma delas foi capaz de afastar a sua aplicabilidade no ordenamento penal pátrio.

11.1 Ausência de definição

A crítica mais contundente que a teoria do bem jurídico comumente recebe decorre justamente da impossibilidade de definição unívoca do conceito material de bem jurídico.

Como já aludido no corpo deste trabalho, a dogmática penal não acordou uma definição única de bem jurídico, de modo que se pudessem identificar, através de um conceito seguro, fechado, preciso, quais seriam esses bens relevantes.

Nesse sentido, vários são os conceitos do que se entende por bem jurídico e quais deles são merecedores de tutela penal, o que acaba por dificultar a elaboração de um conceito material do delito.

Nas palavras de Claus Roxin, o conceito de bem jurídico se descreve através dos mais diversos modos, razão pela qual a teoria do bem jurídico, embora amplamente reconhecida pela doutrina moderna, padece de certa inoperabilidade.¹⁴⁷

Ademais, considerando-se que a principal função da teoria é a de limitar o poder de punir do Estado, não poderia, segundo essa crítica, esse caráter vinculativo do poder estatal repousar em um instituto cujo conceito é aberto, indefinido. Acrescente-se o contexto do Estado Democrático de Direito, obediente aos princípios e garantias fundamentais.

Essa crítica, sem embargo da sua importância e sua respeitabilidade, não pode ser capaz de afastar a exigência de observância da teoria do bem jurídico no ordenamento jurídico penal.

Como já verificado, seria impossível precisar um conceito que abarcasse todos os possíveis bens juridicamente violáveis, o que torna inviável o estabelecimento de uma relação *numerus clausus*. A existência de um “critério positivo esbarra na evidência de ser impossível antever todas as violações socialmente relevantes ou todos os valores fundamentais”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ “(...) *la misión del Derecho penal como protección de bienes jurídicos es ampliamente reconocida en la doctrina moderna. Sin embargo, no se ha ganado mucho con ello, ya que el concepto de bien jurídico, aunque no se lo reduzca a la ratio legis, se describe del modo más diverso y frecuentemente resulta bastante vaga su operatividad para la elaboración de un concepto material de delito. (...) Debido a estas divergencias, que frecuentemente son difícilmente precisables en cuanto a su alcance, el relativo consenso sobre el cometido jurídicopenal de la protección de bienes jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros.*” (ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, cit., v. 1, p. 70).

¹⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 301.

É sabido que o direito deve acompanhar as alterações de cada sociedade, garantindo a paz social e a convivência humana, através de normas protetoras de bens e interesses relevantes correspondes a cada época. A elaboração de uma listagem taxativa de bens jurídicos certamente violaria essa disposição.

Exatamente de acordo com esse entendimento, ressaltando a mutabilidade do conceito de bem jurídico, Roxin afirma que a concepção descrita é certamente de tipo normativo, mas não é estática, já que no âmbito das finalidades constitucionais, está aberta à mudança social e aos progressos do conhecimento científico.¹⁴⁹

A observância de um critério negativo de delimitação do que se deve entender por bem juridicamente tutelado¹⁵⁰, aliado aos princípios norteadores do sistema constitucional e penal, conduzem à validade da teoria da proteção dos bens jurídicos.

Combatendo o argumento de que o bem jurídico não passaria de um conceito vazio e afirmando que essa crítica parte da ideia metodologicamente errônea de que o conceito deveria ser determinado segundo uma definição classificatória de simples subsunção, Bernd Schunemann acertadamente ataca o ponto:

“(...) uma vez que este princípio se encontra alicerçado na concepção do contrato social, sob a ideia reitora da garantia da possibilidade do livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado, fornece ele uma orientação a respeito de o que pode e o que não pode o Estado

¹⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., v. 1, p. 57-58.

¹⁵⁰ Conforme aludido no Capítulo 5, não constituem objeto de tutela penal a moral, a ética, a religião, a ideologia e os valores culturais.

proteger por meio do direito penal: primeiramente, os bens de que os indivíduos necessitam para o seu livre desenvolvimento (...), e em segundo lugar os bens de que necessitam todos para uma convivência próspera (...).”¹⁵¹

Nem se ressalta, neste ponto, as alegações de que essa indefinição do conceito de bem jurídico pode se prestar à indevida e excessiva intervenção do Estado na vida do cidadão, como ocorreu nos Estados totalitários, uma vez que, nesses casos, é patente a perversão não só desse instituto do direito penal, como de vários outros do ordenamento, sempre em favor da vontade de uma minoria.¹⁵²

Não obstante o rebate a essa crítica, não há dúvida de que a busca pela elaboração de um conceito, além de representar uma garantia para o ordenamento, deve ser perseguida (não como catálogo fechado) por juristas e operadores do direito.

11.2 Aplicação para os casos de bens jurídicos metaindividuais

Outra objeção merecedora de atenção, talvez decorrente ou com alguma conexão com a primeira, é a de que a referida teoria e suas implicações dificilmente

¹⁵¹ 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, cit., p. 18.

¹⁵² Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde: “*Ahora bien, esta realidad indiscutible lleva a considerar también como ‘bien jurídico’ los intereses del grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una perversión del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto.*” (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 60).

se adaptam ao novo panorama trazido com o surgimento da necessidade de tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais.

Nesses casos, os clássicos primados do direito penal tradicional, como os princípios da taxatividade, culpabilidade, fragmentariedade, intervenção mínima, ofensividade e proteção dos bens jurídicos não poderiam ter aplicação fidedigna, tendo em vista a modernidade concebida pela nova realidade globalizada e compreendida por valores metaindividuais.

Há ainda a alegação de que, se por um lado, a proteção do bem jurídico se presta a limitar a interferência do poder punitivo estatal, por outro, contrariamente, também serviria para possibilitar a exigência de criminalização no caso de bens supraindividuais.

Também essa crítica não pode prosperar e rechaçar a teoria em lume.

Utilizando da mesma conclusão do Capítulo 10, claro está que os direitos metaindividuais devem ser concebidos com uma mentalidade moderna e diferente da visão que acolhe os bens individuais, permitindo-se até, com parcimônia, a utilização dos crimes de perigo como forma de tutela. Mas não se pode olvidar que, de qualquer modo, diante de ataques a essa modalidade de bens, certamente algum bem jurídico pertencente à coletividade será potencialmente lesionado.

11.3 Incriminações sem bem jurídico

A maior parte da doutrina não admite a existência de lei penais que não protejam bens jurídicos, como afirma, por exemplo, Muñoz Conde: “Em geral se pode dizer que as leis penais que não protegem bens jurídicos são nulas por arbitrarias ou por infringirem o princípio da intervenção mínima do direito penal (...).”¹⁵³

Entretanto, algumas incriminações, tais como crueldade contra animais e plantas, aparentemente não possuem bens jurídicos tutelados, e esse fato poderia servir ao enfraquecimento da teoria do bem jurídico.

As alegadas incriminações que não possuem bens jurídicos, como ocorre com o artigo 32 da Lei n. 9.605/98 (crueldade contra animais), não obstante haver possibilidade de entendimento de que se trata de um bem jurídico coletivo, não podem ter o condão de afastar o agasalho da teoria da proteção dos bens jurídicos.

O sistema jurídico, composto principalmente pelo ordenamento, não deve ser considerado de modo estanque e imutável. Tanto assim que as Constituições e legislações que dela decorrem normalmente acompanham o desenvolvimento e as mudanças de valores ocorridos na sociedade. Por outro lado, nesse contexto, certo é que regras existem para serem cumpridas. No entanto, exceções ocorrem e

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 81.

devem ser tratadas como tal, mas não podem ter a força de extirpar do sistema ou tornar inválida toda uma teoria.

Assim, ainda que se admita a possibilidade da existência de incriminação sem bem jurídico, isso não significa que a validade da teoria esteja comprometida. Além da viabilidade de também ser identificado um bem jurídico a ser tutelado, se a situação justifica e exige a intervenção do direito penal, estando os demais princípios limitadores da interferência estatal respeitados, não há porque criticar e dispensar teoria tão cara ao ordenamento penal. O bem jurídico é uma das condições de punição, mas há outras, que formam um conjunto.

Exemplos dessas hipóteses de ausência de bem jurídico são aventadas por Roxin, em relação à proteção de animais, plantas e embriões¹⁵⁴. Devem ser reconhecidas tão somente como exceções, e não questões que invalidem a teoria do bem jurídico.

Nas palavras de Luís Greco:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus-tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.¹⁵⁵

¹⁵⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., v. 1, p. 59.

¹⁵⁵ 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, IBCCRIM, v. 12, n. 49, p. 111, jul./ago. 2004. Informa ainda o autor haver duas outras soluções para os casos de ausência de bem jurídico: 1) declarar-se que maus-tratos contra animais não são bem jurídicos e que não podem ser objeto de tutela penal; 2) expandir o conceito de bem jurídico para compreender também o bem-estar animal. O autor, no entanto, não concorda com nenhum dos dois posicionamentos. (Ibidem, mesma página).

Aceitas como exceções, não há qualquer esvaziamento da doutrina do bem jurídico.

11.4 Críticas da doutrina alemã

As críticas levantadas pelo jurista alemão Günther Jakobs foram duas: a) a teoria do bem jurídico pode conceber o bem em relação ao seu titular, mas não demonstrar a necessidade de assegurar o bem também jurídico-penalmente, afirmando que não basta a lesão a um bem, sendo necessária a danosidade social, ou, em outras palavras, o interesse público que converte o interesse em bem jurídico; b) os bens não desfrutam de proteção absoluta, na medida que às vezes alguns deles são sacrificados para possibilitar o contato social.¹⁵⁶

Além de o próprio autor ter reconhecido que as objeções não devem afastar a teoria do bem jurídico¹⁵⁷, e ainda não obstante a sua postura funcionalista – que não condiz com a orientação deste trabalho –, não há qualquer discordância, por parte deste estudo, quanto à proposição de exigência de danosidade social, bem como na proporcionalidade empregada na valorização de bens jurídicos.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal: parte geral, fundamentos y teoria de la imputación*, cit., p. 56.

¹⁵⁷ “A pesar de estos dos defectos de partida de que adolece la doctrina del bien jurídico, no es mejor rechazar rotundamente esta doctrina y determinar siempre el delito por medio de la danosidade social del comportamiento, sin intermediación de un bien jurídico.” (JAKOBS, Günther, op. cit., p. 57).

Claus Roxin aponta as críticas feitas por alguns autores alemães, tais como Jescheck, Zipf, Amelung, Welzel e Jakobs. Jescheck e Zipf, por exemplo, atrelando o bem jurídico à Constituição, que afirmam que o princípio da proteção de bens jurídicos só se presta a uma função de modelo de papel orientador, em um contexto de política-criminal.

Assim, segundo Roxin, para Jescheck, “não é uma questão de conceito de bem jurídico, mas de política-criminal, que certamente está vinculada à escala hierárquica dos valores na Constituição, aos deveres de proteção derivados dela e ao princípio da subsidiariedade do direito penal”.¹⁵⁸

As objeções de Welzel, no sentido de que a missão do direito penal não consiste na proteção de bem jurídicos, e sim em assegurar a vigência dos valores elementares da atitude interna, são rechaçadas pelo próprio Roxin:

(...) Welzel confunde meios e fins e sua teoria em seus resultados dificilmente pode ser distinguida da teoria aqui mantida. Realmente, a estabilização das normas na consciência da comunidade pertence sem dúvida, como “prevenção geral positiva”, às tarefas do direito penal (...). Mas a criação de respeito à vida ou propriedade alheia, etc., naturalmente não se produz como fim em si mesmo, mas para evitar danos a bens jurídicos; com o que somente é meio para o fim da proteção de bens jurídicos.

Ao que parece, trata-se unicamente de ângulos diferentes, de pontos de vistas, ou do que se entende como bem jurídico e missão do direito penal. A

¹⁵⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, cit., v. 1, p. 68.

importância e validade da teoria frente ao direito penal parecem indiscutíveis e intactas.

A comprovação da relevância da teoria tem sua melhor ilustração nas bem colocadas frases do jurista alemão Bernd Schünemann:

(...) a recusa do Tribunal Constitucional em reconhecer a limitação do direito penal por meio do princípio da proteção de bens jurídicos está entre as suas mais lamentáveis falhas, que não deve ser em caso algum tomada como modelo por outros Estados de Direito democrático-liberais: primeiramente (...) o princípio se ancora na concepção básica do contrato social, que está pressuposto em toda e qualquer constituição (...). Em segundo lugar, justamente o desprezo do princípio da proteção de bens jurídicos e a utilização do direito penal para fins políticos aleatórios no Terceiro Reich deveriam evidenciar a necessidade de restrições à utilização desse instrumento. E, em terceiro lugar, numa argumentação que também se triparte, a utilização do instrumento “direito penal” deveria pressupor um salto qualitativo em sua urgência e legitimação material se comparada a outras “meras” limitações a direitos fundamentais (...).

(...)

Postas as coisas desta maneira, torna-se difícil afastar a visão de que o Tribunal Constitucional, como qualquer outra Corte Constitucional de um Estado de Direito democrático-liberal, teria recebido a teoria do bem jurídico das mãos da Lei Fundamental numa bandeja de prata, como outrora Salomé a cabeça de João Batista, cuja recusa porém implica uma negação dos fundamentos do Estado de Direito democrático-liberal.¹⁵⁹

¹⁵⁹ 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, cit., p. 15-16.

12 CONCLUSÃO

O que se pretendeu demonstrar com a elaboração deste trabalho é que a teoria da proteção dos bens jurídicos, não obstante as críticas mencionadas, deve ter observância e aplicação obrigatória no ordenamento penal pátrio.

O direito penal brasileiro, assim também como o sistema penal de outros países, necessita obrigatoriamente repousar seu fundamento na proteção subsidiária e de *ultima ratio* desses bens eleitos pela sociedade como os mais relevantes para sua convivência pacífica.

Certo também, por outro lado, que a proteção dos bens jurídicos não é fundamento único e exclusivo do direito penal e tampouco para a elaboração do conceito material de crime, já que, como visto, há tantos outros institutos e princípios de observância necessária, tais como culpabilidade, tipicidade, princípios constitucionais e constitucionais penais.

A teoria da proteção dos bens jurídicos possui importância indiscutível e os ataques à sua aplicação não são suficientemente seguros e fortes para desqualificá-la.

A crítica mais contundente que recebe a teoria, como verificado, é a ausência de um conceito material da noção de bem jurídico, que faz com que alguns autores desconsiderem sua validade. Entretanto, a objeção não pode ter o condão de afastá-

la do ordenamento, já que a definição de bem jurídico deve ser compreendida, ao menos, em uma acepção político-criminal.

Nesse contexto, a vinculação com o conceito material é evidente, já que a definição de quais as condutas que o legislador pretende punir está diretamente atrelada à questão do bem jurídico.

De qualquer forma, não se pode considerar tão somente essa função axiológica do bem jurídico, simplesmente pela importância desse seu significado de valor fundamental, mas mister reafirmar a relevância da sua função garantia, que impõe ao legislador um limite à atividade criminalizadora, na medida que só lhe é lícito tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo bem jurídicos.

Essa função limitadora certamente há de prevalecer, e inclusive tornar-se primordial, em face do reverso da moeda também oferecido pelo bem jurídico, de possibilitar quaisquer tipos de incriminação de acordo com vontades políticas ilegítimas de uma minoria.

O argumento do conceito aberto e vago, principalmente para validar a existência de bens jurídicos supraindividuais, não pode servir para propósitos diversos dos esperados pelos postulados de um Estado Democrático de Direito, que se utiliza do direito penal apenas em casos em que a gravidade da conduta e da lesão ao bem jurídico exija a sua intervenção.

Conforme afirmado, o convincente rebate à crítica de ausência de conceito material também não significa que a doutrina e jurisprudência não devam perseguir esse objetivo, cujo resultado em nada prejudicará a sua utilização; ao contrário, apenas garantirá mais força e legitimidade, sem esquecer que, diante da dificuldade de tal empreitada, utilizando-se dos critérios e parâmetros que orientam o direito penal (princípios, principalmente da ofensividade, relevância social e necessidade) – ao lado da teoria do bem jurídico –, demonstra-se perfeitamente possível aplicá-la independentemente de se construir uma definição.

Essa ausência também não impede que a doutrina e a jurisprudência admitam expressamente a vigência do princípio, como já ocorreu com alguns penalistas estrangeiros e nacionais, bem como pelos tribunais.¹⁶⁰

O apoio constitucional, também utilizado como critério norteador de qualquer ordenamento jurídico, empresta total validade à doutrina do bem jurídico. Não por dizer que todos os bens jurídicos protegidos devem necessariamente estar previstos na Constituição, mas porque a carta suprema de cada Estado certamente oferece todos os postulados e orientações vigentes em uma sociedade. Isso significa que, além de prever todos os princípios e diretrizes para qualquer incriminalização, os valores mais relevantes dos cidadãos estão contidos na Constituição, dali podendo se extrair os verdadeiros bens jurídicos.

¹⁶⁰ Nesse sentido, como visto, Luiz Régis Prado, Luiz Flavio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt, Claus Roxin, Polaino Navarrete, entre outros. As jurisprudências colacionadas ao longo do trabalho também comprovam a afirmação.

Nem se poderia alegar que as Constituições deveriam conter um catálogo fechado dos bens jurídicos dignos de proteção, que permitisse ao intérprete e ao legislador infraconstitucional simplesmente confrontar. Os valores relevantes pertencentes a uma comunidade são dinâmicos e mutáveis, de acordo com suas culturas e momentos históricos, razão pela qual a ideia de um conceito fechado de bem jurídico tutelável se mostra inadequada.

Os bens jurídicos extraídos das disposições constitucionais, quando atacados mais gravemente e de forma que os demais ramos do direito não sejam suficientes para protegê-los, devem receber tutela do direito penal.

Reafirma-se, neste ponto, que esse ramo do direito, consoante os propósitos do Estado Democrático do Direito, tem atuação subsidiária e de *ultima ratio*, e que a verificação da teoria do bem jurídico pressupõe a aplicação conjunta e obrigatória de outros princípios e critérios norteadores da atividade penalizadora.

Assim é que princípios como culpabilidade, legalidade, ofensividade, intervenção mínima, humanidade e dignidade da pessoa humana também são levados em consideração, ao lado da afetação de bens jurídicos. Os critérios que delimitam esse conceito, obrigatoriedade de relevância social, necessidade e danosidade social, certamente conduzem à completa imposição da teoria dos bens jurídicos.

A tipicidade, considerada também como questão cardinal do direito penal, não pode mais ser concebida somente em seu sentido formal. Esse juízo de tipicidade não terá legitimidade se não observado um caráter valorativo, que exige a lesão a bens jurídicos.

Mesmo nas matérias em que a verificação da teoria pode ser questionada – como nos casos de crimes de perigo abstrato e bens supraindividuais –, não pode ela ser descartada.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, que não exigem a efetiva lesão ao bem jurídico para sua consumação, a observância da teoria estaria justificada simplesmente pela probabilidade de turbação ao bem protegido. Entretanto, como visto, essa categoria delitiva, se não puder ser expurgada do ordenamento jurídico, deve ser empregada com cautela.

A existência de “novos” bens passíveis de tutela penal, como ocorre com os transindividuais, não deixa de evidenciar lesões a bens jurídicos. A dificuldade encontrada refere-se à aplicação dos postulados do direito penal clássico e a sua forma de tutela, por vezes incondizentes com esse panorama. Se a formulação de um novo sistema não ocorrer, como poderia ser o caso do direito administrativo penal, os crimes de perigo abstrato e os princípios clássicos do direito penal devem ser utilizados com cautela.

Em um plano geral, pode-se afirmar, por todo o exposto, que a proteção dos bens jurídicos é fundamento necessário do direito penal. Não há como se considerar que não esteja nos propósitos basilares do ordenamento penal a proteção de valores e interesses considerados vitais para uma sociedade, razão pela qual não se concebe, em regra, a existência de crime que não afete bem jurídico.

Como já mencionado, vale lembrar que o emprego da noção de bem jurídico e, conseqüentemente, da sua teoria, exige necessariamente a verificação dos outros critérios e princípios que atuam conjuntamente e a delimitam. Significa reconhecer, por exemplo, que o princípio da ofensividade, assim como todos os outros estudados, está diretamente vinculado à teoria do bem jurídico.

Importante frisar que também aos operadores do direito incumbe a tarefa de perseguir a observância da teoria em sua *praxis* forense. Assim, os advogados, invocando eventuais atipicidades, diante da ausência de lesão a bens jurídicos, ofensividade e danosidade social, e os magistrados reconhecendo e aplicando essa tese, bem como qualquer profissional que se veja frente a questão similar.

Insta destacar especial atenção na atual tendência de se considerar o direito penal como protetor absoluto de bens jurídicos, como fonte de solução de todos os problemas sociais, transformando o ramo de *ultima ratio* em *prima ratio*. Os conceitos clássicos penais e fundamentadores da intervenção punitiva, tão duramente conquistados ao longo da história, não podem ser convertidos em

instrumentos de intervenção penal ilegítima, que norteiam, inclusive, o chamado direito penal simbólico.

Só será possível a existência de um funcionamento correto e legal do direito penal, voltado efetivamente à convivência pacífica da sociedade e concebido de acordo com as premissas do Estado Democrático de Direito, se tiver presente como um de seus pilares fundamentadores a teoria da proteção dos bens jurídicos.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio. (Coords.) *O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1970. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

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

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

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

DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 69-70.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. Direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais: uma análise constitucional. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 274-291.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

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

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 1, t. 1.

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

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. Por Luiz Flávio Gomes; Antonio García-Pablos de Molina; Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

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, IBCCRIM, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 6, n. 22, p. 26-35, abr./jun. 1998.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1-2.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general, fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Tradução de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. *Fundamentos do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LIBERATI, Wilson Donizeti; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Orgs.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157-210.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial; Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. 1999. 877p. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

_____. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei 9.099/95, Juizados Especiais Criminais, Lei 9.503/97, Código de Trânsito Brasileiro e da jurisprudência atual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. Editor: Walter Weiszflog. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 5. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 38. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista Jurídica*, São Paulo, 52, n. 325, p. 98-103, nov. 2004.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique, *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: parte general, teoria jurídica del delito*. Barcelona: Bosch, 2000. t. 2, v. 1.

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

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1.º a 120*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

_____. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y Garcia Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Dicionário de filosofia e de ciências sociais*. São Paulo: Maltese, 1963. v. 1.

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. Tradução de Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 13, n. 53, p. 9-37, mar./abr. 2005.

SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 03 ago. 2009.

_____. O conceito de bem jurídico penal difuso. *Doutrina Adcoas*, v. 7, n. 20, p. 393-394, 2. quinz. out. 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 3, n. 11, p. 21-35, jul./set. 1995.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed., 7. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2000.

WEZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006. v. 1.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)