

INTRODUÇÃO

O Direito Penal tem como função a proteção dos bens jurídicos. Esta característica própria do direito penal liberal é aceita majoritariamente pela doutrina. Isto significa que o exercício do poder penal supõe uma lesão ou uma ameaça de lesão aos bens jurídicos postos em perigo.

Hodiernamente, ainda se discute a importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim na delimitação da função do direito penal. Questiona-se ainda, se o bem jurídico cumpre a função de delimitação da intervenção penal. Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a necessidade de recorrer ao bem jurídico, o qual, para alguns, perde a sua densidade.

Vale notar que os diferentes modelos de Estado de Direito são os responsáveis pela eleição de determinados bens que são primordiais para consecução de seus objetivos e que, portanto, devem ser tutelados satisfatoriamente. A própria evolução histórica da concepção de bem jurídico demonstra essa tendência de eleição do bem a ser tutelado, podendo-se lembrar de que no estado social os bens escolhidos estavam voltados para a redução das desigualdades sociais e na promoção da justiça social.

Em um Estado Democrático de Direito de fundo liberal, a liberdade é a regra, há mesmo uma preocupação em tutelar as garantias individuais, assim como, de valorizar o pluralismo e a tolerância. Portanto, só devem ser punidas aquelas condutas que realmente se afigurem como imprescindíveis para a manutenção da paz social.

Assim sendo, constata-se que, dependendo do modelo de Estado adotado, o sistema punitivo vai considerar determinado bem como de relevância ou não para o Direito Penal.

O bem jurídico, portanto, exerce uma função de extrema relevância no sistema punitivo de determinado Estado, pois “se situa na fronteira entre a política criminal e o direito penal”, realizando a tarefa de unir a dogmática penal (teoria do delito) e a política criminal (realidade social).

Um sistema punitivo deve ser construído com base em princípios e esse sistema vai servir a uma determinada forma de Estado. O Direito Penal observa esta recomendação que confere coerência aos subsistemas com relação ao ordenamento como um todo.

A determinação do conteúdo do bem jurídico, assim como a fixação de seus limites deve atender a critérios claros e consistentes de forma que ele possa vir a cumprir suas funções, embora deva se render aos valores de cada sociedade em determinado contexto político. Assim, não obstante, a atividade de seleção dos bens jurídicos esteja presa às necessidades sociais “reais” de determinado contexto histórico, procura-se fixar critérios que evitem possíveis manipulações do legislador, razão pela qual a Constituição é posta como limite à atividade legislativa.

Ademais, cabe à norma constitucional determinar quais são os bens jurídicos objetos de tutela penal, o que parece ser o critério mais adequado na cunhagem do bem jurídico penal, ou seja, para justificar a atuação do Direito Penal o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal.

O estudo da determinação do bem jurídico tutelado nos tipos penais é de suma relevância no Direito Penal contemporâneo, vez que não mais se admite uma criminalização sem a indicação segura de um valor ou interesse protegido, ou seja, sem que haja a delimitação de um bem jurídico lesado a justificar uma reação penal, o que se traduz no chamado “Princípio da Lesividade” e no “Princípio da exclusiva tutela de bens jurídicos”.

Assim, o objetivo deste trabalho, é realçar a importância do bem jurídico para o Direito Penal e a necessidade de delimitação embora nas sociedades contemporâneas, eles tenham assumido diferentes formas, tutelando, por exemplo, interesses supra individuais e, em alguns casos, até mesmo funções. Tal importância tem um aspecto de política criminal destacado, qual seja legitimação do *ius puniendi* do Estado.

Com vistas esse desiderato iniciar-se-á por uma abordagem do papel do bem jurídico para a criação, interpretação e aplicação das normas penais. Em seguida, será realizada uma incursão pela forma como vem interpretando a doutrina do bem jurídico tutelado, para, finalmente, apresentar uma visão considerada mais correta quanto à delimitação protetiva da norma nos moldes constitucionais. Ao final será retomada a linha de desenvolvimento do tema, apresentando as respectivas conclusões.

1 O DIREITO PENAL E A EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O Direito Penal ao selecionar bens jurídicos pauta-se pela necessidade de preservação de uma sociedade harmônica, pois somente os bens jurídicos fundamentais devem ser objeto de atenção do legislador penal. Sendo assim, vale perguntar: quais são os bens jurídicos fundamentais? E como devem ser escolhidos?

A pergunta pode ser respondida verificando o grau de correspondência com as reais necessidades do meio ao qual se endereça, pois os bens a serem protegidos variam segundo o modelo da sociedade em que vivemos, portanto reflexo de sua estrutura.

Polaino Navarrete enfatiza que “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito” (1974 p.21-22).

A ideia de bem jurídico é de extrema importância, já que a moderna ciência penal não “abre mão” de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção (Prado, 2003, p. 21). É válido salientar desta forma, que não são todos os valores e interesses sociais e individuais que são selecionados como bem jurídico penal, mas apenas aqueles cuja “relevância social” torne indispensável o seu reconhecimento e a sua proteção pelo Direito.

No que tange a seleção destes bens, o Direito Penal enfrenta um grande problema, qual seja, o de fixar concretamente os critérios delimitadores de tais bens e valores fundamentais da sociedade, já que um dos seus maiores objetivos é manter a boa convivência entre as pessoas.

Buscando tornar possível a coexistência pacífica dos indivíduos em sociedade, o Estado irá defender e preservar os valores e interesses sociais segundo parâmetros escolhidos pelos interesses sociais hegemônicos, proteção que é efetivada por meio de todo um arsenal de normas jurídicas a serem executadas pelos órgãos oficiais. Todos os atos praticados pelo homem que contrariem as normas jurídicas serão denominados ilícitos jurídicos, são os atos que atacam ou colocam em perigo os interesses e valores protegidos pelo Direito.

Cumpra esclarecer que a atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser limitada ou direcional, pois, diante de um Estado social e democrático de Direito, é inadmissível uma atuação ilimitada. No âmbito jurídico-penal estatal, determinados princípios e parâmetros normativos limitam o poder punitivo: a) os princípios consagrados na Carta Política; b) os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto; c) os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os limites jurídicos, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.

1.1. A função do direito penal

O Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de Estado em que a sociedade está organizada. O direito de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade. A situação histórica, portanto, condiciona o conceito de crime e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico e sua importância para o Direito Penal.

O exercício do poder punitivo implica quase sempre em uma violência, corre-se o fundado risco de haver uma ilegitimidade de origem no controle penal, o que necessariamente há de ser considerado na base de uma política criminal democrática. É por isso que o exercício do controle punitivo deve estar baseado em argumentos tão fortes (*extrema ratio*) que o justifiquem; assim, desde os primórdios aparecem como conseqüências os princípios limitativos do poder de punir, enquanto a transgressão daqueles implica desconhecer a origem e a finalidade deste (Ramírez, 1994, p.09).

Por isso mesmo, a ideia de bem jurídico é da maior importância para garantir algum controle sobre a função punitiva do Estado.

Levando-se em conta a função do direito penal nos Estados Democráticos de Direito, principalmente como protetor de direitos individuais atacados mais bruscamente, e o seu caráter subsidiário de atuação nesses casos extremos, a questão dos bens jurídicos penais e a possibilidade de sua renúncia pelo consentimento apresenta-se indispensável.

Assim, para a imposição da pena- característica do direito penal-, que restringe o principal bem do cidadão (liberdade), necessário se faz a verificação de uma agressão violenta ao bem jurídico que justifique a intervenção desse ramo do direito. Daí porque a importância do princípio da proporcionalidade, já que a aplicação deste permite um equilíbrio entre os bens em conflito e, ademais, é essa proporcionalidade que explica o caráter da *ultima ratio* do Direito Penal.

A tarefa do Direito penal, desde o ponto de vista das decisões valorativas contidas na Constituição, consiste em proteger as funções sociais e os mecanismos eficazes requeridos para a preservação da sociedade frente aos danos e perturbações que poderiam ameaçá-los. Importante frisar que os comportamentos que carecem do caráter de perturbadores de funções sociais e que, portanto, não exercem nenhum efeito nocivo sobre os organismos sociais da sociedade, esgotando-se em um desvalor puramente morais ficam por isso mesmo excluído dos mandados e das proibições jurídico penais.

É fato que o critério mais adequado para a verificação da legitimidade da norma penal ou de sua proporcionalidade, reside primordialmente da relação de hierarquia estabelecida entre o bem tutelado e a liberdade pessoal sacrificada em razão da sanção penal e, portanto, não somente de um juízo extrínseco à norma penal, mas também de um juízo intrínseco.

Sabe-se que a sociedade não está imune ao desenvolvimento de conflitos e, por essa razão, faz-se imprescindível a institucionalização pelo Estado de sistemas de controle social formais. O Direito Penal, portanto, exerce função ímpar na sociedade, buscando conferir meios para o desenvolvimento social pacífico, através da criação de tipos penais incriminadores, prevendo a aplicação de sanções de caráter penal àqueles que, por meio de seus atos, causem lesão ou exponham a risco concreto de lesão ao bem jurídico de outrem, tutelado penalmente.

Pode-se esboçar, destarte, uma primeira função do Direito Penal, qual seria a de proteção da própria sociedade e das relações humanas nela desenvolvidas.

Denota-se, então, que o Direito Penal tem como objetivo primordial, buscar garantir o desenvolvimento pleno das relações e do convívio social, por meio da seleção e proteção de bens jurídicos fundamentais que, uma vez inseridos na esfera de proteção penal, são erigidos ao *status* de bens jurídico-penais. De modo reflexo, atua ele também

como meio de afirmação dos valores sociais mais caros, porquanto são a estes valores que ele dirige a sua proteção.

A professora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado afirma que diante da concepção democrática do Estado, tem-se entendido que o crime consiste na ofensa a um bem jurídico fundamental; que um bem ou valor é denominado jurídico quando considerado merecedor de tutela por determinado ordenamento jurídico, conforme os valores vigentes na sociedade, em determinado momento (2000, pag. 64).

Assim, o objetivo do Direito Penal não é simplesmente proteger bens jurídicos, mas com isto também traçar os limites e contornos das zonas do ilícito e do lícito, ou seja, do que está proibido e do que está permitido, no sentido de justificar e legitimar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade.

Há de se convir, portanto, que o Direito Penal visa garantir o convívio e o desenvolvimento social pleno, por meio da proteção dos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Melhor situando, é também por meio da proteção de bens jurídicos que o sistema penal atinge outra finalidade, consubstanciada na reafirmação dos valores sociais de maior apreço e prestígio, desta forma o processo de seleção daqueles bens jurídicos, agora dotados da qualidade de bens jurídicos penais, constitui reflexo do que a sociedade considera primordial para a sua proteção.

Deve-se, porém entender que o Direito Penal não procederá à proteção de bens de forma indistinta e aleatória, ou tão pouco procederá à proteção de todos os bens existentes. Ao contrário, ficará adstrito à proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais gravosos que estes estejam suscetíveis a sofrer. É imperioso, portanto que haja uma seleção criteriosa de bens, com vistas a estabelecer quais os bens e valores que serão alçados à categoria de bem jurídico penal, devendo ser tutelados penalmente apenas bens jurídicos fundamentais.

Uma norma penal deve definir de forma precisa o seu real objetivo, qual seja a proteção de um determinado bem jurídico. A justificativa da penalização tem uma tendência inata liberal, porque a suposta proteção de bens jurídicos se dá pela ameaça da sanção, que de certa forma, pode sempre esta “reforçada” sem nunca atingir a perfeição (Jakobs 1985, p. 753-754; Jakobs 2003, p 780).

Por isso, abandonar a necessidade de o Direito proteger os bens jurídicos contra lesões, posto ser uma verdadeira conquista da cidadania é impossível. Desde a época do iluminismo, quando formularam a Teoria do Estado Moderno, já existiam imposições às limitações do poder estatal, inclusive ao poder de punir, que ficava circunscrito nas mãos dos soberanos, dando causa aos mais diversos desvirtuamentos, servindo para a manutenção dos privilégios e do *status quo*.

A partir desse pensamento sobre o Direito Penal surgiu a Teoria do Bem Jurídico, ficando a sanção penal reservada para as condutas descritas na lei penal que violassem os bens jurídicos considerados importantes para a manutenção da própria sociedade.

Assim sendo, não é qualquer lesão a bens jurídicos que acarretará a atuação do Direito Penal, mas apenas aquelas lesões ou ameaças de lesões consideradas relevantes e justificadoras da sanção penal. Passa-se, portanto, a encontrar a noção de bem jurídico penal, como aquela espécie de bem cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais.

A intervenção penal deve guardar relação com a defesa de interesses relevantes à sociedade, a fim de que a norma não acabe por gerar mais malefícios do que benefícios aos seus destinatários, e também para que a proteção dispensada ao bem jurídico seja proporcional à importância deste para a sociedade. Pois a liberdade é a regra, e as suas restrições constituem a exceção, de onde se apreende a importância de se fixar os limites da intervenção dos Poderes Públicos. Assim, a proporção age em dois sentidos: como limite legítimo ao exercício de um direito e como equilíbrio a ser realizado entre duas exigências, uma do indivíduo e a outra da sociedade (Magalhães Gomes, 2003, p. 73).

Essa noção de bem jurídico penal deve ser verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar a sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito.

O desenvolvimento dessa visão nos dias de hoje encontra-se no Princípio da Ofensividade, pelo qual o Direito Penal somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais. Esse princípio, também chamado de intervenção penal mínima, deve ser entendido como uma limitação ao direito de punir do Estado em favor dos cidadãos, uma garantia da cidadania perante a Administração do Estado.

É oportuno esclarecer, que a legitimidade punitiva do direito penal não se limita apenas a uma lesão ou mesmo a um perigo de lesão a um bem jurídico. Há ainda outros limitadores como, por exemplo, o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade. É certo que a pena só será aceita quando outra forma de regulação não se mostrar necessária, porém a punição deverá ser proporcional ao mal cometido e apenas quando não houver mais outro meio disponível no ordenamento jurídico.

A pena em algumas circunstâncias pode ser menos dura, e isto depende da proteção que o direito penal dispôs ao bem violado, por exemplo, nos crimes de menor potencial ofensivo, não pairam dúvidas, que a resposta sancionatória à violação deste bem deverá ser de forma racional, proporcional e subsidiária.

Ignorar os dogmas existentes a respeito do bem jurídico seria um contrassenso, pois não existem apenas dogmas na sociedade atual. Pensar a partir de uma perspectiva que exceda a visão estritamente dogmática seria a posição acertada, pois aumentaria a possibilidade de se analisar com racionalidade o direcionamento do direito penal moderno.

Ademais, a população espera a resposta do Estado em ver o bem jurídico penal sendo protegido, pois através desse sentimento de satisfação que é originário da consciência jurídica geral, haverá uma tranquilidade em razão da sanção imposta, respaldada na violação do Direito.

A partir da análise exposta, não há dúvida que a missão do Direito Penal é a de garantir a paz social entre os indivíduos, por meio da proteção dos bens jurídicos fundamentais à sua vida particular e social e da conseqüente criminalização de condutas que afetem gravemente esses bens.

Não obstante, há quem entenda (Stratenwerth, In: Hefendehj, Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, 2010, p. 255 e ss), que a razão para a penalização não está na lesão de determinados bens jurídicos, mas na não observância das normas de comportamento fundamentais para o consenso da sociedade. Portanto, de acordo com este posicionamento, punir estaria legitimado na prática de um comportamento não aceito pela sociedade, como por exemplo, a justificativa da descriminalização do homossexualismo, já que esse comportamento não é mais posição dominante sobre sua rejeição e a razão da legitimidade estaria no fato de que a essas escolhas opõem-se aos direitos

constitucionalmente reconhecidos à autodeterminação sexual, bem como a liberdade de expressão e de opinião.

Jakobs inclusive entende que a ideia de bem jurídico pode no máximo chegar a um direito penal de inimigo, oposto ao direito penal cidadão, sendo a finalidade deste não a proteção de bens jurídicos e sim a maximização de esfera de liberdade. Afirma ainda o autor que o direito penal não tem a função de proteger o chamado bem jurídico-penal, já que a maior parte desses ‘bens’ também é afetado por eventos naturais e por processos não evitáveis, sem que haja interferência do Direito Penal nesses casos. Assim, segundo ele, “o direito penal não tem a função de garantir a estabilidade dos bens mencionados em todo e qualquer caso, mas apenas no caso de agressões de determinado tipo.” Nesse sentido, “não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal; pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva.” (Jakobs, 2009, p. 62 e 63)

Também critica a doutrina que procura na definição de bem jurídico o critério de legitimação das normas penais por não haver definição no conteúdo de bem jurídico (Jakobs, 2009 p. 65) e afirma que “um bem se converte em bem jurídico ao gozar de proteção jurídica” e que o “o bem jurídico é, então, positivamente determinado, e o conceito engloba ‘tudo aquilo que, aos olhos da lei, enquanto condição da vida saudável da sociedade, é valioso para esta última’” (Jakobs, 2009, p. 68).

1.2. Definição do bem jurídico

A definição do termo “bem”, na língua portuguesa, é “proveito, utilidade, propriedade, domínio” (Michaelis, 2009, pag. 250). 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 sobre qualquer aspecto; o que é objeto de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade; o que é perfeito e sem gênero, bem sucedido, favorável, útil: é o termo laudativo universal dos juízos de apreciação; aplica-se ao voluntário ou ao involuntário (Santos, 1963, p.199).

Roxin afirma que o conceito de bem jurídico é mutável, variável, de acordo com cada sociedade e cada época. Consoante a magnitude do bem jurídico que se eleja, variará a proteção do direito. Define os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A concepção de bem jurídico remonta, primeiramente, à ideia de *bem existencial*, indispensável ao desenvolvimento social (Roxin, 2003, p.56).

A identificação de um bem existencial não é suficiente para elevá-lo ao *status* de bem jurídico, pois se faz necessário observar se tal bem possui elementos que indiquem ser ele digno de proteção jurídica em uma relação social, ou seja, se há interesse do (e para o) ser humano em relação a um determinado bem existencial. Por exemplo, a vida é um bem existencial, já que há o interesse do ser humano pela vida e esse vínculo ou interesse nada mais significa que uma relação social, que acaba sendo valorada positivamente pelo legislador.

Uma vez identificado o bem, cujo interesse permite o desenvolvimento das relações sociais é óbvio que passará a ser digno de uma proteção jurídica. Mas daí a afirmar categoricamente que determinado bem merece a tutela jurídica do Direito seria muito arriscado, portanto uma atividade de reconhecimento e valoração do bem se faz necessário.

Reconhecer um bem existencial já é uma tarefa árdua, o que dizer reconhecê-lo como bem jurídico, pois a sua melhor definição seria um somatório de vários fatores como: uma coisa (bem existencial) útil, válida ou necessária para o ser humano como um valor agregado (com uma valoração positiva em razão da função que a coisa desempenha para o desenvolvimento da personalidade do sujeito) (bem jurídico = um bem existencial útil, válido ou necessário ao ser humano + uma valoração positiva desse bem feita pelo legislador) (Bianchini, Molina e Gomes, 2009, p. 233).

Portanto, o bem jurídico deve ser concebido, desse modo, no âmbito de uma relação social dialética, como instrumento que garanta o desenvolvimento da pessoa ao permitir-lhe uma participação dentro do âmbito político-social do qual faz parte. Âmbito no qual juridicamente a Constituição representa o marco geral da referência que define os direitos fundamentais e uma organização político-social concreta. Isso não significa

entender que é a Constituição determina quais os bens jurídicos serão protegidos pelo Direito penal; mas sim servir de parâmetro para reconhecer ditos bens no sistema social.

Há uma indefinição decorrente de uma falha fundamental – e a razão é esta: delimitar um "bem jurídico" é a expressão puramente formal do resultado de um juízo de valor feito pelo direito positivo de que algo está legalmente protegido, portanto considerado digno dessa proteção legal. Sendo assim, a qualidade de "bem jurídico" significa apenas que tal juízo de valor tem sido feito – e nada mais. A definição em si não oferece critérios para determinar quais objetos merecem proteção legal e quais não e por quê. Não se pode dizer, por exemplo, se apenas os objetos perceptíveis pelos sentidos como a vida, a saúde ou a propriedade deve qualificar-se como "bens jurídicos", ou ainda ideias platônicas, as noções mais abstratas como saúde pública, segurança pública ou a confiança na imparcialidade e na incorruptibilidade do serviço civil.

Nenhum conceito de "bem jurídico" fornece um critério valorativo necessário. Exatidão por meio da valoração do bem é demasiado complicado, pois não se sabe ao certo o valor do decisivo julgamento, desta forma as consequências jurídicas de tal julgamento é variável. Se algo é chamado de "bem", a atribuição da qualidade de "bem" é o resultado da aplicação de um conjunto de critérios ou padrões para esse objeto. Por isso, não é o conceito de "bem jurídico" em si, que tem o poder de criticar as opções do legislador, mas os critérios por trás dele.

Para Prado (1997, p. 18) “o bem jurídico em sentido amplo é tudo aquilo que tem valor para o seu humano”. E sugere que na história da filosofia existem duas correntes fundamentais que tratam do conceito de bem. A primeira é a metafísica tendo como principal ícone o pensador Platão, que definiu bem como “a realidade perfeita e suprema e é desejado como tal”; já para a segunda corrente, a subjetiva, defendida por Kant, “bem não é perfeição e realidade, é perfeição e realidade porque é desejado”.

Por diversas vezes os livros esclarecem que a definição do bem jurídico quase sempre se justifica por um relevo patrimonial, porém há outros bens que gravitam em outra ordem jurídica e que também recebem proteção. São os bens inestimáveis economicamente, portanto insuscetíveis de valoração material. De forma ampla, os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de valor, isto é coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e

ataques ou sujeitos a determinados lesões. (Toledo, 1994, p. 15). Por essa razão, o autor supracitado deixa evidente que para manter a paz social seriam necessárias adotar certas medidas que visem tutelar esses bens jurídicos. Assim, dentre inúmeros bens existentes o Direito seleciona alguns para tutelar, tornando-os bens jurídicos.

Evitar o engessamento se faz necessário, tendo em vista que efetivamente a evolução do bem jurídico é resultado dos aspectos sociais, históricos e culturais. Determinar uma visão radicalmente imutável seria retroceder no tempo, vez que hodiernamente ideias surgem e vêm a se transformar em atitudes por grande parte da sociedade, povos com culturas diversas, em diferentes épocas, cujo objetivo é a difusão do uso da razão já que, para dirigir o progresso é preciso que o mundo evolua em todos os aspectos.

O entendimento de bem jurídico ostenta conteúdo sociológico, uma vez que estes são obtidos a partir dos acontecimentos da realidade e dos acontecimentos sociais e que antes de tudo, constituem uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente).

Um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de valor cultural, nasce e vive nos imperativos e proibições da norma, portanto as normas de cultura protegem determinado valor e, posteriormente, tal valor é protegido pela norma jurídica que se vê substituído, pelos chamados valores ético-sociais que se baseiam em necessidades individuais. Conclui-se que os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.

Portanto é necessário reconhecer, a esta altura, que os bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente estanques. Revelam, pelo contrário, mutabilidade, o que se evidencia na medida em que, se a função do direito penal for a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na sociedade, referidos bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se revelar como fundamental a este propósito.

Assim, o conceito de bem jurídico não pode ser fechado, capaz de permitir que a partir dele se conclua automaticamente o que deve ou não ser criminalizado. Se o

pudesse ser, ele veria comprometida sua função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização, no âmbito das reformas penais.

1.3. Bem jurídico penal

Inicialmente, cumpre esclarecer que nem todo bem é jurídico, e que nem todo bem jurídico é tutelado pelo Direito Penal, pois nesta seara apenas permanecem os de maior importância, imprescindíveis de uma “proteção especial”, tendo em vista que os outros ramos do ordenamento jurídico mostram-se incapazes de desenvolver tal tarefa. Neste ponto, faz-se mister demonstrar ao leitor que as diferentes conceituações do bem jurídico penal *trata-se de uma difícil tarefa, pois há ainda hoje uma verdadeira porosidade no mundo jurídico.*

A noção do 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.

O bem jurídico é o ponto fixo de todos os tipos penais. Para demonstrar tal afirmação, basta compulsar os manuais clássicos de Direito Penal e aferir que, no estudo de cada tipo penal da parte especial do Código Penal, os doutrinadores sempre apontam um tópico para tratar do bem jurídico tutelado, pois, o bem jurídico tutelado é elemento sempre presente na estrutura de qualquer tipo penal.

Roxin (2006, p. 56) sustenta que a lesão do bem jurídico penal é pressuposto da punibilidade, pois só haverá punição após uma ameaça ou mesmo agressão ao bem jurídico penal. Define os bens jurídicos penais como “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento num marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”. Destaca também, que as circunstâncias e finalidades, permitem incluir estados ou valores prévios ao direito e os deveres impostos. Abarca desta forma não só o conceito metodológico do bem jurídico, mas também o conceito político-criminal.

Luiz Luisi (1987, p. 50) assevera que “os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”.

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 (Mir Puig, 2007, p. 97).

Prado (2005, p. 274) de forma ampla, fornece o seguinte conceito de bem jurídico penal:

[...] O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Como ensinam Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 232):

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.

Bem jurídico penal seria toda coisa que pode ser o objeto de um direito, e o direito os seleciona para colocar sob sua proteção para que não sejam expostos à perigo de lesões efetivas. É toda situação social que o direito objetiva proteger contra lesões.

Para Teles (2004, p. 46) “são bens jurídicos penais a vida, a liberdade a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade” e ainda “bens jurídicos são valores éticos sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob a sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”

De acordo com Muñoz Conde (2004, p. 59) “bens jurídicos penais são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”.

Por outro lado, num sentido objetivista, Welzel (1970, p. 15) considera o bem jurídico como um “bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente pelo âmbito penal”.

Jescheck (2002, p. 8) dá a ideia de bem jurídico penal como sendo aqueles “bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas na coletividade e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública”.

Interessante também é o conceito delineado por Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 464) que define que o “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”.

Na doutrina pátria podemos citar o respeitável conceito de Heleno Cláudio Fragoso (1994, p.265) segundo o qual o “bem jurídico penal 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”.

Magalhães Noronha (1998, p. 115) define bem jurídico como “interesse protegido pela norma”. Já, Francisco de Assis Toledo (1991, p. 16) assevera que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito penal 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”.

Para Luiz Regis Prado o bem jurídico, terá seu ponto de partida no conceito de pessoa e o Direito Penal se verá subordinado aos preceitos constitucionais e aos direitos fundamentais da pessoa.

Edgardo A. Donna distingue dois conceitos de bens jurídicos: “um liberal” e um “metodológico-final”.

“O primeiro tem como característica a independência ao direito positivo, que se encontra dado previamente pelo legislador, que tem como problema básico não poder dar um conteúdo material, porém tem a vantagem de limitar o poder legislativo penal”. Já o conceito metodológico-final relaciona-se com as condutas lesivas de um Estado social valioso para a comunidade, com a qual o bem jurídico tem relação com exigências de política-criminal (Donna, p.49 e p.51).

De acordo com a magnitude do bem jurídico penal eleito, variará a proteção dada pelo direito penal. A proteção integral por este ramo deve estar reservada para bens fundamentais conforme já dito, evitando assim o risco de ocasionar uma inflação das normas penais.

Ao se tutelar os bens jurídicos é necessário que seja respeitada a esfera da intimidade e da dignidade das pessoas. O direito penal deverá ser sempre a *ultima ratio*, e

evitar conseqüentemente a profusão de normas penais (em especial as figuras de perigo). Isto se concatena, por sua vez, com o princípio da proporcionalidade, como pauta mensurativa da pena.

Donna em seu livro “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, afirma que: todos aqueles objetos que, sendo de utilidade para satisfazer necessidade pessoais, assumem uma importância de tal índole no âmbito da convivência humana que são estimados credores da máxima garantia do ordenamento jurídico. Os valores são aqueles atributos anímicos espirituais de especial transcendência para a autorrealização da pessoa em sociedade, que repercutem de uma forma imanente na própria estrutura de configuração do núcleo social, cujo círculo provém do desenvolvimento e das aspirações individuais em uma ordem jurídica abstrata de liberdade, respeito e colaboração recíproca (Donna, 2001, p.54).

O bem jurídico deve ser encontrado em cada norma penal e limitar as condutas puníveis a sua função. O legislador ao sancionar uma norma penal deve se valer como um verdadeiro juiz, por isso indubitavelmente constitui uma diretriz de política criminal.

Após se fazer uma alusão entre as mencionadas definições, chega-se pelo menos a um ponto convergente: que o bem jurídico penal está consubstanciado em valores consagrados na Carta Magna, tanto de forma explícita como também implícita, e que a partir do desenvolvimento do ser humano e da própria sociedade, o legislador estabelece devido à sua alta relevância, o merecimento da tutela penal, sem a qual a sociedade e o indivíduo entrariam em degradação, porém cumpre lembrar que quando o que há é a proteção da moralidade, não seria este o objetivo da lei penal.

O bem jurídico antes de se transformar em um bem jurídico penal, passa primeiramente por uma escolha legislativa obviamente influenciada pelo contexto social, econômico, histórico e cultural de uma determinada sociedade numa dada época, perpassada por escolhas políticas.

Numa sociedade onde há uma discrepância de classes, os bens jurídicos podem se expressar de várias maneiras, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante sobrepujam-se.

No Estado Democrático de Direito em que vivemos a busca pela paz social é função não só do Estado, que servirá como garantidor da liberdade e dignidade do

indivíduo, mas também do Direito Constitucional, que funciona como um norte de hierarquia superior impondo os limites, inclusive ao seu *ius puniendi*.

A atividade incriminalizadora do Estado encontra-se nas mãos do legislador que ao definir os bens jurídicos respalda-se na Carta Magna e dos valores ali consagrados, desde que não sejam incompatíveis com o seu quadro axiológico, que possuam relevância social e que haja a afetação individual do bem jurídico.

De qualquer modo, o legislador goza de uma ampla margem de liberdade e não está obrigado a impor sanções ainda quando a Constituição contemple uma obrigação de criminalização. Ademais, os valores constitucionalmente consagrados não são os únicos a guiar a seleção dos bens jurídicos penais, pois de outra forma chegar-se-ia a um estrangulamento da realidade social, que é a fonte primária de tais bens.

A existência do delito e sua previsão jurídico-normativa repousaria na compatibilidade da escolha do bem jurídico tutelado com seu tratamento constitucional, escolha esta que seria, nesse diapasão reflexivo, um dos valores supremos de determinada coletividade, entendida esta como realizadora e abarcadora de singularidades e particularidades humanas.

A conceituação material de bem jurídico penal deve implicar no reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se apresenta como um valor.

Portanto, um bem jurídico para ser “elevado” a condição de bem jurídico-penal deverá se revestir de uma gravidade e de uma danosidade social de tal monta, que não lhe seja passível de tutela eficaz e efetiva pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

De tudo que foi exposto acima, se depreende que a característica fundamental do bem jurídico é a de delimitador da norma penal e de garantia do Indivíduo frente ao Estado.

É lógico que diante do demonstrado durante a leitura deste trabalho, o fato de existir o bem jurídico este não deve ser visto como veiculador de punição, mas como um delimitador que obstaculize “inflações legislativas penais”, justificando as políticas autoritárias. Sendo assim, com o consentimento do próprio titular do bem jurídico, ou seja, com sua aquiescência é possível a disposição de um determinado bem, o que conseqüentemente transformaria condutas juridicamente relevantes em atos comuns.

O homem é um ser social, e esta sociedade se transforma dia a dia, sendo assim os valores, as diretrizes mudam, transformam-se e com o objetivo de se proteger os direitos humanos cria-se a legalidade à punição daquele que agride ou ameaça a agredir o bem jurídico tutelado no âmbito penal pondo os indivíduos a salvo de tais agressões e dos abusos do Poder Estatal.

Para um modelo de crime que tenha como conteúdo uma ofensa a um bem de elevada importância social, faz-se necessário, em primeiro lugar, a individualização daquilo que pode ser objeto desta tutela, ou seja, impõe-se que se estabeleçam critérios aptos a identificar, entre os diversos bens existentes no âmbito social, quais podem ser elevados à categoria de bem jurídico penal, além de permitir que haja a sua efetiva disposição pelo titular do bem.

Ao se partir do pressuposto de que é na Constituição que se encontram as diretrizes que orientam o *ius puniendi* do Estado, é também no texto constitucional que devem ser encontrados os bens de maior relevância para a sociedade e que, por esse motivo, são os únicos que merecem proteção penal. A assunção desta premissa, entretanto, deve-se a importantes construções doutrinárias que procuram demonstrar não apenas a justificativa da elevada importância que deve caracterizar os bens jurídicos penais, mas a insuperável necessidade de que estes se encontrem inseridos entre os valores proclamados como essenciais para o grupo social, por meio da Constituição.

Assim, no processo da formação constitucional de um conteúdo para o bem jurídico penal, cumpre observar que o grande impulso a tal movimento foi dado, em primeiro lugar, pela doutrina alemã, em finais da década de 1960 e início da década de 1970, tendo sido acompanhada, posteriormente, pela doutrina italiana que, no mesmo sentido, intentava constituir um conceito material de bem jurídico a partir de critérios verdadeiramente capazes de vincular as escolhas de penalização do legislador ordinário. A doutrina já se direcionou que seria em um primeiro momento a única fonte apta a oferecer o critério orientador necessário para a construção de uma satisfatória teoria do bem jurídico penal (Magalhães Gomes, 2003, p. 91).

As primeiras reflexões neste sentido, feita por Roxin, buscavam relacionar a teoria do bem jurídico com os direitos fundamentais e a finalidade da pena. Assim, tendo-se em vista que a aplicação de uma pena se traduz numa significativa violação a valores morais do destinatário, era exigível que o uso daquele instrumento sancionador fosse circunscrito

somente aos casos de comprovada dignidade penal, concebida também como “necessidade de pena”, na perspectiva da intervenção penal como *ultima ratio*. O autor não tinha como objetivo a busca de um conceito material de bem jurídico, formulou-o a partir do resultado da indagação relativa às tarefas de tutela do direito penal, e o definiu como sendo um distintivo para designar aquilo que pode ser legitimamente tutelável com base nas funções do direito penal: a relação que se vislumbra entre a teoria do bem jurídico e a Constituição fundamenta-se no fato de que o modelo de Estado, com base no qual se determina o escopo da pena e, por último, os legítimos objetos da tutela penal, é aquele concebido pela Constituição. Restava evidenciado, portanto, que a Constituição funciona, aqui também, como parâmetro de referência na seleção dos fatos que, legitimamente, podem se sujeitar à pena (Mariângela Gomes, 2003, p. 91 e 92).

A qualidade de bem jurídico não é algo que a lei cria é algo preexistente e que não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio. Sentido este que deve ser anterior à norma penal e em si mesmo decidido, para adequar-se à sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e, de contrapartida, das causas de justificação, na hipótese de conflito de valorações.

Pode-se afirmar que o bem jurídico penal é assim reconhecido pelo legislador e brindado por valores tangíveis e intangíveis do homem, desde os mais significativos (vida, liberdade, patrimônio, entre outros), até os mais irrelevantes (honra, fidelidade entre outros).

O legislador não resolveu através da lei dizer quais bens são disponíveis e quais indisponíveis, portanto é necessário que a jurisprudência e a doutrina apontem o complemento a este vazio que se depreende da lei para definir os critérios necessários que permitam uma interpretação correta, e é precisamente neste contexto em que se desenvolve a teoria do bem jurídico e os critérios sobre a disponibilidade ou indisponibilidade de bens por seu titular.

As leis penais arbitrárias, motivadas apenas por razões ideológicas ou que lesionam direitos fundamentais, não protegem bens jurídicos, mas sim comportamentos imorais ou reprováveis que não fundamentam por si só uma lesão a um bem jurídico. A violação da própria dignidade não é uma lesão de bem jurídico; a proteção de sentimentos apenas pode ser reconhecida como proteção de um bem jurídico em casos de ameaças realistas; a autolesão consciente, sua possibilitação ou o apoio não violam

nenhum bem jurídico (alheio); normas penais predominantemente simbólicas não possuem função protetora de bens jurídicos; tabus não são bens jurídicos; objetos de proteção de abstração impalpável não podem ser reconhecidos como bem jurídico. Afinal, como definir o bem jurídico?

Não se estabelece com linhas divisórias absolutas ou com limites evidentes o que seria o bem jurídico, na realidade a referência em um dispositivo pode revelar-se em maior ou menor intensidade. A intervenção legislativa em favor da proteção de bens jurídicos se dá por meio da necessidade de uma lesão ou colocação em perigo a um bem jurídico, mas vale lembrar que não é o único princípio limitador da punibilidade. O assim caracterizado princípio da subsidiariedade, como máxima de limitação ao direito penal, está no mesmo plano do que o princípio da proteção de bens jurídicos e possui significado político-criminal no mínimo da mesma importância.

Apesar de o postulado de que o crime é a lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico penal, pois existem diversas definições que acabam culminando em controvérsias. O conceito, portanto, não é hermético e, como tudo no Direito não há uniformidade entre os autores quanto ao conceito de bem jurídico.

Porém, como salientado no tópico anterior, o Direito Penal só deve atuar no âmbito do estritamente necessário, logo, nem todo bem jurídico requer tutela penal, pois nem todo bem jurídico converter-se-á em bem jurídico-penal.

Consoante sábia lição de Santiago Mir Puig (2006, p.88): para que um bem jurídico possa ser considerado como bem jurídico-penal é necessária duas condicionantes: importância social e a necessidade de proteção pelo Direito Penal.

O mestre espanhol afirma que somente aquelas proibições e mandamentos fundamentais da vida social merecem ostentar o caráter de norma penal e somente as infrações de tais normas merecem ser considerados delitos.

Em seguida, o autor afirma que não basta que um bem jurídico-penal ostente “suficiente importância social” para galgar o status de proteção penal. É imprescindível, ainda, que não sejam suficientes para sua tutela outros meios de defesa menos lesivos: se basta uma intervenção administrativa, civil, ou de qualquer outro ramo do Direito, não deverá se elevar um bem ao status de “bem jurídico penal”.

Difícil e exaustiva é a delimitação de bem jurídico-penal, uma vez que há várias diretrizes de pensamento sobre ele, deve-se lembrar da advertência levantada por Juarez Tavares (2003, p. 181):

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

Sendo assim, o conceito de crime não pode ser desvinculado da legislação penal. Crime então seria: 'fato humano tipicamente previsto por norma jurídica sancionada mediante pena em sentido estrito (pena criminal), lesivo ou perigoso para bens ou interesses considerados merecedores da mais enérgica tutela', constituindo 'expressão reprovável da personalidade do agente, tal como se revela no momento de sua realização.

Por diversas vezes os livros esclarecem que a definição do bem jurídico quase sempre se justifica por um relevo patrimonial, porém há outros bens que gravitam em outra ordem jurídica e que também recebem proteção. São os bens inestimáveis economicamente, portanto insuscetíveis de valoração material. De forma ampla, os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de valor, isto é coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, "valem". Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos e ataques ou sujeitos a determinados lesões. (Toledo, 1994, p. 15). Por essa razão, o autor supracitado deixa evidente que para manter a paz social seriam necessárias adotar certas medidas que visem tutelar esses bens jurídicos. Assim, dentre inúmeros bens existentes o Direito seleciona alguns para tutelar, tornando-os bens jurídicos.

A compreensão do real sentido do bem jurídico-penal, no contexto de um sistema aberto, baseado em uma sociedade pluralista na qual os valores se pautam no mundo de vida de cada um, deve levar em conta os partícipes da comunicação, que se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento a fim de atingir a auto-realização social. Dentro desse sistema, o bem jurídico ganhará contornos mais públicos, mas ainda continua a representar o padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a

observância à função e, conseqüentemente, a legitimação do direito penal em cada caso concreto.

Ainda sob uma perspectiva pessoal, um bem jurídico vinculante só existe quando se encontra refletido num valor constitucionalmente reconhecido e que, assim, preexiste ao ordenamento jurídico penal.

E mesmo em relação aos valores fundamentais expressos na Constituição, também estes, enquanto fundamento da tutela penal de determinados bens jurídicos, devem ser lidos de forma aberta, de acordo com o desenvolvimento social e com cada caso concreto. Nesse sentido, aliás, Alessandro Baratta (1994, pag. 10) observa que, sendo os valores constitucionais fundamentais objetos de análise de praticamente todos os ramos do direito, a fragmentação das áreas de tutela em cada esfera (mormente a penal) dependerá não tanto da natureza dos bens, mas, principalmente, da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos, *concorrendo*, e ora sendo preferido um ao outro, com as técnicas específicas de proteção.

Deve-se observar, porém, que a influência da evolução social sobre o atual desenvolvimento do direito penal gera uma tendência de dissolução do conceito de bem jurídico, passando-se dos claros contornos apresentados tradicionalmente pelos bens jurídicos individuais aos mais vagos e intangíveis, o que se revela, em seu extremo, nos bens jurídicos supra-individuais.

Essa desmaterialização traz, em todos os casos, sem dúvida, dificuldades dogmáticas e político-criminais, como a de delimitar claramente o bem jurídico tutelado em cada caso, a fim de determinar se este é lesionado ou colocado em perigo pelo comportamento típico; de estabelecer a relação de causalidade entre a ação e seus possíveis efeitos; de verificar se o bem jurídico tutelado é referido, em última instância, a interesses individuais ou não; e de estabelecer se essa desmaterialização do conceito de bem jurídico é compatível com os princípios da lesividade e da fragmentariedade.

A esse respeito, observa-se, antes de mais nada, que até a segunda metade do século XX, o princípio de proteção de bens jurídicos, ou o conceito de bem jurídico, era utilizado como critério de crítica e limitação à intervenção punitiva do legislador. Na atualidade, ao contrário, o mesmo conceito passa a ser utilizado para justificar e exigir a intervenção do direito penal vale dizer, para reclamar a tutela penal, em vez de operar seu

filtro. Criam-se, neste contexto, novos bens jurídicos que certamente seriam mais bem protegidos em outros ramos do direito, de forma a evitar uma inflação penal como a que já se vê nos dias de hoje (Ferrajoli, pag. 468). Igualmente, criam-se normas penais a tutelar situações que não podem receber a denominação de bens jurídicos em sentido restrito.

Sobre o tema, adverte Luigi Ferrajoli que a necessária lesividade a um bem jurídico condiciona toda justificação utilitária do direito penal, como instrumento de tutela, constituindo seu principal limite externo. A partir do reconhecimento da afirmativa de que algo é um bem jurídico penal, é de se proceder a um juízo de valor sobre a justificação de sua tutela por meio do instrumento mais extremo, que é a pena e, inversamente, admitindo-se que um objeto somente deva ser considerado bem jurídico penal quando sua tutela esteja justificada. Na verdade, então, a questão do bem jurídico lesionado trata da própria essência do problema da justificação do direito penal, considerada não mais desde os custos da pena, e sim desde os benefícios cujo logro pretende.

Desse modo, não obstante a constatação da evolução histórica pela qual necessariamente passa a concepção de bem jurídico, é necessário se estabelecer em qualquer contexto social (mormente na denominada sociedade pós-moderna) uma nítida separação, a fim de que se possa delimitar o conteúdo dos objetos dignos de tutela e, conseqüentemente, sua legítima consagração jurídica.

1.3.1 O bem jurídico como fim da norma

O direito penal, através de uma seleção fragmentária de interesses, confere sua proteção por meio de normas positivas contra as ações gravosas que afrontam os interesses vitais do indivíduo ou da coletividade. Sendo assim, o tipo surge, portanto, da norma e a norma por sua vez do objeto de tutela.

O objeto de proteção está constituído pelo bem jurídico ou o núcleo que em cada delito está previsto. O direito penal atual experimenta constantemente uma mobilidade de acordo com o dinamismo social. Sendo assim, não deve se perder de vista esses bens a tutelar, mas sim propor soluções às diversas questões que surgem da norma positiva.

A redação atual das normas penais tem influência tanto da sistemática causalista como finalista, devido a orientação filosófica dos que opinaram pela incorporação de

figuras delitivas às quais, em ocasiões resultam híbridas e podem confundir o bem jurídico que se pretende tutelar por meio dos tipos.

Estas confusões podem acontecer na prática, sobretudo tratando-se de tipos que correspondem a uma mesma entidade (os que tutelam a liberdade ou dignidade sexual; o patrimônio, os direitos da família, etc), ou quando uma ação ou omissão lesione vários bens, ou bem, quando um objeto de proteção pode ser afetado de distintas maneiras. De tal forma, que uma só conduta é capaz de afetar um só bem ou diversos bens jurídicos, ou prejudicar a um titular ou ainda o conjunto deles. Portanto, em cada caso, será trabalho do intérprete da lei deixar claro qual foi o bem ou os bens que resultaram prejudicados.

1.3.2. Classificação

O bem jurídico é o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do princípio de intolerabilidade do conflito, para garantir a paz social. Portanto, apesar de não ser preciso qualquer tipo de classificação, já que todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu titular, a doutrina o faz: a) individuais; b) coletivos; c) difusos; e transindividuais.

a) Bens individuais, coletivos, difusos e transindividuais (metaindividuais):

A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecida na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico. Birbaum (*apud* Andrade, Manuel da Costa, 1991, p. 51-53) já reconhecia que a lei penal não apenas deveria possibilitar a livre coexistência dos indivíduos, mas servir também de forma imediata a fins sociais. Classificava, portanto, os bens, e por consequência os crimes, em naturais e sociais, uma vez que, no seu pensamento, os bens, em parte, já são dados ao homem pela natureza e, por outra parte, como resultado de seu desenvolvimento social.

Por sua vez, Liszt (*apud* Andrade, Manuel da Costa. Op. cit. p. 66-69) apontava a diversidade de formas dos bens jurídicos, decorrente da complexidade da própria vida e

das coisas, processos e instituições que a integram e nela se movimentam. Sustentava a existência de portadores individuais dos bens, ao lado de portadores supra-individuais, entre os quais sobressaía o Estado como portador dos interesses coletivos.

Jescheck (1993, p. 234) reputa que os titulares de um bem jurídico podem ser a pessoa individual ou a coletividade e apresentava a seguinte classificação dos bens jurídicos:

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero).

A evolução da doutrina vem acompanhando o desenvolvimento da Teoria do Bem Jurídico e a perspectiva social do crime, deixando de lado cada vez mais o exclusivo individualismo na concepção do Direito Penal, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do bem jurídico. Não se trata de ignorar o interesse humano ou personalista na concepção do bem jurídico, cujas garantias individuais estão constitucionalmente garantidas, mas sim reconhecer a evolução social e a importância da manutenção do sistema social, em que os indivíduos encontram sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade, para a conceituação do bem jurídico.

Assim, Muñoz Conde (1993, p. 234) demonstra a existência de bens jurídicos individuais, que afetam diretamente as pessoas individualmente consideradas, e bens jurídicos coletivos, que afetam o sistema social. Como exemplos de bens jurídicos coletivos, contam a saúde pública, o meio ambiente, a organização política etc.

Zaffaroni (1981, p. 234), embora entenda que não há diferença qualitativa entre bens supra-individuais e individuais, reconhece a existência de bens jurídicos de sujeito múltiplo, de forma que um não pode dispor do bem individualmente sem afetar a disponibilidade de outro.

A ideia de bens jurídicos penais que não afetem diretamente os indivíduos, mas a coletividade e, portanto, interesse de relevância social já é conhecida e aceita pela doutrina do Direito Penal, com mudanças de enfoque, conforme o momento histórico e a perspectiva da análise de cada doutrinador.

As modificações que o capitalismo e os modelos econômicos vêm enfrentando, entre eles, o modelo de Estado, diante das relações sociais, vêm despertando a doutrina

penal para a proteção de interesses que não são individuais, mas metaindividuais ou pluriindividuais, atingindo amplos setores da população.

Nesse mesmo sentido, Figueiredo Dias (1999, p.234) demonstra a importância da proteção dos interesses metaindividuais para o presente e, principalmente, para o futuro do Direito Penal.

Reconhecida a existência dos bens jurídicos penais transindividuais ou metaindividuais, resta caracterizar a distinção entre os bens jurídicos penais coletivos e os bens jurídicos penais difusos, para então ficar definido esses últimos e assim ser analisado as reais consequências penais da tutela dos interesses difusos.

Mir Puig (1988, p. 135) reconhece expressamente a existência e a importância da proteção penal dos interesses difusos na atualidade:

Las modificaciones que entretanto ha ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos.

A doutrina penal brasileira vem reconhecendo a existência de bens jurídicos coletivos e, principalmente, difusos e a sua importância para a tutela penal.

Miguel Reale Júnior (1983. p. 214) aponta a existência de novas áreas no Direito Penal, como a defesa do meio ambiente, da justiça social e das divisas financeiras do País, consistindo em bens jurídicos a serem penalmente tutelados.

Fazendo uma análise dos crimes ambientais, no mesmo sentido, nota-se que na segunda metade do séc. XX, novos problemas vieram solicitar a atenção do ordenamento jurídico pela constatação de uma progressiva degradação, e por vezes destruição, do meio ambiente, aliada à previsão das consequências catastróficas que isso acarreta para a vida do homem e dos outros seres da natureza, devendo ser por todos os meios obstados para garantir a sobrevivência da própria humanidade.

O Direito Penal, parte integrante desse ordenamento jurídico, não pode assim deixar de oferecer a sua contribuição para essa missão salvadora, justificando-se a sua intervenção não somente pela gravidade do problema e pela sua universalidade, mas

também porque o direito ao meio ambiente, na sua moderna concepção, insere-se entre os direitos fundamentais do homem, os quais incumbem tradicionalmente ao Direito Penal defender, como *ultima ratio*.

Não obstante, porém, as concepções em torno dos interesses coletivos e interesses difusos não são excludentes nem antagônicas. Com efeito, existem sempre no território de qualquer um dos interesses coletivos (preservação da vida, da integridade, da saúde, do ambiente, a tutela do consumidor etc.) maiores ou menores núcleos de conflitos e divergências.

Salomão Schecaria (1999. p. 133) ao analisar os efeitos das transformações sociais no Direito Penal, também reconhece o interesse da proteção dos interesses difusos e coletivos, ou seja, o Direito Penal preocupa-se em selecionar todos os bens essenciais para uma harmonização da sociedade.

Todas as mudanças sociais refletem no âmbito jurídico e assim impulsiona que o Direito transforme-se conforme tais mudanças deve haver uma relação dialética e interativa na criação e revogação das leis. O homem, como um ser social, necessita desta integração. Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.

Quando a doutrina penal cita bens jurídicos coletivos, está fazendo referência ao interesse público, ou seja, àqueles bens que decorrem de um consenso coletivo, em que há unanimidade social de proteção e forma de proteção. Os conflitos que podem gerar, portanto, ocorrem entre o indivíduo que pratica o crime e a autoridade do Estado efetuando a punição. Vale dizer, que em relação aos bens jurídicos difusos, a conflituosidade de massa está presente em suas manifestações, contrastando interesses entre grupos sociais na sua realização. Dessa forma, o Estado realiza muitas vezes uma intermediação, ou melhor, dispõe uma diretriz para as condutas socialmente consideradas, ao tipificar tais condutas como crime, ou não tipificá-las, deixando outros ramos do Direito realizarem a solução.

Diante dessa explanação tem-se que os bens jurídicos penais de natureza coletiva 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. Exemplos claros de tais bens são: a incolumidade pública, a paz pública etc.

Já quanto aos bens de natureza difusa, que também se referem à sociedade como um todo, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, em que os interesses econômico-industriais e o interesse na preservação ambiental se contrapõem, ou na proteção das relações de consumo, contrapostos os fornecedores e os consumidores, na proteção da saúde pública, no que se refere à produção alimentícia e de remédios, na proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.

Os denominados bens jurídicos supra-individuais, atualmente são considerados os maiores objetos de preocupação no que tange à tutela jurídico-penal. Tratando da proteção dos referidos bens jurídicos, tem-se, na linha funcionalista, sua vinculação à função dos sistemas sociais ou institucionais. O direito, como estrutura da sociedade, desenvolve-se fundamentalmente sob a perspectiva de um conflito. Tal conflito constitui, então, o substrato social que conduz à generalização de expectativas de conduta. (Roxin, 2007, p. 454). Justamente por isso, não se adequa a pretensão de reduzir a garantia jurídico-penal às expectativas de conduta cuja função social afeta exclusivamente contatos sociais diretos (conflitos imediatos), haja vista que referida pretensão acabaria por afastar tal garantia da configuração da sociedade (retornando-se à mera garantia jurídico-penal de uma sociedade pré-moderna, individualista).

Assim, sendo os bens jurídicos entendidos a partir dos indivíduos, mesmo os bens jurídicos supra-individuais apenas poderão ser considerados legítimos na medida em que sirvam ao desenvolvimento pessoal dos cidadãos. Essa concepção pessoal do bem jurídico advém do modelo do Estado liberal, tendo por base a ideia do contrato social de Rousseau.

Exatamente por isso, conforme a concepção pessoal, a hierarquização entre bens jurídicos individuais e supra-individuais revela-se perigosa, haja vista que, no contexto da sociedade atual, pode haver uma dissolução técnico-social do sujeito na constituição de bens jurídicos supra-individuais, levando, conseqüentemente, à ameaça de uma funcionalização dos interesses pessoais em relação ao Estado.

Na mesma linha de raciocínio, aplicado à realidade atual das sociedades complexas, as normas penais apenas podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo o respeito aos direitos humanos de todos. Assim, na medida em que essa tarefa não possa ser cumprida por outros instrumentos de controle social, o Estado deve garantir penalmente não apenas as condições individuais necessárias para tal coexistência (tais quais a vida, a integridade física e o patrimônio), como também as instituições estatais que sejam imprescindíveis a tal fim (como o sistema financeiro, a administração da justiça e o sistema fiscal).

Desta forma, os bens jurídicos, são realidades ou fins necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal voltado à consecução de tais fins. A distinção entre realidades e fins leva a conclusão de que os bens jurídicos não necessariamente vêm dados ao legislador, como ocorre, a título de exemplo, com a vida humana, senão que também podem ser criados, como sucede em matéria tributária.

b) Bens disponíveis e indisponíveis

Na busca incessante de um critério objetivo que permita estabelecer-se a distinção entre bem disponíveis e indisponíveis, um setor doutrinário, que chegou a influir na elaboração das jurisprudências italiana e alemã, estabelece que a distinção se faz tendo-se em vista a utilidade social do bem. Quando este não se reveste de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, este é disponível, e, contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível (Pierangeli, 2001, p. 119).

Destarte, diante das dificuldades em se criar um critério seguro e objetivo a respeito da disponibilidade do bem jurídico, recomenda Pierangeli (2001, p. 121) que se faça uma análise das normas vigentes no ordenamento jurídico, dos princípios, das fontes

(meditas e imediatas), além de um exame dos usos e costumes, do momento histórico, e o juízo adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal.

A forma de superar esta imprecisão é ter em conta que esta classificação dos bens jurídicos se realiza em função de uma situação social, concreta ou abstrata, relacionada às pessoas, coisas, condição pessoal, dentre outras, e a partir daí passa a ser protegido pela norma. Portanto, serão disponíveis os bens jurídicos que não ofereçam uma imediata utilidade social.

Zaffaroni (2002, p. 462) define o bem jurídico disponível e penalmente tutelado:

“[...] 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”. Tal definição está estreitamente relacionada à disponibilidade do titular com a coisa, de forma que dizer que a honra é um bem jurídico disponível abrevia o verdadeiro bem jurídico, qual seja, o direito a dispor da própria honra. Em apertada síntese, o bem jurídico é o direito do titular dispor de certo objeto.

O Estado reconhecendo a disponibilidade do bem garante por sua vez a liberdade do indivíduo em usufruí-lo. É por meio desta interpretação dos costumes e valores, que o ordenamento jurídico extrai critérios a respeito da disponibilidade penal de um bem. No caso dos bens disponíveis vê-se que a renúncia à tutela penal atinge preponderantemente o interesse individual. Portanto, havendo utilidade social na preservação do bem, o consentimento é irrelevante, tendo em vista a necessidade de preservação do interesse público.

A disponibilidade, portanto é admissível em se tratando de bens jurídicos individuais, nesta orientação a doutrina coloca como disponíveis a propriedade, a liberdade sexual, a liberdade de locomoção e a honra.

Ainda numa tentativa de fixação de um critério objetivo que permitisse a distinção, tentou-se delinear um critério embasado no direito processual, servindo-se das ações penais para estabelecer a seguinte lógica: sendo a ação penal incondicionada, o bem fatalmente será indisponível; o raciocínio contrário era utilizado no que tange às ações penais privadas (Pierangeli, 2001, p. 119). Explicando melhor, sendo o crime de ação penal pública incondicionada, forma-se uma presunção sobre o bem atingido indisponível, e, inversamente, se a ação penal a ser proposta é de iniciativa privada, é de se presumir tratar-se de bem disponível.

Porém, patente a falha do referido critério, eis que a imposição da norma no sentido de ação se dê mediante querela não aponta certamente a indisponibilidade do bem, mas a preocupação do Estado em resguardar o ofendido de eventuais prejuízos irreparáveis causados pela publicidade do processo. O legislador ao fixar a natureza da ação penal o faz de forma arbitrária, e, por consequência, inseguro, mas sempre servirá ao intérprete, desde que não seja usado com exclusividade.

O legislador, da mesma maneira que pode restringir ou ampliar o âmbito da disponibilidade do bem jurídico, pode também inclinar-se pela indisponibilidade – de todos os bens tutelados pela norma penal. Porém é oportuno esclarecer que numa sucessão de leis no tempo, o bem jurídico pode transmudar-se de disponível em indisponível e vice-versa. Um exemplo é a o da eutanásia ou homicídio piedoso que não era punível pelo Código soviético de 1922 e o é na legislação atualmente vigente naquele país.

Uma vez estabelecido que não é possível se fixar um critério seguro que permita concluir-se pela disponibilidade, ou não, do bem jurídico, faz-se necessário percorrer não apenas um ramo do Direito, mas todos os princípios gerais que formam a base do ordenamento jurídico estatal.

Em contrapartida a estes, por bens indisponíveis se consideram os bens pertencentes ao Estado, (por exemplo: os delitos contra a soberania do Estado, contra a ordem política, contra a administração pública, contra a administração da justiça, contra a fé pública, etc.), a coletividade não personificada (saúde pública, segurança pública, etc.) e a família.

Quando o bem lesionado pertence ao Estado, significa que a sua proteção seja valiosa para a comunidade justamente por apresentar uma utilidade social, sendo assim são caracterizados como bens indisponíveis. É oportuno salientar que os tipos penais pluriofensivos, protegem ao mesmo tempo a coletividade e os indivíduos, portanto, se encontram também na categoria de indisponíveis.

O entendimento que nenhum bem jurídico é totalmente indisponível, depende sempre da gravidade da lesão e das demais circunstâncias fáticas. Até mesmo a vida, bem jurídico de maior relevância ao Direito Penal, é passível de disposição em alguns casos raros, tais como o suicídio e a eutanásia, por entender a sociedade que, neles, a manutenção da vida é mais danosa do que o seu término. Entender de forma diversa, rotulando determinados bens como indisponíveis ou irrenunciáveis, significa extinguir de

início a discussão sobre a sua disponibilidade. Isso cria injustiças manifestas, principalmente considerando que os valores sociais estão em constante mudança, exigindo certa flexibilidade do Direito Penal.

As doutrinas por sua vez, elaboram critérios a respeito da diferenciação dos bens. Esta questão ganha ênfase em um Estado liberal, pois a liberdade pessoal deve ser respeitada, evitando de outra forma qualquer afronta a própria dignidade da pessoa humana e a sua autodeterminação.

Há momentos na história em que o Estado se ocupa de um espaço importante na organização da vida social, justificado pelo objetivo de promoção do bem estar coletivo, assegurando direitos trabalhistas, educacionais e políticos, por exemplo, ora se retrai, rendendo-se à liberdade individual (Minahim, 2008, v. 09, p. 65-65-81). A importância do contexto social permite uma melhor visão sobre os bens protegidos pelo Direito penal, já que a possibilidade de disposição de um bem pode variar a depender da sua relevância para o Estado, o que conjuga com a já citada utilidade social.

Não há como negar a tensão entre o individual e o coletivo, portanto a oscilação existente no que tange a autonomia do titular do bem jurídico dá margem ao próprio ser humano decidir e gerir os seus atos, inclusive optando por qual lei deverá se submeter. Logo, o Estado homenageia a autonomia individual.

Admitindo-se que a autonomia seja sempre prevalente, o consentimento permitiria que o titular do bem pudesse a vir a renunciar um bem jurídico, independente de sua categoria. Por isso, imprescindível se estabelecer as possibilidades da renúncia.

Mister se faz delinear as características que farão com que o bem seja, ou não, disponível. Nesse ponto, os estudiosos do assunto se deparam com um grande problema, que até o presente momento não obteve solução satisfatória, ou seja, definir com precisão o que seria um bem disponível ou não.

O que se sabe é que doutrinariamente, quanto à definição a respeito da disponibilidade dos bens jurídicos, dois critérios são empregados, porém não há como descartar neste contexto, a ênfase na autonomia em renunciar quaisquer destes bens.

A autonomia do indivíduo tem um papel importante para concluir a favor da disponibilidade do bem jurídico.

A distinção entre bens disponíveis e indisponíveis deve ser feita a partir de critérios, e a doutrina prevalente estabeleceu que por meio do chamado “balanceamento de

interesses”, ou “equivalência dos interesses” é possível delimitar a categoria dos bens. A teoria foi concebida na Alemanha, no começo do século XX, e, dentre os seus defensores podemos assinalar Alfred, Roberto Von Hippel e Liszt-Schmidt, e, ainda em obras recentes ela vem sendo defendida. O critério chamado de balanceamento dos interesses determina que o interesse privado lesado que não contenha relevância estatal poderá ser passível de disposição.

A validade do critério, porém, é parcial. Nas diversas maneiras em que vem exposta, a teoria pressupõe, sempre, um conflito de interesses entre vários titulares de um bem jurídico ou de diversos bens jurídicos (Pierangeli, 2001, p. 117).

Insatisfatório, conquanto não de todo desprezível, o critério da doutrina Alemã, pois se realmente, fosse exato o critério do balanceamento ou da equivalência dos bens, seria de se concluir pela existência de um conflito entre os diversos titulares de bens jurídicos, o que faz pressupor a existência de uma pluralidade de bens juridicamente tutelados, quando, de regra, o bem jurídico é um só. Não só, pois, o resultado singular de tal raciocínio reclamaria, necessariamente, um confronto ou uma proporção entre dois bens jurídicos como se uma mesma norma tutelasse, sempre, um bem disponível e um indisponível (Pierangeli, idem, p.117).

O balanceamento ou equivalência dos interesses não constitui um critério absolutamente seguro para diferenciação do bem, mas não deixa de ser um elemento que pode contribuir na hipótese de dano a um objeto pertencente a várias pessoas, pois neste caso, o bem jurídico seria disponível, porém, se uma dessas pessoas não pode validamente consentir, faltaria a legimitidade para dispor do bem.

Consequentemente, o critério só é válido na medida em que serve para individualizar a disponibilidade, mas não serve para solucionar um eventual conflito entre vários titulares de um único bem jurídico.

O segundo critério, determinado por uma corrente doutrinária ítalo-alemã, opera a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis a partir da sua utilidade social. Assim, indica Pierangeli (2001, p.119) que havendo uma “[...] mediata utilidade social o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo, podendo assim dispor do bem, portanto, disponível. Contrariamente, quando a utilidade social se manifesta de imediato, o bem é indisponível”.

Tentou-se, ainda, delinear um critério embasado no direito processual, servindo-se das ações penais para estabelecer a seguinte lógica: sendo a ação penal incondicionada, o bem fatalmente será indisponível; o raciocínio contrário era utilizado no que tange às ações penais privadas.

Porém, patente a falha do referido critério, eis que a imposição da norma no sentido de que a ação se dê mediante querela não aponta certamente a indisponibilidade do bem, mas a preocupação do Estado em resguardar o ofendido de eventuais prejuízos causados pela publicidade do processo.

Destarte, diante das dificuldades em se criar um critério seguro e objetivo a respeito da disponibilidade do bem jurídico penal, recomenda Pierangeli (2001, p. 120) que, para se estabelecer os limites do consentimento do ofendido diante de um bem definido como disponível é preciso que se faça a conjugação de três aspectos, sendo eles: a análise de todos os princípios norteadores do Direito; a apreciação de todas as fontes (mediatas e imediatas); e o juízo adotado pelo legislador para a fixação da natureza da ação penal.

Ensina Tavares (2004, p. 65) que é possível definir o bem como disponível ou não, desde que em um primeiro momento, determine se o bem é coletivo ou individual. Se coletivo, intolerável a sua disponibilidade, uma vez ligado a valores indispensáveis à manutenção da ordem pública e social. Caso contrário, ou seja, se for o bem individual, deve-se verificar se o titular do bem pode dele livremente dispor, o que será estabelecido pela consciência jurídica da época, bem como por todo conjuntos das disposições legais.

Ainda com relação aos bens suscetíveis de serem disponíveis por seu titular, Antón Oneca (1986, p. 43), o consentimento é eficaz na maior parte dos delitos contra a propriedade, sendo incompatível em delitos contra a honra, a liberdade e com alguns contrários a honestidade individual. Razoável admitir que o bem jurídico penal disponível será aquele obrigatoriamente individual, cujo titular possa livremente renunciar à tutela estatal.

O exercício da autonomia no direito penal ainda é uma ideia que colide com a proteção dos bens jurídicos, pois se o bem valorado é protegido é porque o próprio ordenamento jurídico dispôs assim, já que são vitais para a convivência harmônica em sociedade. Questiona-se assim se seria possível falar em bens intangíveis quando se considera a vontade do indivíduo como modo de “impor” a sua autonomia. Admitindo-se

que o consentimento tenha validade, quando se trate de bens jurídicos considerados indisponíveis, haveria algum limite para legitimar a renúncia do titular à proteção penal ou, uma vez manifestada falta de interesse do titular do bem jurídico em sua preservação, seria possível sua livre disposição para qualquer finalidade?

O que deve predominar: a autonomia do interessado ou as concepções morais coletivamente compartilhadas? Questões como estas são passíveis de dúvidas quanto à possibilidade de validação do consentimento do ofendido quando o bem jurídico disposto é intangível.

De qualquer forma, em decorrência da distinção decorrentes dos bens individuais e coletivos vários pontos controvertidos passam a surgir (Tavares, 2004, p. 70): o primeiro, de impor a adoção de um sistema dualista, isto é, de que os bens podem ter origem tanto na órbita individual, como coletiva estatal, conforme a sua função; o segundo, de incrementar um Estado de proteção simbólica, principalmente quando se trata dos chamados bens coletivos; o terceiro, de tornar obscuras suas propriedades, o que reforça sua confusão com as funções do bem jurídico, na medida em que estas passam a ser interpretadas como interesses do Estado.

Esta confusão é uma consequência inevitável de um sistema penal de proteção, como normalmente se trata, quando fala de tarefas do Direito Penal, porque, com isso, se passa a entendê-lo desde a perspectiva de suas características programáticas e não como instrumento de delimitação de poder, como deve ser em um Estado democrático.

Com isso, só será identificado como bem jurídico - disponível ou indisponível - aquele que possa ser concretamente lesionado ou posto em perigo, de tal modo que a afirmação da lesão ou de perigo de lesão seja suscetível de um procedimento de contestação.

No âmbito dos estreitos limites do injusto penal, não basta caracterizar, assim, um valor como bem jurídico que possa ser reduzido, direta ou indiretamente, já que há a necessidade de afetar a pessoa humana. A possibilidade desse procedimento é o limite normativo – as regras do jogo – a questão da espiritualização do bem jurídico.

Diante da sugestão da doutrina majoritária, o consentimento não tem eficácia para aqueles tipos penais que protegem bens jurídicos da comunidade, embora quem seja imediatamente afetada seja uma pessoa individual (por exemplo, os delitos de falso testemunho); já dentro dos bens jurídicos individuais, não são disponíveis por seu titular

aqueles que são denominados “irrenunciáveis”, e neste caso o consentimento é irrelevante. No caso, o bem jurídico vida.

O bem jurídico vida é indisponível para seu titular (postura indiscutível tanto pela doutrina e jurisprudência), o que faz concluir que em um Estado de Direito Democrático como o nosso com diversidade de direitos essenciais e garantias constitucionais, surjam questionamentos a respeito dos bens reconhecidos em uma sociedade como indisponíveis e a possibilidade de renúncia pelo seu titular. Os valores e os bens devem ser protegidos pelo ordenamento penal, buscando na Carta Magna, o limite para o legislador interpretar e aplicar a lei penal.

O limite ao direito de punir do Estado deve, portanto respeitar a esfera de privacidade da cada cidadão e o exercício dos seus direitos. Os limites que se pretendem impor a disponibilidade dos bens jurídicos personalíssimos, jamais podem ser referidos a moral, aos bons costumes e menos ainda a religião. A aplicação destes parâmetros deixaria aberta a porta para que seu conteúdo possa ser integrado arbitrariamente segundo a conveniência de quem exerce o poder.

Logo, os valores, bens ou interesses serão consagrados como bens jurídicos, a partir do desenvolvimento da pessoa individual e da comunidade conjuntamente. O Estado se interessa pela sua proteção através do direito penal. Assim, é indiscutível a relevância do direito à vida, à liberdade e a autodeterminação da pessoa em um Estado democrático.

Dessa forma, como assevera Rudolphi (2010, p. 64), o conceito de bem jurídico não é estático, tendo em vista que o desenvolvimento da sociedade e das pessoas que ali habitam transforma os valores no que tange a vida, a integridade física, a honra, etc,...”seu significado para o indivíduo em sua realidade social não se esgota em sua mera existência, pelo contrário, se abre em virtude da sua importância uma determinada possibilidade de ação...”. Nas suas palavras, se trata de unidade funcionais valiosas para nossa sociedade regida constitucionalmente, não deixando de se considerar a liberdade dos cidadãos individualmente considerados...”.

A doutrina por excelência afirma que os bens jurídicos personalíssimos, como a liberdade e autodeterminação geralmente não são questionáveis havendo inclusive a ampla disposição sobre estes, entretanto questionável se faz a possível disposição sobre o bem, vida.

Aqueles que rechaçam qualquer possibilidade da disponibilidade do bem jurídico vida por seu titular, se baseiam em um interesse da comunidade, justificado pelo interesse do Estado em proteger o bem ainda que contra a vontade do titular, alegando melhor interesse para este. Estes argumentos, em primeiro lugar, são suscetíveis de serem utilizados arbitrariamente por quem exerça o poder; em segundo lugar, contraria a normativa constitucional por desconhecer o princípio da autodeterminação que possui toda pessoa capaz.

A tensão notadamente constante entre o indivíduo e a coletividade e por vez prepondera um ou outro e o desejo de conciliação entre interesse público e interesse privado pode ser capaz de preservar a pessoa “como reserva de solidão perante as totalidades sistemáticas” e de permitir a existência de um espaço comum de realização.

O intérprete então, deve sempre ter em conta que o “o bem jurídico que se protege com a norma é, além do seu conteúdo essencial, elemento indispensável para a interpretação, ao perfilar e delinear claramente a essência da figura delitiva e revelar ao aplicador qual é a sua verdadeira finalidade” (Mir Puig, 2007, 128).

1.4 Síntese evolutiva sob o aspecto histórico do bem jurídico

Hoje, a ideia de bem jurídico apesar de padecer ainda de objeções e falta de uniformidade, alcançou, porém uma posição privilegiada se considerarmos seu surgimento e evolução.

Desta forma, o presente tópico tem como foco demonstrar, de forma mais completa, porém sucinta, as fases históricas e evolutivas para a melhor compreensão do bem jurídico penal. Entretanto, a maior preocupação refere-se em permitir ao leitor que através do conceito de crime deve ser possível alcançar o conceito de bem jurídico, pois só haverá um ilícito se aquele for atingido, pois se depreende da tutela penal.

Não há consenso doutrinário a respeito da origem do termo bem jurídico, ou mesmo quanto ao momento ou à teoria que propiciou o surgimento desse termo e de seu conteúdo. Porém “a evolução do conceito e das noções do bem jurídico-penal corresponde em bases análogas ao desenvolvimento das próprias doutrinas penais, em especial quanto ao conteúdo assinalado ao ilícito penal” (Lopes, 1999, p. 324), de forma

que o conceito de bem jurídico se amolda aos distintos momentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral (Tavares, 2004, p. 21).

Estes bens são interesses da coexistência social, são valores reputados fundamentais à própria existência da sociedade organizada em termos de Estado, são os resultados das mudanças sociais, da variação das culturas e principalmente do momento histórico. Os comportamentos que agridam lesem, ponham em causa, façam perigar esses interesses, devem ser objeto de uma reação.

A ideia de que o crime lesa bens fundamentais e não direitos remonta a *Birnbaum* (séc. XIX), precisamente em 1834, que vem dizer que os crimes não lesam direitos, mas sim bens, isto é, entidades para além da própria ordem jurídica, ou seja, a sua única preocupação era definir de forma natural o delito, independente do direito positivo (Swerth, pag. 55).

No 2º período pós-guerra Mundial, o "bem jurídico" serviu como um conceito crítico na fundação de uma forma liberal de pensar sobre o direito penal que culminou na grande reforma penal ao final dos anos 1960 e início de 1970 que suprimiu muitos dos "crimes contra os costumes" tradicionais ("Sittlichkeitsdelikte") como adultério, sodomia e bestialidade, mas também a blasfêmia, a partir do Código Penal alemão. Esta postura baseou-se em evitar um normativismo exacerbado, pois a pena contribuiu também para a estabilização da norma.

Em uma perspectiva histórica, esta não é sem ironia, porque o conceito de "bem jurídico" tinha sido introduzido no século 19 por Birnbaum, com a intenção de frente, ou seja, como uma ferramenta teórica que permitiu justificar a proteção das normas morais, a fim de superar a então prevalecente doutrina restritiva formulada por Feuerbach que o direito penal só pode proteger forma legal de direito (Amelung 1972, pag. 43 *et seq.*).

Birnbaum nesta época utilizava o termo bem ou bem jurídico para caracterizar a limitação do direito penal, ou seja, tal limitação imposta ao legislador na formulação do direito penal está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer estado de direito democrático-liberal, pouco importando se fora consagrada a teoria da legitimação do direito penal. Vale informar que até os dias atuais o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu uma teoria específica da limitação do legislador penal, se contentando em recorrer à teoria geral dos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade,

avaliando desta forma o direito penal com base nestes parâmetros extraordinariamente frouxos (Schunemann, 2005, p. 72).

Nos últimos anos, a discussão acadêmica de “*Rechtsgutslehre*” preocupou-se, principalmente, na revisão e aperfeiçoamento do conceito e perguntou, por exemplo, se os bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente ou dos direitos dos animais pode ser protegido pelo direito penal.

1.4.1 Pré-iluminismo e iluminismo

O crime na Roma antiga era diferenciado como público ou privado. Os delitos públicos eram tidos como infrações à coletividade, a punição se dava por meio da *provocatio ad populum* e a pena era aplicada de forma a que todos vissem, ou seja, de forma pública; já os delitos privados, por sua vez, atingiam, naquele entendimento, tão somente o interesse privado, que era regulado pela esfera do Direito Privado, sendo que a punição do delito ficava a cargo do particular.

O crime era tido como uma violação a ordem de paz, sobretudo um pecado - desobediência à vontade divina. O direito era baseado apenas nos costumes e a vingança era exercida pela vítima ou pela própria sociedade, contra o agressor e uma vez praticado o crime este era extirpado da sociedade.

Nesta época, crime e pecado se confundiam e as penas eram totalmente desarrazoadas e o Direito Penal era na realidade utilizado para tutelar a religião e os interesses da sociedade, buscando a paz pública. O ilícito penal aparece contemplado em uma dimensão eminentemente teológica ou privada.

Com o iluminismo na época 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 (Navarrete, p. 563).

Os ideais próprios da época de luzes fizeram com que os 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 cidadão, conforme os ideais iluministas da época.

O crime neste momento histórico estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas, pois ao praticar o ilícito penal a resposta penal era somente sob o aspecto preventivo, já que à época a busca pela humanização era favorecer ou garantir os bens individuais.

O direito subjetivo emerge como instrumento mais eficaz com o propósito de garantir a liberdade pessoal. O delito é assim entendido como a conduta que transgredir um direito alheio, proibido pela lei penal, a qual tem por finalidade a proteção dos direitos dos indivíduos e do Estado. Não são outras as suas palavras: “Aquele que viola a liberdade garantida pelo contrato social e pela leis penais pratica um *crimen*. Por fim, crime é, em sentido amplo, uma lesão prevista numa lei penal”.

No caso de o delito atentar contra os direitos do Estado, pratica-se um delito público (*delictum publicum*); se contra os direitos dos indivíduos, perpetra-se um delito privado (*delictum privatum*). Distingue-se ainda entre delitos comuns e delitos próprios (Regis Prado, 1997, p. 30).

A base do conceito de crime no período iluminista funda-se na lesão de direitos subjetivos, direitos estes inatos ao indivíduo ou à comunidade, de natureza pré-jurídica, em que a sua violação representaria a violação do contrato social, elemento necessário à proteção das liberdades individuais em um período de posições filosóficas marcadamente individualistas (Coelho, 2003, p.34).

1.4.2 Feuerbach e Birnbaum

Na visão de Feuerbach, a doutrina da lesão a um direito subjetivo é inquestionável, pois é fundada no contrato social. Esta teoria 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 núcleo de cada crime a lesão a direitos subjetivos dos membros da sociedade, e o direito penal se apresentava como protetor dos direitos dos indivíduos e dos Estados. O conceito de delito estava subordinado a um princípio

material, a preservação da liberdade 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 algumas ações que não ofendiam direitos subjetivos também eram punidas, como ocorria com os crimes contra a honestidade. Polêmica havia também contra as infrações policiais e à falta de previsão de direitos coletivos.

Surgiu também neste 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.

Nas palavras de Luis Régis Prado:

Contratualismo (o contrat 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 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 (Gomes, p. 74).

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 referencia expressa ao termo “bem jurídico”. Necessária conforma a 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 (*apud*, Magalhães Gomes, 2003, p. 17).

A transcendência do caráter individual para a consideração do sistema social também foi uma característica marcante de seu pensamento, tendo distinguido, inclusive, bens individuais 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 pelo hegelianismo, pela escola histórica e pelo positivismo moderado Mittermayer. Não abandonando completamente o individualismo, o iusracionalismo e a vertente crítica, abre as portas ao positivismo (Costa, p. 52 e 53).

1.4.3 Positivismo: Binding e Von Lizst

Com o positivismo, surgem no âmbito penal direções metodológicas diversas, no primeiro momento com Binding que dá ao bem jurídico uma nova dimensão. Para o autor, o bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas normativas principais contra a sua fraude, logo o bem jurídico tem como fonte a própria lei. Sendo assim, o legislador estaria liberado para selecionar qualquer bem que entenda como relevante para a tutela penal.

Em um segundo momento, Franz Von Lizst entendia que o interesse tutelado pelo direito penal era preexistente à própria norma, o que ficava claro que a norma viria apenas com aspecto positivador, logo não é efetivamente o legislador que cria esses bens, pois eles existem, preexistem, sendo certo obviamente que quando o legislador lhes confere tutela jurídica transforma esses bens em bens jurídicos. Juarez Tavares (2003, p. 188) expõe o referido pensamento, afirmando que “manifesta Von Lizst o entendimento de

que o interesse, que vai dar lugar ao bem jurídico, é pré-existente ao conteúdo da norma; a esta cabe apenas acolhê-lo como se objeto de proteção”.

Posteriormente, em um terceiro momento, a partir do século XX, aparecem as orientações espiritualistas que, sob influência da filosofia neokantiana, desenvolveu-se na área penal a concepção metodológica ou teleológico-metodológica de bem jurídico. Com o neokantismo, o bem jurídico passou a ser entendido como um valor cultural, sendo que sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo valorativo.

Essa doutrina fundamentou o conceito de ciência do espírito no método e não no objeto, como o historicismo, dando lugar a uma filosofia axiológica.

Essa visão positivista iniciou uma nova fase no 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 ela, 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 naturalístico-sociológicas, 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 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 (...) (vol.1, p. 94).

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 (positivista jurídico) e Von Liszt naturalístico-sociológico (positivista sociológico ou naturalista) e, apesar de suas posturas políticas-metológicas diversas, ambos se aproximavam nos resultados práticos de suas doutrinas, na medida que o legislador quem dá a palavra final sobre quais os bens dignos de tutela (Navarrete, p. 566).

Hodiernamente, os bens jurídicos são uma verdadeira combinação de valores fundamentais, por referência à axiologia constitucional e visam o bom funcionamento da sociedade e das suas valorações éticas, sociais e culturais. Portanto, mostra-se que a sociedade atual vive sob o ‘manto’ de uma concepção mista em que se dá ênfase a uma combinação individualista, social ou mesmo funcional do bem jurídico.

Os bens jurídicos tutelados pelas diferentes incriminações têm de estar de acordo com a Constituição, significando isto que: tem de estar em harmonia com o princípio da representatividade política e com o princípio da reserva de lei formal. É a Assembleia da República que deve efetivamente escolher quais esses valores, quais esses interesses que carecem de tutela jurídico-penal.

1.4.4 Concepção Neokantiana

O neokantismo (que compreende o direito como intermédio entre os mundos de ser e do dever ser) inaugura uma fase em que a medida individual cede lugar a 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 (Tavares, 2004, p. 189).

Essa foi marcada pelo desenvolvimento da concepção metodológica ou teológico-metodológica do bem jurídico. Na lição de Jorge Figueiredo Dias, essa concepção transformou os bens 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 formula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma (Dias, 2009, p. 64).

Conforme 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, como desobediência à norma e sintoma de periculosidade individual, e o bem jurídico, na fase neokantista, como valor cultural, de cunho ético-social.

Restou a noção do bem jurídico, subjetivada e 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 (Gomes, 2003, p. 80).

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 que não se confunde com o princípio da alteridade. Neste, há um bem jurídico a ser penalmente tutelado, mas pertencente exclusivamente ao responsável pela conduta legalmente prevista, razão pela qual o Direito Penal não está autorizado a intervir: “parágrafo 2º- as penas e as medidas de segurança servem para a tutela de bens jurídicos (...) (Gomes, 2003, p.81)”.

Correto dizer, portanto, que os valores mais importantes considerados eleitos por uma determinada sociedade, em determinado momento histórico, devem 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 da tipologia criminal (Ferrajoli, 2002, p. 372).

A doutrina parece ser uníssona em afirmar que nem todos os bens jurídicos devem ser objeto de tutela penal, sendo assim considerados apenas quando agredidos mais violentamente. Uniforme também o entendimento de que esses bens jurídicos penais não

necessitam estar expressamente previstos na Constituição, mas devem estar de acordo com o espírito da Lei Maior.

Roxin (2006) afirma, em seu Tratado de Direito Penal, 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 conteúdo, 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.

Assim, as coordenadas fornecidas ao legislador pela Constituição assumem destacada importância na medida em que informam o conteúdo a ser atribuído às incriminações, e apontam os critérios a serem observados para a atribuição de tutela penal aos bens jurídicos dela merecedores. É a partir do texto constitucional, portanto, que devem ser apreendidos os valores que requerem uma tutela diferenciada por parte do ordenamento jurídico, assim como se deve aferir o significado axiológico daqueles para que a proteção dispensada seja a que melhor desempenhe a função à qual é disposta.

Então, apresenta-se como primordial para que o sistema de tutelas penais esteja sempre orientado com vistas à proteção de bens jurídicos- sem que isso signifique abrir mão de zelar, também, pela liberdade individual dos cidadãos-, que a eleição das condutas a serem incriminadas siga uma ponderação de todos os interesses afetados pela referida escolha. Para esta tarefa, portanto, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como importante diretriz a fim de que o legislador desempenhe seu papel constitucional de determinar, no plano abstrato, quais bens, sob quais formas de agressão e em que medida, merecem ser protegidos criminalmente.

1.4.5. Teorias sociológicas ou funcionalista

O perpassar evolutivo da noção de bem jurídico continua com grande número de contribuições das mais variadas facetas, algumas de caráter negativo, até o aparecimento das concepções modernas, principalmente as sociológicas (funcionalistas sistêmicas e interacionistas simbólicas) e as constitucionais.

Consoante, lição de Luis Regis Prado (*apud*, Regis Prado, 2010, p. 26): “dentre as primeiras podem ser mencionadas as de K. Amelung, G. Jakobs, H. Otto, J. Harbermas, R. P. Calless, Mir Puig, Gomes Benitez, entre outros”.

Em apertada síntese, Amelung (*apud*, Regis Prado, 2010, p. 32) entende ser a noção de bem jurídico válida como teoria sistêmica e critério de nocividade social. A legitimação substancial da referida noção encontra-se separada de Jakobs na vigência da norma enquanto objeto da tutela.

Este último autor, nas pegadas de Luhmann, afirma que a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, no sentido de garantir expectativas indispensáveis ao funcionamento do sistema social. Tem a função de estabilizar a ordem social através da imputação de condutas. O delito, como transgressão da norma penal, significa oposição normativa que se vê contrariada pela sanção, que impõe ou restabelece a obediência ao Direito (Prado, *apud*, Jakobs, 1995, p. 33).

O grupo que se filia ao pensamento de Jakobs (1995), parte do pressuposto de que as normas penais devem assegurar uma expectativa de conduta adequada, o bem jurídico passa a se identificar e aproximar do sentido de validade fática da norma.

Já Otto considera o bem jurídico como a relação real ou fática (situação) de um sujeito com um objeto- unidade funcional. Entende-se por bem jurídico uma determinada relação concreta do indivíduo com algo que sirva para o desenvolvimento de sua personalidade. Habermas propõe uma série de critérios para a criação de bens jurídicos, em especial a identidade social (Prado, 2010. p. 34).

Para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes dos contextos social e cultural. Formula-se uma doutrina realista do bem jurídico, ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional (política criminal funcionalista racional). As teorias sociológicas são por ele classificadas conforme cumpram uma função crítica ou sistemática. As primeiras situam a noção do bem jurídico além do Direito Penal, transcendem o sistema. De outro lado, as sistemáticas reduzem-no a uma criação do legislador e são, por isso, imanentes ao sistema (Prado, 2010. p. 34).

Callies insere o conceito de bem jurídico dentro de uma estrutura social de interação, vinculada ao Estado de Direito democrático. De modo similar, ainda que adotando a ideia de danosidade social, posiciona-se Mir Puig. O Direito Penal deve

proteger os sistemas sociais, enquanto garantia do indivíduo. O que interessa aqui é a dimensão social do bem jurídico- necessidade social/possibilidade de participação no sistema social. No entanto convém frisar que este último autor não considera o aspecto funcional em si, desconectado dos objetos concretos próprios do conceito de bem jurídico. Importa o peculiar conteúdo atribuído à palavra funcional: aponta para o sentido (funcional) da análise em que aqueles objetos merecem proteção como bens jurídicos (Prado, *Apud*, Mir Puig, 1979, p.35).

De seu turno, Gomes Benitez reputa útil o conceito social de bem jurídico, desde que submetido a certas correções, tais como o conteúdo social do conceito (expressão direta de funcionalidade) e o dano social identificado com a necessidade de prevenção geral da pena (Prado, 2010, p. 35).

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

Percebe-se que o legislador ordinário não fica jungido a nenhuma espécie de vínculo por ocasião da escolha dos tipos incriminadores e de suas respectivas sanções, e também não se vislumbra nenhuma possibilidade de impedir ou, ao menos, dificultar o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela (Prado, 2010, p. 37).

1.4.6. 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 (Prado, p.62). Expressivo é o número de doutrinadores que afirma que a

Constituição é o “referencial” mais idôneo para que a teoria do bem jurídico venha a cumprir uma função crítica e limitadora do *ius puniendi*.

Que a Constituição autoriza a concepção do delito como ofensa a um bem jurídico, bem como a consagração do princípio da ofensividade, parece fora de dúvida. Aliás, é dessa premissa que se desenvolve a teoria constitucionalista do delito. Assim sendo, o problema está em verificar se ela estabelece algum tipo de vínculo imperativo limitador que governe o momento da seleção dos bens jurídicos que devam ser tutelados pelo Direito Penal.

O ponto de partida da tese de que a Constituição exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores fundamentais constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade. São valores que estão em permanente inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que é o da dignidade da pessoa humana.

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 diversas políticas-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 (Roxin, 2006, p. 55).

Para ele, no Estado Democrático do Direito, o direito penal exerce dupla função: proteção dos bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantias das prestações públicas necessárias para a existência digna do cidadão, sempre tendo em vista a garantia de uma vida de paz em sociedade (Roxin, 2006, p. 58).

Os autores que defendiam esta corrente não abandonaram o perfil funcionalista, como se depreende do posicionalmente de Juarez Tavares, na medida, que no fundo, segundo sua conclusão, o bem jurídico serve para manutenção do sistema (Tavares, 2004, p. 197).

O Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, como se infere do disposto no art. 1º da Constituição da República. Já em seu preâmbulo, a Lei Magna fixa os pontos principais, afirmando que o Brasil, instituído como Estado Democrático de Direito, destina-

se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Constitui-se Estado de Direito, uma vez que o ordenamento jurídico positivado estabelece um sistema organizado a toda a coletividade, a fim de garantir os direitos individuais e coletivos.

Por outro lado, diz-se “Estado Democrático”, pois aquele ordenamento estruturado é elaborado por representantes da sociedade legitimados mediante eleição por sufrágio universal, garantindo-se a participação de uma infinidade de partidos políticos com ideologias diversas.

O Estado deve existir para o homem, e não o contrário. Isso porque o cidadão é o centro do universo do sistema jurídico. Veja-se, ainda, que o compromisso adotado pela Lei Maior constitui-se na proteção do exercício dos direitos e garantias individuais e coletivas, ponto basilar em um Estado Democrático de Direito.

Um outro aspecto importante que não poderá deixar de ser comentado é que um dos fundamentos agasalhados pela Carta Magna é o princípio da dignidade da pessoa humana e devido à sua importância, deve construir todo o ordenamento jurídico e todas as decisões estatais, guiando a atuação do poder Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Ponderando sobre esse aspecto, é mister afirmar que o Direito Penal, no Estado Democrático de Direito, deve atuar como *ultima ratio*, isto é, deve ser fragmentário, garantista e deve ser usado com o fim exclusivo e tão-somente para a proteção de bens jurídicos e não como forma de controle estatal sobre o cidadão.

A autora Mariângela Gama de Magalhães Gomes em seu livro intitulado “O princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, afirma que:

segundo as diretrizes da Constituição, para proteger os bens jurídicos, o Estado deve esgotar os meios menos lesivos antes de se utilizar do recurso à norma penal, que, neste sentido, deve constituir uma arma subsidiária, a *ultima ratio*. Antes de tudo, é preferível a utilização de meios desprovidos de caráter sancionatório, como uma adequada política social; em seguida, se necessário for, recorre-se, então, quando nenhum dos meios anteriores for suficiente, estará legitimado o recurso à pena ou à medida de segurança.

Ademais, como se analisará no tópico seguinte, não basta uma proteção de bens jurídicos, mas, para a atuação do Direito Penal, é imprescindível a um ataque lesivo ou potencialmente lesivo ao bem jurídico.

Isso significa que há a exigência de que o Direito Penal “castigue” unicamente os ataques a bens jurídicos, pois o Direito Penal é visto como um mal, a teor de que, quando ele atua, reduz os limites da liberdade e atinge a dignidade (pressupostos fundamentais da pessoa humana no Estado Democrático de Direito). Portanto, esse “mal” somente é admissível à medida que resulte necessário e a necessidade exsurge quando se exige a proteção de bens jurídicos.

Como bem assinalado por Luiz Regis Prado (1997, p. 59-60):

Em um Estado de Direito democrático e social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade.

Por isso a doutrina costuma assentar que a missão primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, e com razão, pois “el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos” , nas palavras de Mir Puig (2006, p. 85).

Cabe observar que não se trata de defesa do abolicionismo penal, mas da defesa de um Direito Penal mínimo, no âmbito do estritamente necessário, uma vez que o Direito Penal, reitera-se, ao atuar, cerceia bens jurídicos de extrema importância (ex. liberdade, patrimônio, etc), porém visando a proteção de bens jurídicos de importante valor.

Todavia, como se denota, à medida que o sistema repressivo ataca a liberdade da pessoa humana, liberdade essa imprescindível para o desenvolvimento da vida humana e da sociedade, cabe ao Estado tutelar através do Direito Penal, porém este só deve atuar no campo do estritamente necessário – trata-se, destarte, de um mal necessário.

Nesse sentido, é salutar colacionar o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 98):

Considerando o elevadíssimo valor da liberdade individual, assim como suas gravíssimas consequências para o “ser”, não tanto (ou não necessariamente) para o “ter” da pessoa, por razões de proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio só resulta legitimada a privação da liberdade

quando estão em jogo ofensas concretas para outros bens de igual ou equivalente valor (e, mesmo assim, de outras pessoas; nunca a proteção dos próprios bens jurídicos pode fundamentar a intervenção penal).

Por derradeiro, fica claro que a verdadeira correlação entre bem jurídico e Estado Democrático de Direito, se vislumbra a partir do conhecimento em que um Estado garantista de direitos individuais e coletivos, que prima pela proteção à dignidade humana e à liberdade de seu cidadão, deverá exercer o seu direito de punir na defesa do bem jurídico, sempre no âmbito do estritamente necessário.

É oportuno trazer à baila o pensamento do nobre jurista, Muñoz Conde (2004, p.61), pois pondera que o Direito Penal não é tão somente um instrumento de proteção de bens jurídicos, mas também um instrumento de motivação do comportamento humano na sociedade, uma vez que a pena serve para motivar o comportamento dos indivíduos.

1.5. Funções e importância do bem jurídico

Tem-se dito que a missão do direito penal é a proteção dos valores ético-sociais elementares. Todo direito pretende introduzir ordem e harmonia no desenvolvimento da vida social.

O bem jurídico é conceituado como direito intrínseco que a norma protege. Não é outra coisa que não seja a pretensão do legislador de dar-lhe proteção a certos valores do ser humano, e que se convertem em interesse não só pessoais, mas também do Estado.

Se pode afirmar que o bem jurídico é a tutela que a norma penal brinda aos valores tangíveis e intangíveis do homem, desde os mais significativos (vida, liberdade, patrimônio, entre outros), até aos mais irrelevantes (honra, fidelidade, entre outros).

O bem jurídico é um bem vital do grupo ou do indivíduo que em razão de seu significado social está amparado juridicamente. De tal maneira que a lei penal proíbe ou manda uma série de ações, cuja realização ou omissão põe em perigo ou lesiona um interesse geralmente apreciado (vida, liberdade, honra) recebendo proteção mediante a utilização do bem jurídico em seu tipo. Em consequência, a proteção por meio do direito penal significa que, nos delitos de ações as normas jurídicas trazem proibições mediante a

ameaça de pena; já nos delitos de omissão o que se reclama é a não realização da ação quando existe a obrigação para realizar a ação omitida.

Portanto, o bem cumpre uma função essencial do direito penal ao estabelecer através da proteção dos bens o mínimo ético social necessário para a convivência, nesse desiderato busca-se o equilíbrio entre a proteção da sociedade e a dos indivíduos.

As funções mais relevantes atribuídas ao bem jurídico são as seguintes:

a) Função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado: uma das mais importantes funções do bem jurídico é a denominada garantia, a partir da qual se limita a atuação penal do Estado, revelada pelo adágio *nullum crimen sine injuria*. Trata-se da vedação ao legislador penal de tipificar as condutas que não lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos. Esta perspectiva limitadora quanto ao uso do Direito Penal o coloca como última *ratio*. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais (Prado, apud, Polaino Navarret, 1974, p. 240).

b) Função teleológica, interpretativa ou exegética: cabe ao intérprete, ao aplicar a lei penal, fazê-lo em observância ao bem jurídico, pois este se presta a revelar a natureza do tipo e critérios de interpretação da norma penal, elucidando seu sentido e alcance protetor, dando-lhe sentido e fundamento. Portanto é imprescindível que toda norma penal deve lesar ou ameaçar um bem jurídico, sendo este o conceito central do tipo e que revela os seus elementos objetivos e subjetivos.

A interpretação teleológica do bem jurídico protegido pode excluir do tipo as condutas que não o lesem ou ponham em perigo, por falta de antijuridicidade material.

Na elaboração do tipo o legislador estará sempre voltado ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, a determinação e análise do bem jurídico protegido constituirá excelente meio de interpretação para compreender a finalidade específica do texto legal.

- Função sistemática: outra função que do bem jurídico é a sistemática, que tem por objetivo classificar os tipos penais em grupos, auxiliando a ordenação da parte especial do Código Penal de acordo com o bem jurídico protegido, estruturando-se os títulos e capítulos.

Na medida em que o bem jurídico se situa no ponto central dos diferentes tipos penais da parte especial do Código e sendo uma exigência para o legislador orientar sua atividade na proteção de bens jurídicos, vem a ser “um dos pontos de vista (...) para conceber o núcleo material dos injustos, comum a todo comportamento ilícito” (Prado, apud, Rudolphi, 1970, p. 151).

Em suma, a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a individualizadora dis respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem jurídico (Prado, 1997, p. 51).

2 CRÍTICAS À ADOÇÃO DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

A teoria do bem jurídico e o modelo de crime como ofensa a um dado bem jurídico afirmaram-se, ao longo do tempo, como critérios de delimitação não só da matéria de incriminação, como dos próprios contornos da respectiva tutela. Essa herança do Iluminismo, firmada no século XIX, impede a adoção de modelos de Estado autoritários e permite afirmar a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito.

A par de referida constatação histórica quanto à função de delimitação da noção de bem jurídico, são conhecidos os impactos trazidos pela complexidade da sociedade atual no âmbito jurídico-penal, em especial no que se refere à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação crescente de crimes de perigo, mormente sob forma de crimes de cumulação e de mera desobediência.

Nesse novo contexto, em diversos ordenamentos jurídicos, dentre os quais o brasileiro, adota-se técnica legislativa tendente a considerar o direito penal cada vez mais como instrumento de controle acessório ao direito administrativo. Os tipos penais assemelham-se, na sua forma, às normas de intervenção da Administração Pública, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração. As normas penais transformam-se em instrumentos de administração de situações particulares ou de emergências concretas (Bechara, 2007).

Num Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o direito penal do fato, expande-se a esfera de discricionariedade das próprias decisões judiciais, que assumem caráter programático e político semelhante às leis (Baratta, 1994, pag. 12)

Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, na delimitação da função do direito penal. Diante desse processo de evolução (ou involução) da Ciência Penal, indaga-se se cumpriria, ainda, ao bem jurídico a função crítica de delimitação da intervenção penal. Cumpre-nos, portanto, voltar à discussão da teoria do bem jurídico, a fim de estabelecer parâmetros atuais que possibilitem a discussão de seu rendimento no direito penal.

Apesar de diversas críticas que sofre a doutrina do bem jurídico, nenhuma delas fora capaz de afastar a sua aplicabilidade do ordenamento penal, tanto é verdade que a Teoria do Bem Jurídico continua tendo guarida no Direito Penal, possuindo o escopo de indicar a que fim se prestará a qualificação de determinadas condutas como crimes e com que objetivo se está a assim qualificá-las e, ulteriormente, puni-las com uma sanção penal. Com efeito, entende-se que o Direito Penal cuida da repressão dos atos que lesionam ou exponham a perigo bens jurídicos.

É oportuno salientar que há pouco tempo, em uma decisão recente na Alemanha, o Tribunal Constitucional negou a doutrina de proteção dos bens jurídicos, afirmando que o legislador teria discricionariedade para imputar penas aos comportamentos, deixando, portanto de garantir a afirmação da doutrina de proteção dos bens jurídicos no âmbito penal.

Diante de tal discricionariedade distinguir o que um legislador pode ou não fazer ao criar tipos penais seria no mínimo temeroso, tendo em vista que muitas vezes podem ser punidos comportamentos que desmerecem qualquer sanção penal, ou ainda, apesar de merecerem podem gerar uma punição desproporcional à conduta praticada.

Consoante Schünemann (2013, p.73-74):

A recusa do Tribunal Constitucional Federal alemão 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 e, portanto, também na Lei Fundamental alemã, concepção essa que duzentos anos antes da Lei Fundamental já fora trazida ao direito penal por Beccaria e desenvolvida por Hommele, Feuerbach e Birnbaum, encontrando-se, assim, num nível fundamental de reflexão, que antecedeu a todo constitucionalismo na Alemanha e que constitui a base histórica deste. Em segundo lugar, justamente o desprezo do princípio da proteção de bens jurídicos e a utilização do direito penal para fins político 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, porque (1) a Lei Fundamental já estatui expressamente um salto de legitimação no que se refere à justificação formal de leis jurídico-penais (sob a forma do princípio constitucionalmente consagrado *nullum crimen sine lege* e da exclusiva competência do Judiciário para a restrição de liberdade), além disso, porque (2) a lesão ou mesmo destruição da existência social tendencialmente ligadas à pena representam em si

mesmas um salto não apenas quantitativo, mas sim qualitativo em face da mera limitação de direitos fundamentais, e, por fim (3), porque o juízo de reprovação ético-social inerente à pena, que é enfatizado justamente pelo Tribunal Constitucional Federal, significa que há, além de intervenção na liberdade ou na propriedade do cidadão, um reproche desonroso, que já objetivamente pressupõe um comportamento errôneo de maior gravidade, postas as coisas desta maneira, torna-se difícil afastar a visão de que o Tribunal Constitucional Federal, 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 numa negação dos fundamentos do estado de direito democrático-liberal. Tampouco a expansão do estado liberal no sentido do estado social, fruto do desenvolvimento das constituições dos últimos 100 anos, torna obsoleta a ideia da proteção de bens jurídicos, mas acarreta apenas uma expansão do catálogo de bens e, talvez mesmo uma limitada proteção do titular do bem jurídico contra sua própria racionalidade, ou seja, uma introdução de elementos paternalísticos, a serem cuidadosamente analisados e limitados, no direito penal de proteção de bens jurídicos.

A falha da “Rechtsgutslehre” que causou sua rejeição pelo Tribunal Constitucional alemão era que seus proponentes nunca se preocuparam em esclarecer o nível de discussão e muito menos fazer tal doutrina funcionar no contexto da análise constitucional. Na realidade, penalizar um comportamento imoral seria inconstitucional, tendo em vista que, dentre os limites impostos ao legislador, existe o da proteção do bem jurídico que tem uma importante função política, qual seja, a de restringir uma injustificável expansão do direito penal. O bem jurídico exsurge para o direito penal como fundamento de sua existência e limite de sua atuação. Trata-se de construção teórica afeita à teoria dos direitos fundamentais e aos contornos de um direito penal garantista que atenda aos princípios dos Estados Democráticos de Direito ocidentais. Com efeito, diz-se que o direito penal serve à proteção de bens jurídicos, de sorte que apenas podem ser punidos por esta via os bens assim definidos.

2.1. Valores definem bens jurídicos?

Apesar de todos os autores apontados acima, há quem afirme, como por exemplo a professora Paz M. De La Cuesta Aguado que são as relações de poder que defendem o que seja bem jurídico.

Uma vez identificado o bem como jurídico, faz-se necessário definir o motivo pelo qual passa a ser protegido pela seara penal. Sendo assim é necessário observar que não é possível para o Direito penal tutelar todos os bens jurídicos de todas as agressões ou iminência destas, pois assim estaria evitando o desenvolvimento técnico e a evolução necessária da sociedade.

Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

Desde a dogmática moderna, a discussão pontual dos bens jurídicos é um aspecto que não deixa de despertar uma renovada e necessária atenção. O bem jurídico é um dos fundamentos do Direito Penal democrático. É necessário compreender do fenômeno de seleção dos valores sociais a serem tutelados pelo sistema de controle penal.

O Direito Penal figura como um dos mais importantes sistemas de controle social institucionalizados dentre os existentes. Busca, por meio da proteção de bens jurídicos, a pacificação e a viabilidade social. No entanto, uma vez inserido em um Estado Democrático de Direito, sua atuação somente pode ser considerada legítima quando voltado à missão que o fundamenta: a proteção de bens jurídicos-penais. Nessa baila, verifica-se que a atividade legislativa de criação de tipos penais incriminadores encontra na teoria do bem jurídico e na Constituição importantes barreiras que as orientam a proteger apenas valores sociais fundamentais e compatíveis com o ordenamento jurídico constitucional.

Pensar a partir de uma perspectiva que exceda a visão estritamente dogmática seria a posição acertada, pois a possibilidade de se analisar com racionalidade a escala de valores dominantes, em função da tutela que o sistema outorga a determinados bens jurídicos, atendendo aos objetivos sociais que o próprio Estado persegue seria indiscutivelmente a forma mais plausível de seleção dos bens, a partir do aspecto axiológico (Eduardo Luis Aguirre- Bienes Jurídicos y Sistema Penal, 2005. p. 24).

Por exemplo, em um país capitalista, um furto de um animal, como um boi ou mesmo de uma peça de um automóvel, tem sido fortemente penalizado, justamente devido ao âmbito de organização jurídica política. Sendo assim, interpretar caso a caso, é a lógica da punição, ante a afetação dos bens com aparências similares. Desta forma se

a estrutura social constitui um objeto essencial para compreender as características que assumem os sistemas penais, os bens jurídicos protegidos alcançados pela proteção através da norma penal, não devem centralizar-se a partir de indivíduos isolados, mas sobre as suas respectivas condutas.

A professora Paz M. De La Cuesta Aguado (ibidem, Eduardo Luis Aguirre- Bienes Jurídicos y Sistema Penal, 2005, p.63), em seu artigo sobre “A correta contradição das normas entre os bens jurídicos”, assinala que “uma correta seleção de bens jurídicos resulta imprescindível para uma tipificação adequada. Nem sempre que o bem jurídico tem sido corretamente selecionado, a tipificação será correta, nem a intervenção penal justificável”.

A Autora afirma que a definição do conceito dogmático e da função que tem de desempenhar o bem jurídico não tem sido pacífica nos últimos anos. A advertência é oportuna, pois a legitimidade dos sistemas penais ocidentais se faz a partir da escala de valores que protegem e em ordem de preleção da tutela dos ditos valores.

Os grupos possuidores de poder têm imposto ao resto da sociedade seus valores para que sejam protegidos como bens jurídicos. A imposição de valores não é um fenômeno exclusivo do Direito Penal, nem o conceito de bem jurídico.

Portanto, bem é um fenômeno que se reproduz inevitavelmente ao curso da história. Em uma sociedade democrática de direito, em que funcionam corretamente suas instituições e que conte com um sistema político pluripartidário, a imposição de valores pelos grupos no poder não tem porque identificar-se como o terror estatal, como autoritário, tendo em vista que são distintos os poderes- econômicos, políticos, sindicais e encontram-se interrelacionados.

Diante do que foi dito, é certo que quem tem poder impõe seus valores ao legislador, aos grupos sociais. A escala de valores é o que dosa o merecimento das sanções, por parte dos distintos sistemas penais, que seguem os processos de criminalização.

Não deve ser ignorado que o controle social não se expressa apenas de forma subsidiária através do direito penal e que existem outros sistemas com atitudes sancionatórias formal e informal frente às condutas de menor relevância. Porém o que distingue o Direito Penal é precisamente a pena como sanção institucional específica. E fundamentalmente, a pena de prisão.

Há a possibilidade real das sociedades elegerem de forma livre e democrática a construção de um sistema punitivo que castigue a afetação de uma escala de valores racionais. Um sistema penal poderia ser uma superestrutura nas mãos da classe dominante ou um instrumento de luta política e liberdade, dependendo do âmbito temporal e espacial de sua pretensão de validade e dos distintos valores cuja defesa se propusera. O que indica que isto dependeria da natureza das relações de produção de uma sociedade, das formas de distribuição de riquezas e do consenso social alcançado, impondo assim uma determinada escala axiológica.

Sem sombra de dúvidas antes de julgar se alguém ou toda uma massa de indivíduos foram antiéticos, ou faltou a moral social, é necessário compreender as relações econômicas da sociedade em questão, e assim saber a que estão obrigados.

Os valores não são absolutos, inalteráveis por todo o tempo e contextos sociais, ao contrário, devem ser analisados de forma crítica à luz do poder de construção, transmissão e imposição dos mesmos valores, reconhecendo neles seu relativismo. Enfim, a depender do momento histórico em que a sociedade se encontra é possível vislumbrar a relativização de todo sistema de valores e de regras sociais que são tutelados pelas normas de direito penal.

A relativização dos valores tão mencionados neste trabalho só alicerça o entendimento contemporâneo de que o Estado tutela interesses e bens de toda a sociedade de uma maneira harmônica e racional. Portanto o bem jurídico é uma síntese normativa concreta de uma relação social determinada e dialética.

2.2. É possível incriminar na ausência bem jurídico?

Como se vê tampouco a doutrina e a jurisprudência vem aceitando o caminho da inflexibilidade.

A maioria esmagadora da doutrina não admite a existência de leis penais que não protejam bens jurídicos, como afirma por exemplo, Muñoz Conde (p.81): “Em geral se pode dizer que as leis penais que não protegem bens jurídicos são nulas por arbitrárias ou por infringirem o princípio da intervenção mínima do direito penal [...]” .

Algumas incriminações que não possuem bens jurídicos, não tem o condão de afastar a tutela penal, como por exemplo, a crueldade contra animais, previsto na lei 9.605/98, artigo 32, há inclusive que entenda que nesse caso, estaria se falando de um bem jurídico coletivo.

O sistema jurídico não é hermético e acompanha o desenvolvimento e a mudança de valores da sociedade. Não obstante, se existem regras, estas devem ser cumpridas, porém há exceções e isto não significa que permita a invalidez da teoria do bem jurídico.

Desta forma, ainda que haja a possibilidade de se incriminar sem bem jurídico, não se pode concluir que estaria rechaçada a teoria do bem jurídico. O bem jurídico é uma das condições punição, mas há outras, que formam um conjunto. Abre-se, com isso, todo um novo campo para a investigação científica com base nos quais se podem reconhecer tais exceções.

Exemplos dessas hipóteses de ausência de bem jurídico são aventadas por Roxin, em relação à proteção dos animais, plantas e embriões. Devem ser reconhecidas tão somente como exceções, e não questões que invalidem a teoria do bem jurídico (Roxin, 2006, p. 59).

Nas palavras de Luis 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 de animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de (indivíduos, nem tampouco a subsistência do sistema sócia (Greco, p. 111)).

Algumas incriminações que não possuem bens jurídicos, não tem o condão de afastar a tutela penal, como por exemplo, a crueldade contra animais, previsto na lei 9.605/98, art. 32, há inclusive que entenda que nesse caso, estaria se falando de um bem jurídico coletivo.

Acatadas as exceções, não há qualquer esvaziamento da doutrina do bem jurídico.

2.3. Lesão ao bem jurídico: questão de política-criminal?

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

O legislador é o titular (exclusivo) do desenho da política criminal, assim como da seleção dos bens jurídicos, mas, de qualquer maneira, deve agir dentro dos parâmetros da Constituição.

O bem jurídico nada mais é do que a transcendência política do Direito Penal, justamente por revelarem a opção político-criminal adotada. A sua importância é vista sob dois enfoques: o político-criminal, em que se presta para orientar os rumos do Direito Penal, e o dogmático, útil na identificação dos objetos concretos da tutela penal, e no conteúdo material do crime, isto é, o que se busca proteger por meio do Direito Penal.

Encontrado em cada norma penal o bem jurídico possui o poder de limitar as condutas puníveis, portanto o legislador quando sanciona uma norma penal deve interpretá-la e aplicá-la como um juiz e tal comportamento constitui uma diretriz para a política criminal.

Greco aduz que quando se afirma que toda incriminação visa a defender um bem jurídico o seu conceito pode ser entendido tanto por uma perspectiva dogmática, quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de *Hassemer*, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema, quanto transcendente ao sistema (Roxin, FS Hassemer, p. 584).

Quanto ao conceito dogmático do bem jurídico não há dúvida que toda norma terá o seu bem jurídico, por exemplo como ocorre com o crime de estupro (CP. Art. 213), terá por bem jurídico a “dignidade sexual”. Portanto, nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse.

Ao se discutir os limites do poder legal de incriminar, o conceito que aqui importa não é o dogmático, pois quem decide o que é ou não bem jurídico é o legislador, portanto não há maiores problemas. O que realmente se indaga é se é possível esperar do conceito do bem jurídico alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado.

A resposta à questão formulada sobre o conceito de bem jurídico penal somente pode ser dada por intermédio da visão social do bem jurídico, e não da visão exclusivamente positivista.

Segundo Roxin (2006, Passim), os problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito, sendo inviável a sua separação da construção dogmática. Assim expõe o seu pensamento:

o direito penal é muito mais a forma através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível.

Birbaum já concebia que só a totalidade, isto é, a sociedade, e nunca o indivíduo, poderia decidir quais bens não de ser abrangidos pela proteção das normas do Direito e também acreditava que o significado ou valor lhes advém como objeto de regulamentação jurídica. Concebendo o bem jurídico como um valor social suscetível de ser lesado (*apud*, Costa Andrade, 1991, p. 37).

Segundo VON LISZT “é a vida, e não o Direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”; argumentando ainda que “a necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero” (Liszt, 1998, vol. 1, p. 94).

Em suma, muda a sociedade, muda o direito. O Direito Penal pátrio passa pela transição do modelo de delito de lesão de bens individuais, para incorporar o modelo de delito de perigo de bens supraindividuais: meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, sistema urbanístico, sistema econômico e financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, saúde pública, incolumidade pública, bioética e biossegurança, educação, relações de consumo, proibição administrativa e segurança do trânsito são exemplos dessas novas demandas e interesses.

Apontamos, por tanto, como critério de aferição social de quais bens jurídicos deverão ser considerados bens jurídicos penais, a relevância do objeto para o funcionamento do sistema social, tendo sempre como referência o indivíduo e suas necessidades.

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. Porém não resta dúvida que há a incerteza e polivalência das Constituições, que muitas vezes não permitem delinear com segurança a natureza do bem jurídico e tampouco autorizam concluir que a realidade social, ainda que seja em seus aspectos mais relevantes, esteja explícita ou integralmente contemplada em seu seio. Por isso mesmo é admitido a possibilidade de configurar com bens jurídicos penais não só os consagrados explicitamente na Constituição, senão também os implícitos.

Uma vez que o texto constitucional pátrio perfilha valores fundamentais como a liberdade e a dignidade humana cujos desdobramentos se irradiam sobre todo ordenamento jurídico - cumprindo o papel de um norte diretivo -, há uma conseqüente delimitação e orientação da ação do legislador de modo a promover uma política criminal que não transforme o direito em mera força, mas obrigue os cidadãos em sua consciência, respeitadas as bases de um sistema democrático de direito.

Nesta esteira de pensamento resta cristalino que o conceito de bem jurídico-penal nasce limitado ao conteúdo material das normas constitucionais que lhe são hierarquicamente superiores e com as quais ele jamais pode confrontar. Assim esquadrihado, desponta também evidente que o conceito de bem jurídico-penal além de ser protegido pelo Direito Penal, precisa ser restringido pelo poder punitivo, a uma esfera precisamente limitada pelo Texto Maior, verdadeiro e legítimo indicador das linhas substanciais prioritárias já acolhidas na realidade social como um valor (Prado, 2010. p. 385).

O conjunto de valores encontrados no altiplano constitucional serve de baliza segura não só para o momento embriogênico das normas penais - onde há a seleção e definição dos bens jurídicos a serem defendidos - mas também para o momento de interpretação e de aplicação destas mesmas normas.

A propósito, norma alguma pode ignorar o conteúdo axiológico constitucional, devendo sempre ser examinada a luz deste conteúdo que confere o elemento normativo-material de todo ordenamento jurídico com vistas à realização da justiça material pela adoção de uma legalidade democrática.

Contudo mister destacar-se que não basta apenas a previsão constitucional de certo valor social para que seja autorizada de pronto a criação de instrumento sancionatório criminal para a respectiva proteção.

Deve também ser notado o escalonamento existente entre estes valores que observa o contexto histórico ao qual encontra-se inserido, reforçando ainda mais o caráter fragmentário e proporcional da tutela penal que busca sua legitimação não apenas em aspectos formais, mas também na valoração ético-social.

Como toda norma é fruto de uma decisão política, surge a Política Criminal como conjunto de critérios de orientação para o legislador, diferenciando-se do Direito Penal e da Criminologia, apesar da íntima relação.

Apesar da Constituição ocupar o posto mais alto de todo o ordenamento jurídico e prever vários direitos e garantias individuais contra o poder punitivo do Estado - o que para muitos é um exagero benevolente - na prática não são poucos os exemplos das mais variadas “conscientes, sistemáticas e funcionais” violações perpetradas pelo próprio Estado.

A correlação original “crime-pecado” é substituída pela visão lombrosiana de “crime-doença” e depois pela correlação “crime-pobreza” que hoje é presente no elemento “crime-consumo” de modo que os consumidores falhos ou débeis não são funcionais ao sistema e precisam ser auxiliados pelo sistema penal em sua dificuldade de “inserção”. Neste diapasão, a insegurança social generalizada dá azo a uma política de segurança que realimenta o sistema penal em um esforço contraproducente que segundo o discurso oficial busca a “contenção da violência”, mas na prática reforça e reproduz de forma legítima as desigualdades sociais em um claro programa visceral de reprodução e manutenção ideológica.

Vale dizer que o postulado da lesão a um bem jurídico representa uma diretriz política-criminal oferecida ao legislador, mas não o vincula. Não é possível subestimar a função política criminal do bem jurídico, qual seja a de limitar o âmbito do direito penal, já que diante de diversas questões controvertidas antes puníveis como o incesto, o homossexualismo, o uso de drogas, tal função orienta o legislador de forma essencial, evitando a punição de condutas meramente imorais.

Roxin (Passim, 2006) aduz que nenhuma teoria a respeito do objeto de proteção do direito penal dispõe de um critério que estabeleça limites da intervenção ocorrida por meio

do direito penal da liberdade, em uma sociedade fundada justamente sobre ela. Alguns bens juridicamente protegidos pelo Direito Penal são uma criação do legislador.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes aduz que:

A 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 Democrático de Direito, fundado na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detém 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 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* do estatal (GOMES, 2003, p. 46).

A partir de investigações mais recentes começou a ser proposto um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador, o que irremediavelmente demonstra uma conquista. Exemplo prático, fora a descriminalização no direito penal sexual alemão, pois o homossexualismo masculino era uma conduta punível até a década de 70.

Recentemente em 26 de fevereiro de 2008 o Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfGE 120,224), proferiu um julgamento em um caso de incesto, delito previsto no artigo 173 § 2º do Código Penal alemão. Neste julgamento, a doutrina de plano reagiu negativamente a esta decisão, afirmando que no caso haveria um retrocesso no direito penal porque tal punição corresponde à tutela da moralidade e não de um bem jurídico (Roxin, 2013, Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia, número 15.01. p. 21).

Surgiu desta forma a indagação a respeito dos limites oponíveis ao legislador na criação de certos bens jurídicos e, conseqüentemente, na elaboração de normas penais.

Em palavras mais simples, busca-se identificar como a teoria pessoal do bem jurídico pode, concretamente, exercer a função de delimitação negativa do direito penal. A essa questão, Claus Roxin procura responder com base em alguns parâmetros gerais.

Em primeiro lugar, defende-se a ilegitimidade de normas penais que sejam exclusivamente motivadas por concepções ideológicas. De outro lado, adverte-se que a mera delimitação da finalidade da lei não constitui necessariamente um bem jurídico.

Em terceiro lugar, aponta-se que a mera ilicitude moral não bastaria para justificar uma disposição penal, exigindo-se a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Afirma-se, também, que a lesão da própria dignidade não supõe a lesão de um bem jurídico. Em quinto lugar, a proteção de certos sentimentos somente é considerada como proteção de bens jurídicos quando se trate de sentimentos de insegurança, em razão do multiculturalismo a exigir tolerância em relação a condutas que contradizem representações valorativas pessoais.

Tem-se, ainda, que a lesão consciente a si mesmo, bem como a possibilidade de seu favorecimento por terceiro não podem legitimar uma norma penal, em razão da proteção de bens jurídicos terem como finalidade a proteção do indivíduo em relação a terceiros, e não de si mesmo. Em sétimo lugar, conforme expõe Roxin, leis penais simbólicas (que perseguem fins extrapenais) não se servem à proteção de bens jurídicos. Da mesma forma, os denominados tabus (como o incesto que na Alemanha é punível) não podem ser considerados bens jurídicos. Finalmente, abstrações inapreensíveis não poderiam constituir bens jurídicos.

A partir da decisão do Tribunal alemão passou-se a questionar a existência do bem jurídico penal, tendo em vista que o direito penal apenas seria utilizado como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos, no caso em que um determinado tipo de comportamento é particularmente prejudicial e intolerável em uma sociedade ordenada e, portanto, precisa ser fortemente suprimido.

É importante observar, assim, que a concepção pessoal que se faz a respeito do bem jurídico pode trazer por si mesma, dificuldades teóricas impedindo assim a sua boa aplicação. Para tanto, basta analisar que qualquer bem jurídico supra-individual pode ser (re)interpretado, num plano de maior abstração, em sentido pessoal, haja vista que, em última análise, tudo o quanto é compreendido pela sociedade diz respeito a indivíduos concretos. Aliás, o Estado tem mesmo como função precípua garantir a auto-realização dos indivíduos. Fica transparente, portanto, que o critério pessoal do bem jurídico acaba perdendo de forma patente seu conteúdo ou precisão, revelando-se um conceito muito mais ideológico.

Por isto, por questões de política criminais tem se convencido o legislador que apesar da existência do conceito dogmático do bem jurídico é possível vislumbrar um novo conceito. Um conceito capaz de restringir o poder de incriminar.

Definir o bem jurídico com arrimo na constituição seria a proposta mais interessante, pois estar-se-ia diante de um conceito político criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da constituição, portanto dotado de hierarquia constitucional. É oportuno aclarar o leitor que o fato do bem jurídico estar arrimado na constituição, não significa que tudo que é acolhido pela lei maior deve ser objeto de tutela pelo direito penal, não mesmo. Como o direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma lesão a qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal.

A simples remissão do conteúdo de bem jurídico penal à Constituição não é suficiente para limitar a discricionariedade legislativa, tendo em vista o caráter aberto dela e os inúmeros e mesmo conflitantes valores que acolhe (Greco, 2004, p. 98).

Em face dessa realidade, conclui que é insuficiente fundamentar a existência do conceito de bem jurídico penal exclusivamente na Constituição. Pelo contrário, a análise das incriminações sob a perspectiva constitucional demonstraria que esse conceito é desnecessário, pois a exclusão da competência incriminadora do legislador partirá da própria Constituição, bastando “afirmar-se que o direito penal só pode tutelar valores acolhidos, ou ao menos não vedados, pela Constituição” (Greco, 2004, p. 99 et seq.).

Assim, postula que o conceito de bem jurídico deve necessariamente ser “mais restrito que o conjunto dos valores constitucionais”, pois “nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo direito penal” (Greco, 2004, p. 100).

Há que se reconhecer que não é possível deduzir da Constituição um catálogo de regras matemáticas e exatas para dar solução definitiva aos problemas da seleção e hierarquização dos bens jurídicos – são questões abertas -, por outro lado não há como deixar de extrair do modelo constitucional de Estado (democrático, social e de direito) algumas precisas limitações (procedimento de caráter negativo) à atividade criminalizadora, como, por exemplo: a) que não é função do Direito penal a proteção de interesses exclusivamente morais; b) que não podem ser puníveis as condutas que lesionam valores ou interesses vinculados a simples costumes sociais (condutas extravagantes); c) que com o Direito penal (democrático) não se pode impor uma

determinada ideologia; d) que deve ser levado a cabo um amplo processo de descriminalização, não só das infrações de “bagatela”, senão também (e especialmente) de um elevado número de delitos contra a propriedade ou contra a dignidade do cargo.

Por meio da exclusão de determinados valores constitucionais, como dito acima, o princípio da subsidiariedade demonstra que somente é possível impor aos particulares as mais graves sanções de forma legítima havendo a ofensa a bens “dotados de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta” (Greco, 2004, p. 100 et seq.).

Hassemer, (*apud*, Greco 2004, p. 11) define bem jurídico como dados fundamentais para a realidade pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional. Logo, diante desta afirmação, para o autor, incriminações sem bem jurídico seriam um verdadeiro terrorismo estatal.

Hodiernamente, poucos, mas cada vez mais autores como Hefendehl, Kollektive, Roxin defendem ainda *que* em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamados de delitos de comportamento é perfeitamente possível (*apud*, 2004, Greco, p. 12).

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, legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social (Greco, 2004, p. 14).

O conceito político-criminal de bem jurídico é palpável. Ele tem de estar arrimado na constituição, não se limitando a meramente refletir os valores que a constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal. Estes valores podem ser tanto do indivíduo como da coletividade.

3 PARÂMETROS PARA A DELIMITAÇÃO DO BEM JURÍDICO

A tarefa do direito penal é de garantir aos seus cidadãos uma convivência livre e pacífica sob a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e dos interesses e valores essenciais. Os bens jurídicos ao serem lesionados podem causar um dano a uma diretamente ou de forma indireta, por isto a diferença entre bem jurídico individual e coletivo. Para os bens jurídicos coletivos, (Greco, 2010 pag. 349) desenvolveu-se uma convincente concepção, segundo a qual “não é permitido postular um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal”, se a afetação desse bem não causar um dano ou perigo de dano a um bem individual.

A eleição dos bens dignos da máxima tutela que o Estado pode oferecer pauta-se em alguns critérios, como os apresentados pela doutrina italiana por meio das teorias constitucionais do bem jurídico, que aponta como parâmetro para o legislador, na definição dos bens penalmente tuteláveis, a Constituição, “operando-se uma espécie de normatização de direito político-criminais” (Prado, 2010. p. 43-44).

Coexistem, nessa perspectiva, duas correntes que divergem apenas quanto à forma de vinculação à norma constitucional (Prado, 2010, p. 44-46):

As teorias de caráter geral, que estabelecem como critério de escolha o bem jurídico a Constituição e seus princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito Social e Democrático, e seus corolários, que informam o sistema penal, como a legalidade, por exemplo.

Por outro lado, do Estado Democrático de Direito são derivados outros princípios que devem interferir na seleção do bem jurídico, na medida de sua proteção, como os princípios da necessidade do direito penal, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da lesividade (Rapassi, 2010, p. 64-65).

As teorias de fundamento constitucional restritivo, que delimitam o campo de escolha do legislador às normas constitucionais que apontem explícita ou implicitamente os objetos de tutela e a forma pela qual esta deve efetivar-se.

A exigência, para a legitimação do jus puniendi, é que, para haver imposição de pena pelo estado é que haja uma lesão ou ao menos um perigo de lesão a um bem jurídico penal, como se tem destacado passa a ser novamente objeto de discussão no mundo jurídico, tendo em vista que ao se estabelecer limites ao legislador mostra-se

indispensável a função-política criminal do seu poder punitivo. Na medida em que um comportamento não venha a lesionar de nenhuma forma as possibilidades de desenvolvimento de outros não há que se considerar um injusto penal.

Tendo em vista a dificuldade de se obter um conceito material único de bem jurídico e a necessidade de uma delimitação desses valores, própria do direito penal nos Estados Democráticos de Direito (*ultima ratio*), buscam-se alguns critérios 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 e da própria proteção aos bens jurídicos penais. O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade -, norteadas pelos princípios fundamentais que serão explanados abaixo.

Para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico -, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto-constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal.

A ideia de princípio não pode ser entendida enquanto fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que aquele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas fundamenta e conforma o Direito Penal, podendo servir de parâmetros delimitadores do bem jurídico penal.

3.1 Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

É um princípio constitucional implícito. Decorre do fato de nosso país ser um Estado Democrático de Direito, conforme previsto no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal.

Por esse princípio, entende-se que somente é possível incriminar condutas com o objetivo de proteger (tutelar) bens jurídicos penalmente relevantes.

No que diz respeito ao conceito de bens jurídicos no âmbito penal, assim se manifesta Claus Roxin (2009, p.18-19): [...]: “podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

O conceito estabelecido por Roxin pressupõe como *circunstâncias reais* a vida, a integridade corporal, a propriedade e outros bens jurídicos similares (2009, p 18). Como finalidades necessárias, citem-se a administração da justiça e o regular funcionamento do sistema monetário. Diante dessa visão, as circunstâncias reais não são criadas pelo legislador (a vida, por exemplo), enquanto as finalidades necessárias são por ele definidas (criadas), como é o caso da administração da justiça enquanto bem jurídico penalmente protegido.

O princípio em comento, consoante leciona Masson (2010, v. 1, p. 39): “Veda ao Direito Penal a preocupação com as intenções e pensamentos das pessoas, do seu modo de viver ou de pensar, ou ainda de suas condutas internas, enquanto não exteriorizada a atividade delitiva”. Isto porque se assim fizer, o Direito Penal estará se afastando da obrigatoriedade de restringir a atuação, com suas normas incriminadoras, à exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes. Decorre disso a impossibilidade do Direito Penal ser utilizado para proteger apenas valores morais, éticos, ideológicos, religiosos ou similares.

Torna-se um tanto simplista dizer que o Direito Penal somente pode proteger bens jurídicos relevantes, e que a seleção destes cabe ao legislador, visto que somente comportamentos previstos em lei podem ser tidos como criminosos; pois ainda remanesce a necessidade de delimitar que bens jurídicos são estes, tuteláveis penalmente, apesar de já termos em linhas pretéritas, com base nos ensinamentos de Roxin, tentado delimitar os mesmos sob o ponto de vista teórico.

No tocante a esta delimitação cabe invocar os ensinamentos de Gomes, Molina e Bianchini (2007, v. 1, p. 436), os quais apresentam, sinteticamente, alguns critérios para aferir os bens jurídicos passíveis de tutela na seara penal, conforme segue.

a) somente podem ser incriminados comportamentos que modifiquem situações de fato (relações sociais), não podendo esta criminalização se opor a valores constitucionais;

b) havendo necessidade de proteção e demonstrada a importância social, é possível proteger penalmente bens jurídicos não contemplados expressamente na Constituição Federal;

c) não pode ser criminalizado o legítimo exercício de um direito de liberdade fundamental (direito de reunião, de greve, de associação etc.);

d) não se pode criminalizar condutas no intuito de fomentar discriminação racial, sexual, religiosa etc.;

e) o legislador infraconstitucional não tem obrigação de atender comandos constitucionais de criminalização de condutas se não houver necessidade de repressão penal no caso (Gomes, Molina e Bianchini, 2007, p. 436). Essa posição, contudo, não é pacífica. Cleber Masson (2010, v. 1, p. 24), por exemplo, afirma que, diante de um comando constitucional de criminalização, não há faculdade do legislador e sim obrigação de criminalizar.

f) “na dúvida sobre a criação de novos bens jurídicos a proteger mediante a aplicação de sanções penais, deve o legislador inclinar-se pela não criminalização (*in dubio pro libertate*)” (Gomes, Molina e Bianchini, 2007, p. 437).

Por fim, cabe ressaltar que a abordagem sintética ora finalizada não exaure as polêmicas relacionadas ao bem jurídico e sua proteção na seara penal; representou assim apenas uma tentativa de transmitir o essencial sobre o assunto.

Como se viu, o bem jurídico ocupa papel central quando se trata de incriminação de condutas, cabendo ao estudioso do Direito Penal dar à análise dele a importância merecida, pois só assim é possível avançar no estudo das normas repressivas, sempre sem perder de vista os fundamentos que lhes legitimam.

Tal é a importância do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que este serve ao mesmo tempo de comando para limitar a atividade legislativa, assim como pode servir de base para o julgador recusar a aplicação de criminalizações ilegítimas (Gomes, Molina e Bianchini, 2007, p. 436).

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

A dignidade da pessoa humana fundamenta toda construção jurídica contemporânea, pois o respeito ao ser humano é imprescindível, ainda que este venha a violar uma norma penal. Constatar o princípio a partir da lesão por um cidadão a um bem jurídico penal é permitir o seu reconhecimento. De maneira especial, a legislação penal é pautada pela Constituição, que impõe ao legislador o dever de ponderar toda e qualquer intromissão, apontando ainda os direitos e garantias a todas as pessoas; e, de modo especial, limitando a intervenção penal.

A dignidade da pessoa humana pode ser bem compreendida como um valor que encerra a promoção do desenvolvimento livre do ser humano (Prado, 2002, p. 134).

O fato de o ente humano ser tomado como eixo do sistema, e de o Direito mostrar-se aberto para os novos fatos, deve significar que o respeito que lhe é devido ocorrerá independentemente das crenças e das moralidades, sem o que todo discurso não passará da mera retórica (Minahim, 2005, p. 46).

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana encerra a necessidade de um total respeito ao homem, enobrecendo o ser humano como um fim em si mesmo (Junior, Dirley da Cunha, 2008, p. 533), sendo, assim, instrumento materializador dos Direitos fundamentais. Esta ideia acaba por limitar, a atuação estatal na restrição destes Direitos, condição fundamental a um Direito Penal de garantia, que enalteça a liberdade humana e se restrinja a tutelar apenas os bens jurídicos fundamentais, e em suas lesões mais graves.

O professor Yuri Carneiro Coelho aduz que “a dignidade da pessoa humana constitui-se em um valor, pauta axiológica constitutiva de princípio, de natureza constitucional, que se irradia por todo o ordenamento jurídico com sua força vinculante” (2009, p. 79).

Ao reconhecer a pessoa humana como o centro em torno do qual a legislação do Estado - e, de maneira especial, a legislação penal - há de ser pautada, a Constituição impõe ao legislador o dever de ponderar toda e qualquer intromissão que aponte para

limites de direitos e garantias assegurados constitucionalmente a todas as pessoas; e, de modo especial, deverá limitar a intervenção penal (Gomes, 2003, p. 67).

O art. 1º da Constituição Federal Brasileira preceitua:

Art. 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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Da simples leitura do exposto texto constitucional, verifica-se, logo no artigo inaugural da Constituição, que o Estado brasileiro se constitui em um Estado Democrático de Direito e possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Por Estado de Direito, entende-se um Estado que concebe o indivíduo como cidadão e o coloca no centro da 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, com 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 também dessa adjetivação, tendo em vista o grande número de dispositivos constitucionais preocupados com o bem-estar social.

Para Luiz Alberto David Araújo, 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” (Araújo, 2013. p. 93). Em outras palavras, uma característica do Estado que procura garantir e melhorar as condições materiais e espirituais da vida das pessoas.

Nesse contexto, a CRFB elegeu como um dos 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 existência no mundo, e a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e os valores do espírito, como as condições materiais de subsistência (Barroso, 1998, p.38).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem o escopo de não só proteger a vida humana, mas principalmente a assegurar a existência com dignidade. Esse conjunto de valores derivado do princípio da dignidade 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.

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 que "(...) nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas" (Silva, 2005, p. 38).

Além de 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 vedado penetrar na liberdade, igualdade e fraternidade do ser humano.

Imprescindível 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.

Nesse 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 isto foi, primordialmente, o da liberdade e dignidade da pessoa humana,

reconhecido como fundamento da ordem política e da paz social (Prado, 2010, p. 100).

3.3 Princípio da necessidade: relevância social

Como já dito, o bem jurídico é uma unidade funcional valiosa para a sociedade, regida de acordo com a Constituição, o que significa que nem todos os bens jurídicos possuem *status constitucional*. Os 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 bens jurídicos tenham relevância social, e ainda que haja necessidade de interferência desse ramo extremo do direito, como meio imprescindível para assegurar as condições de vida do indivíduo, o seu desenvolvimento e a paz social.

Importante destacar que a teoria da adequação social, concebida por Welzel, 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 (Welzel, p.83). Diante desta afirmação, nota-se que, segundo o autor, o direito penal tipifica somente condutas que tenham alguma relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos, ainda que aparentemente sejam registradas como tipo. Assim, que algumas condutas não são consideradas criminosas em virtude de sua adequação social (Welzel, 1997, p. 81).

Ferrajoli, ao trazer à baila os enunciados de utilidade penal e postulados de *nulla Lex poenalis sine necessitate, nulla poena sine necessitate e nullum crimen sine necessitate*, já concebido por Beccaria, afirmou que “uma lei que não é necessária, ao carecer do fim para o qual se propõe, não é boa”. Ou seja, o princípio da necessidade exige que recorra a ela somente como remédio extremo (Ferrajoli, 2002, p.28).

Para que um bem jurídico possa ser considerado bem jurídico penal, são necessárias duas condicionantes: relevância social e necessidade de proteção pelo direito penal, (Mir Puig, 2007, p. 556), como se vem afirmando ao longo deste trabalho.

Desde tempos atrás, a aplicação das penas tem se justificado, ao lado de outras exigências, se houver reconhecida necessidade de atuação do direito penal, constituindo-se, assim, este critério, seu limite e fundamento. Ademais, bens jurídicos dignos dessa proteção são apenas aqueles possuidores de relevância social.

O sistema social seria o “lugar da determinação dos efeitos socialmente danosos do crime”. Na sua construção, o Direito Penal tem que assegurar as condições de convivência humana, o que não significa que a pessoa tenha que ser protegida não apenas por ela própria, mas também por causa da sociedade.

Defende-se, assim, a obediência absoluta do Direito Penal ao princípio da danosidade social e, com atenção ao modelo iluminista, propõe-se um Direito Penal liberto de amarras do puro arbítrio valorações do legislador e diretamente ancorado numa representação sociológica das condições da vida na sociedade.

O problema da danosidade social dos atentados diretamente infringidos à pessoa só pode ser solucionado a partir da ideia de que “nenhum sistema de interação pode existir sem pessoas”. A inovadora metodologia busca conceituar bens jurídicos não como produto de processos naturais, mas como um acordo baseado na experiência, limitando o *ius puniendi* e estabelecendo critérios de racionalidade seletiva e legitimadora dos bens jurídicos a serem eleitos. Anota-se que os bens jurídicos são valores culturais em cuja subsistência a comunidade confia e para cuja tutela reputa como necessária a intervenção coativa.

Para Jakobs (2009, p. 68) o Direito Penal e a pena só teriam sentido em razão da manutenção da ordenação social, constituindo para o seu funcionamento sem perturbações. Ratifica que só a danosidade social pode constituir fundamento para a legitimação da punibilidade, embora queira prescindir da categoria de bem jurídico.

O princípio da danosidade social está presente na construção do conceito de bem jurídico e da estrutura do conteúdo material do ilícito de 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” (Prado, 2010, p. 102).

A jurisprudência firmada pela alta Corte do país já incorporou o princípio da danosidade da conduta em seus julgados, pois já se concluiu que a identificação do bem jurídico fundamental não basta à satisfação da proporcionalidade que deve existir entre a imposição da sanção e o fato criminoso: é preciso mais, é necessário que a conduta seja idônea a lesar ou por em perigo o mesmo bem, o que traduz, para empregar termos contemporâneos, na danosidade da conduta (STF – HC nº 81.057/SP)¹.

3.4 Princípio da ofensividade ou lesividade

Ao direito penal somente interessa a conduta que implica dano social relevante aos bens jurídicos essenciais à coexistência. A autorização para submeter as pessoas a sofrimento através da intervenção no âmbito dos seus direitos somente está justificada nessas circunstâncias.

1 Ementa

Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniçada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniçada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica. Processo RHC 81057 SP; Relatora: Ellen Gracie; DJ:25/05/2004; OJ: Primeira Turma; DP: 29/04/2005; PP-00030 EMENT VOL-02189-02 PP-00257 RTJ VOL-00193-03 PP-00984.

A construção de um Direito Penal de garantia, voltado à proteção da pessoa humana e, não, à funcionalização do Direito Penal como instrumento de garantia de expectativas normativas tem sido a busca incessante da ciência penal moderna. A maior preocupação desta ciência é o homem.

É o princípio que justifica (ou legitima) o Direito Penal; o direito penal somente está legitimado para punir as condutas que implicam dano ou ameaça significativa aos bens jurídicos essenciais à coexistência. Sendo assim, para que seja legítima a intervenção criminalizadora do Estado, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional, mais ainda, apenas aqueles representativos de valores que tenham a capacidade de relativizar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana (Coelho, 2009, p. 105).

A esfera de intervenção à proteção de bens jurídicos deve ser legitimada desde que haja lesão ou exposição a perigo de lesão, caso contrário, fere-se o princípio da lesividade que indicará que não haverá crime. Partindo deste raciocínio, verifica-se que o crime só existirá se houver uma violação de um bem. Desta sorte, estando-se diante de uma norma que tutele um bem jurídico de forma adequada, e a conduta do agente do fato não viole este bem, ainda que preencha os requisitos formais do tipo Penal, se estará diante de uma ofensa ao princípio da lesividade, caso se considere esta conduta delituosa e se condene o agente (Coelho, 2009, p. 102).

A tutela destes bens está no centro do sistema penal e sua necessidade é que torna o Direito Penal um instrumento menos arbitrário na intervenção das liberdades individuais, posto que determina que este somente possa interferir nestas liberdades se for em necessidade de proteção de outros valores de dignidade constitucional.

As normas incriminadoras, portanto, somente se legitimarão e serão legais, se refletirem a tutela de um bem jurídico e se este bem jurídico tenha suporte constitucional.

O princípio da lesividade somente cumpre com o seu papel, limitando o poder de punir do Estado, se estiver atrelado ao conceito de bem jurídico. Portanto, a inexistência do bem jurídico revela uma violação ao princípio em tela, tendo em vista que deriva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e tem por escopo limitar o *ius puniendi*.

Este princípio reflete duas características do Direito: Exterioridade e alteridade (ou bilateralidade).

O direito sempre coloca face a face dois sujeitos (alteridade), não interessando as condutas individuais, sejam pecaminosas, escandalosas, imorais ou "diferentes", somente podendo ser objeto de apreciação jurídica o comportamento que lesione direitos de outras pessoas, e não as condutas puramente internas (exterioridade). Não está legitimado a impor padrões de conduta às pessoas apenas porque é mais conveniente, ou adequado. Ninguém pode ser punido pelo Estado somente porque convém.

O objeto de proteção é o bem jurídico. O que se aspira a evitar é a conduta de terceiro que implica dano relevante a este bem jurídico.

Os Tribunais têm adotado, neste sentido, de forma corriqueira, a aplicação do princípio da lesividade. O STF, já admitiu que inexistindo a lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, não há delito, ainda que a conduta do agente seja formalmente típica².

Conclui-se assim que não há delito sem que haja lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico tutelado pela norma, logo ao não afrontar o bem jurídico de dignidade penal, não será necessário a intervenção do Direito Penal. Não obstante este entendimento, o Direito Penal não deve servir para tutelar conduta que sejam reprováveis apenas moralmente, religiosa ou ideológica, esta não seria a sua função. Exemplo típico no âmbito da moral seria a relação incestuosa no ordenamento brasileiro.

2 EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.

1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

3. Ordem concedida. Superior Tribunal de Justiça; HC 110475 SC; Relator: Min. DIAS TOFFOLI; DJ: 14/02/2012; OJ:Primeira Turma; DP: DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012.

3.5. Princípio da subsidiariedade como complemento indispensável da ideia de proteção de bens jurídicos

É aceitável de forma dominante no âmbito penal que a pena criminal só entre em cena a partir do momento em que as formas de regulação menos gravosas não se mostrem suficientes. Desta forma, o assim caracterizado princípio da subsidiariedade, pauta-se como limitador do direito penal, obviamente não descartando a necessidade de se proteger com afinco, mas de forma subsidiária os bens jurídicos.

A preocupação quanto a proteção dos bens jurídicos é grande no ordenamento jurídico, portanto é aconselhável descartar a necessidade dos mecanismos de regulação que podem possibilitar a socialmente desejada proteção de bens jurídicos da forma mais eficiente e ao mesmo tempo mais garantidora da liberdade.

Assim, o Direito Penal deve ser um meio necessário de proteção do bem jurídico. A tutela penal deixa de ser necessária quando existir, de forma eficaz, outros meios de controle social (formais ou informais) menos lesivos aos direitos individuais. O Direito Penal não deve buscar a maior prevenção possível, mas o mínimo de prevenção indispensável.

3.6 Princípio da proporcionalidade como fator de relevância para identificação do bem jurídico

É o princípio da proporcionalidade que estaria na base dessa construção, ao se exigir um equilíbrio entre os bens em conflito (bem jurídico lesado pelo infrator e o seu direito de liberdade que é afetado pela sanção estatal). E, ademais, é essa proporcionalidade que explicaria o caráter de *ultima ratio* do Direito penal.

Deve-se destacar, tendo em vista as observações anteriores, com especial cuidado o princípio da proporcionalidade quando se busca sustentação nos princípios para a limitação do bem jurídico penal.

O alcance da justiça, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação das penas cruéis e desumanas, das regras do devido processo legal, da proibição da arbitrariedade, apenas se faz possível com o balizamento dos limites proporcionais do crime e da pena, e tudo isso a partir dos trabalhos de quem legisla e de quem julga.

Para Hassemer, “a conduta humana somente pode ser um injusto punível se lesiona um bem jurídico”, (1994, p. 584) e, na escolha e seleção deste bem, a servir de suporte para definição de qual conduta humana forma o injusto punível, tem-se claramente demonstrado que o princípio da proporcionalidade termina por ser administrador deste processo de seleção de bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

O princípio da proporcionalidade tem seu principal campo de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das máximas restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado, e para a consecução de seus fins. Assim, integra uma exigência ínsita no Estado de Direito enquanto tal, que impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas que gravem o cidadão mais do que o indispensável para a proteção dos interesses públicos (Gomes, p. 35).

O princípio revela-se como limitador do direito de punir do Estado e vem compor o Estado Democrático de Direito, porém neste contexto encontra suas limitações e lineamentos, pois deverá haver uma ponderação no conflito de valores, que se mostra em um processo de tensão constante, quando se trata de normas de natureza incriminadora, que sempre relativizam o valor liberdade em prol da manutenção de outro valor (Coelho, 2009, p. 82).

O valor da liberdade do ser humano constitui o critério fundamental para o balizamento dos limites proporcionais do crime e da pena na atividade de quem legisla e de quem julga. Cada restrição a uma liberdade garantida por um direito fundamental deve resultar adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor. Portanto, como já fora dito anteriormente, o critério mais adequado para a verificação da norma penal (ou de sua proporcionalidade), não residiria tanto na oposição entre o bem jurídico tutelado pela norma em discussão e o bem protegido pela outra norma paradigmática, senão primordialmente da relação de

hierarquia estabelecida entre o bem tutelado e a liberdade pessoal sacrificada em razão da sanção penal e, não somente de um juízo extrínseco à norma penal senão também de um juízo intrínseco.

A finalidade de se proteger bens jurídicos não deve ser usada para impor limitações de todo tipo aos direitos fundamentais, uma vez que o respeito a estes poderia ser enfraquecido sob tal desculpa, tornando tais direitos terminariam puras e simples normas programáticas. Para evitar que isto ocorra, os meios postos para a tutela dos bens jurídicos que têm um fundamento constitucional não de estar submetidos a determinadas limitações. Na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, por exemplo, não é feita referência apenas à necessidade de proibição de abuso, mas são requeridas adequação, necessidade e proporcionalidade nas limitações a direitos fundamentais, (BverfGE 16, 147, 181, Starck, op. Cit., p. 2.529), subprincípios do princípio da proporcionalidade. Segundo a mesma Corte, ainda, o princípio da proporcionalidade é imanente à essência dos direitos fundamentais, que, enquanto expressão da pretensão geral à liberdade do cidadão perante o Estado, podem ser limitados somente na medida em que sejam indispensáveis à defesa do interesse público (BverfGE 19, 342, e ss; 35, 382, 401, Starck, op. Cit., p. 2.532).

O princípio da proporcionalidade há de estar sempre a serviço dos valores comunitários e individuais, o que conseqüentemente corrobora com a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana, pois a busca desse equilíbrio - exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão- é busca constante.

Esta é uma preocupação atual na doutrina, pois em um mundo marcado por contradições e por constantes violações de direitos fundamentais, há necessidade de estabelecer um padrão de equilíbrio, para coibir os abusos e excessos do poder estatal.

A análise dos princípios que legitimam e limitam o direito de punir no âmbito penal é uma abordagem necessária neste trabalho, principalmente no que tange à valoração aos bens jurídicos, pois por meio do princípio da proporcionalidade, por exemplo, o operador do direito passa a ter um norte não só para criar tipos mas também para estabelecer as respectivas sanções.

O princípio da proporcionalidade fornece subsídios para que a atuação legislativa pautar-se pelo respeito ao ser humano no direito penal, pela necessidade de que a

drástica intervenção na esfera individual dos cidadãos seja necessária para proteger valores mais caros à sociedade. O princípio assume o papel, dentro do ordenamento jurídico, indicador dos balanceamentos e dos critérios de escolha a serem observados na elaboração das leis.

O princípio da proporcionalidade se expressa por três subprincípios: da necessidade, da idoneidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo que o princípio da necessidade examina a sua atuação em face de outros princípios relevantes do direito penal, como o princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade. O legislador deve ter consciência da necessidade lógica e legal da proporção, pois só se justifica a criação do tipo penal quando a tutela penal revelar-se alternativa inarredável, diante da ineficácia de outros mecanismos sociais de controle. Em relação ao princípio da idoneidade, traz à reflexão a ideia de que a intervenção penal e a medida dessa intervenção serão idôneas quando ajustadas à finalidade preventiva do direito penal. Já quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito é mister enfrentar o quão é crucial tornar concreta a relação valorativa e estabelecer ao legislador que determinada pena deve ser proporcional à conduta (Gomes, 2003, p.10-11).

3.6.1 Proibição de Excesso

Para a melhor compreensão do princípio da proporcionalidade é crucial que tanto o legislador quanto o aplicador da lei penal não excedam o exercício do seu poder punitivo. Esta regulação dar-se-á através da violação ao bem jurídico tutelado pelo direito penal. Portanto, a proibição de excesso está estreitamente relacionada com o sentido de proporcionalidade.

O excesso normalmente ocorre quando ao ser elaborado o ato legislativo é afrontado o conteúdo do princípio da proporcionalidade. Desta forma, ainda que qualquer vício de inconstitucionalidade verificado possa redundar em excesso- pois a atividade legislativa é sempre vinculada a limites formais e materiais- não se ignora que proibição de excesso também pode significar exigência de proporcionalidade.

Embora seja a proporcionalidade um princípio a ser observado em todos os momentos da atuação do direito penal, não há como negar a especial relevância que este adquire no momento de elaboração legislativa dos tipos incriminadores.

Justamente por nem sempre o Estado na esfera penal seguir à risca os níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos é que será possível vislumbrar diversas frustrações ao seu dever de proteção atuando de modo insuficiente ou mesmo deixando de atuar.

O Princípio da Proibição do Excesso surgiu ligado à idéia de limitação do poder no século XVIII, sendo considerado uma medida com valor suprapositivo no Estado de Direito, visando garantir a liberdade individual das ingerências administrativas. Esse critério de proporcionalidade tem suas raízes mais profundas na época dos iluministas, como Montesquieu (Charles de Secondat), autor do *Espírito das Leis*, obra que lhe deu grande reputação. Como também Cesare Beccaria, pois ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos praticados.

Todo excesso é prejudicial ao ser. Indicando esta assertiva, observa-se que vários foram os filósofos que discorreram sobre este assunto – dentre eles poderíamos citar Buda, que, em sua filosofia de vida, exortava aos seus seguidores o *caminho do meio*. Mas, diante de um caso concreto é exaustivo e difícil buscarmos essa proporcionalidade, tomar o caminho do meio. Então, a proporcionalidade há de ser feita ao nos afastarmos do excesso.

Dispõe o Código Penal no seu artigo 23, parágrafo único, que o agente responderá pelo excesso doloso ou culposos nos estados de necessidades, legítima defesa, estrito cumprimento de dever e exercício regular de direito.

É necessário que em todas essas justificativas revistas no diploma pátrio agente não se exceda os limites prescritos pela lei. Exceder é utilizar de emprego de um meio desnecessário para se atingir um objetivo, meio este totalmente proibido, é a intensificação desnecessária de uma conduta inicialmente justificada.

Mas, não se pode ultrapassar os limites justificáveis. Cabe a análise da conduta, através das circunstâncias e das provas, para verificar se ocorreu excesso juridicamente proibido para aplicação das penas equivalentes.

O Princípio da Proibição do Excesso é bem notório no Direito Penal, pois se excedendo o agente da conduta de um ato lícito, ele já ultrapassou o permitido. No cumprimento do dever legal e no exercício de direito, é indispensável que o homem atue de acordo com o ordenamento jurídico.

A realização de uma conduta punível cria para o Estado o poder e o dever concreto de punir, de impor a sanção penal.

As penas devem ser proporcionais ao delito, o que diametralmente negar o excesso, pois o Estado tem a obrigação de punir senão nos moldes determinados pela *sanctio juris*, ao passo que o criminoso tem o direito de não ser punido além daqueles limites.

A proibição do excesso se dá para que a lei estruture os limites de respeito entre a liberdade dos seres que vivem numa sociedade.

Como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello “A Administração Pública não deve atuar jamais servindo-se de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção dos resultados pretendidos pela lei, sob pena de vício jurídico, que acarretará responsabilidade da Administração”

Os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para se alcançar o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.

Desta forma, não basta para assegurar ao indivíduo garantias, em face as possibilidades de intervenção do direito penal, a noção de bem jurídico uma vez que a escolha desse bem deve estar submetida aos princípios referidos, além de significar um valor considerado essencial para uma determinada sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção penal de bens obedece à necessidade de garantir, socialmente, os direitos essenciais do homem. No âmbito pessoal, os que lhe são inerentes, e também aqueles que vão sendo adquiridos no âmbito do direito material, de sua situação civil, de sua cultura e costumes.

O bem jurídico se justifica como categoria limite ao poder punitivo do Estado, como um obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorções ou confusões na elaboração da estrutura penal.

O objeto do bem jurídico encontra sua origem no interesse da vida, anterior ao Direito, e surge das relações sociais, ainda que o dito interesse vital não se converta em bem jurídico por meio do processo legislativo que o cria.

O Direito Penal protege bens vitais, a partir de uma em perspectiva em que o sujeito tem centralidade, ou seja, os bens devem servir ao desenvolvimento social do indivíduo. Neste sentido, não se reduzem ao plano individual, vida, liberdade, honra; mas também podem ser encontrados bens coletivos e transindividuais.

Apenas será justificável a norma penal na medida da sua necessidade para proteção das condições de vida de uma sociedade. Por isto mesmo, o Estado não tem o direito de coagir os indivíduos a eleger determinados modelos de comportamento, apenas com base em ideais morais.

Não se permite que o Estado sancione quaisquer comportamentos, de acordo com o juízo estabelecido, que pela maioria soa como imoral, pois de outra forma seria absolutamente inaceitável na atualidade.

Os bens jurídicos penais não devem resultar de livre criação do legislador, há diversos critérios que devem ser obedecidos nesse processo. Por isto mesmo, é importante o trabalho da doutrina quando estabelece parâmetros delimitadores de tal intervenção na sociedade, visando evitar a indevida intromissão na esfera individual do agente nos casos em que o objeto da norma positivada não se revelar digno de proteção.

Como visto, ao longo do trabalho, existem correntes que negam a importância do bem jurídico, porém como não parece correto abandonar esta referência a este o bem jurídico por quanto a ideia de valores, simplesmente, não oferece a mesma segurança.

A legitimação do direito penal depende em grande parte da noção de bem jurídico a qual poderá justificar a privação da liberdade. Da mesma forma o crime está indissolúvelmente ligado à lesividade ou perigo de lesão para o bem jurídico.

Nesse diapasão verifica-se que a transformação do bem em bem penal, se dá por uma escolha legislativa perpassada por escolhas também políticas, que se inserem no contexto social, econômico e histórico de uma determinada sociedade numa dada época, pois em uma sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar de modo mais ou menos explícito, porém de forma inevitável, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigente, muito especialmente das relações econômicas estruturais.

Pelo fato do Estado servir ao indivíduo, bem como garantir a liberdade e dignidade humana, vê-se desde logo, que o legislador ao proteger determinados bens jurídicos preocupou-se em não ultrapassar o direito de punir, tendo em vista que os parâmetros utilizados deverão partir dos chamados ditames e limites impostos na Constituição e dos valores nela consagrados. Portanto, terá a norma constitucional o substrato primeiro para possibilitar ou não uma incriminação de conduta.

A existência do delito e sua previsão normativa repousaria na compatibilidade da escolha do bem jurídico tutelado, essa escolha é a reflexão dos valores de uma coletividade, que conforme já fora dito varia constantemente, e que só passa a ser “elevado” a condição de bem jurídico penal se estiver revestido de uma gravidade e de uma danosidade social de tal monta, que não lhe seja passível de tutela eficaz e efetiva pelos demais ramos do direito.

Portanto, o bem jurídico na qualidade de valor, e conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica (Tavares, 2004, p. 99).

O bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma com aspecto axiológico.

De tudo que foi exposto, conclui-se que a característica fundamental do bem jurídico é a de delimitador da norma penal e de garantia do indivíduo frente ao Estado. A delimitação, portanto acaba por obstaculizar “inflações penais”, próprias de políticas

autoritárias em que o bem jurídico se vê esvaziado de real significado, comportando tudo aquilo que o Estado considera necessário para realizar seus fins.

A manutenção do conceito de bem jurídico na seara penal e a sua importância é imprescindível para busca da paz social por meio de uma estabilidade normativa, já que a sociedade possui um rol de valores, bens e diretrizes, que dada a sua importância resguarda o indivíduo das agressões e dos abusos do Poder Estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Eduardo Luis, Bens Jurídicos Y Sistema Penal- Uma investigación acerca de La racionalidade de La tutela normativa estatal (penal) respecto de los distinto bienes jurídicos. 1. ed. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido editor, 2005.

ANTÓN ONECA, José. Derecho Penal. 2. ed. Anotada y corregida por Hernández Guijarro, José y Beneytez Merino, José, Madrid: Edit. Akal/lure, 1986.

ARAÚJO, Luis Alberto. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. Edit, Verbatim, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, vol. 6, p. 65-78, abr./jun., 1998.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *S. Delitos sem bens jurídicos?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 181, dezembro, 2007.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Ciência Criminais, v. 1).

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. O homem delinquent e a sociedade criminógena. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DONNA, Edgardo A. El problema del derecho penal em La actualidad. *Estudios Críticos Sobre La Cuestión Criminal I*, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5, jan., 1994.

BARRANCO, Noberto J. de La Mata. El Principio de Proporcionalidade Penal. Tirante ló blanch. Valência. 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. S. *Delitos sem bens jurídicos?* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 15, n. 181, dezembro, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español: parte general*. Madrid: Tecnos, 2000.

COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução ao Direito Penal*. Salvador: Editora jusPODIVM, 2009.

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

CONDE, Francisco Munhoz. Edmundo Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal do Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Dirley Junior. *Curso de Direito Constitucional*. Editora jusPODIVM, 2008.

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

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien Jurídico Y Sistema Del Delito. Um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: IB de F- Julio César Faira- Editor, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Revista dos Tribunais: 2002.

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

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal: ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito Penal: parte geral*. v. 2. Coordenação Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO, Luiz. 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.

_____. Princípio da lesividade e crimes de perigo abstrato, ou: algumas dúvidas diante de tantas certezas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, IBCCRIM, v. 12, n. 49, p. 85-141, jul./ago., 2004.

GUNTER, Stratenwerth. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Tradución de Manoel Cancio Maliá e Marcelo A. Sancinetti. Thomson Civitas. 2000.

GRINOVER, A da Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

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

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. Renovada e ampliyada. Granada: Comares, 2002.

LUCA, Heloiza Meroto de. O consentimento do ofendido à luz da Teoria da Imputação Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 100, p. 739-815, 2005.

- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LISZT, Franz Von. *La Idea Del Fin En El Derecho Penal*. Santa Fé de Bogotá-Colombia: Editora Temis S.A., 1998.
- MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado*. 8. ed. vol 1, Parte Geral. São Paulo. Editora Método, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Tradução de Claudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.
- MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.
- MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Editor: Walter Weiszflog. São Paulo: Melhoramentos, 2009.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. O Consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. *Revista do Cepej*, v. 9, p. 65-81, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal*. Parte general: teoria jurídica Del delito. Barcelona: Bosch, 2000. (t. 2, v.1).
- PRADO, Luiz Régis. Bem jurídico penal e constituição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção Temas Jurídicos).

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConSur, 1994.

REALE, Miguel Júnior. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. 2. ed. alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Dicionário de Filosofia e de Ciências Sociais*. São Paulo. Maltese, 1963. V. 1.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a última ratio de 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.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

TAVARES, Juarez E. X. Bien jurídico y función en Derecho Penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. Saraiva: São Paulo, 1994.

VEGA, Dulce Maria Santana. *La Protección Penal De Los Bienes Jurídicos Coletivos*. Madri: Editorial Dykinson, SL. 2000.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

WELZEL, Hans. *Derecho penal aleman*. Parte general. 11. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.